PROFILO DI DIRITTO PRIVATO ROMANO

V. anotello.

195/8

ANTONIO GUARINO
Ordinario nell' Università di Napoli

PROFILO
DI
DIRITTO PRIVATO ROMANO

SOMMARIO DI LEZIONI

NAPOLI
CASA EDITRICE DOTT. EUGENIO JOVENE
1952

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

A. Caldarola - Napoli - Piazza Carlo III, 12 c - Telef. 52710

AVVERTENZA

Il presente volumetto non è e non vuole essere nè un manuale, nè una sintesi di diritto romano privato. Esso si indirizza esclusivamente agli s t u d e n t i, anzi ai miei studenti dell'Università di Napoli, per porre sotto i loro occhi il s o m m a r i o, 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'i n q u a d r a m e n t o d e l l a m a t e r i a, che ha formato oggetto del corso di Istituzioni di diritto romano.

A. G.

APPUNTO BIBLIOGRAFICO

OPERE PRINCIPALI: A) Sulla Storia del diritto romano in generale: ARANGIO-RUIZ, *Storia del d. r.*[6] (1950); BONFANTE, *Storia del d. r.*[4] (2 voll., 1934); DE FRANCISCI, *Sintesi storica del d. r.* (1948); GUARINO, *Storia del d. r.* (1948); KASER, *Römische Rechtsgeschichte* (1950); KÜBLER, *Geschichte des römischen Rechts* (1925); SCHERILLO-DELL'ORO, *Storia del diritto romano* (1949). — B) Sul diritto privato romano: ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di d. r.*[11] (1952); BETTI, *Istituzioni di d. r.* 1 (1942); BIONDI, *Istituzioni di d. r.* (1946); BONFANTE, *Istituzioni di d. r.*[10] (rist., 1946); BUCKLAND, *The main institutions of Roman private law* (1931); CORREIA e SCIASCIA, *Manual de direito romano* 1 (1949) 2 (testi con trad., 1951); COSTA, *Storia del d. r. privato dalle origini alla compilazione giustinianea*[2] (1925); CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*[2] (2 voll., 1940); VON CZYHLARZ e SAN NICOLÒ, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts*[10] (1933); DI MARZO, *Istituzioni di d. r.*[5] (1946); FERRINI, *Manuale di Pandette*[3] (1908); GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*[8] (1928); IGLESIAS, *Instituciones de derecho romano* 1 (1950) 2 (1951); JÖRS-KUNKEL, *Römisches Privatrecht*[2] (rist., 1949); KIPP, *Das römische Recht* (1930); MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain* 1[6] (1947) 2[4] (1948); PACCHIONI, *Manuale di diritto romano*[3] (1935); PEROZZI, *Istituzioni di d. r.*[2] (2 voll., 1928); PETROPOULOS, Ἱστορία καὶ Εἰσηγήσεις τοῦ ρωμαϊκοῦ δικαίου (1944); RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts* (1915); RADIN, *Handbook of Roman law* (1927); SANFILIPPO, *Istituzioni di d. r.*[2] (1946); SCHWIND, *Römisches Recht. Geschichte, Rechtsgang, System des Privatrechts* (1950); SCHULZ, *Classical Roman law* (1951); SIBER, *Römisches Privatrecht* (1928); SOHM, MITTEIS e WENGER, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*[17] (1923); VAN OVEN, *Leerboek van*

Romeinsch Privatrecht[2] (1946); VOCI, *Istituzioni di diritto romano* (1949); WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts*[2] (1949). — C) Per una sommaria raccolta di fonti: ARANGIO-RUIZ e GUARINO, *Breviarium iuris Romani* (rist., 1951).

I.

IL DIRITTO PRIVATO ROMANO

SOMMARIO: 1. Generalità. — 2. Il periodo arcaico del diritto romano. — 3. Il periodo preclassico del diritto romano. — 4. Il periodo classico del diritto romano. — 5. Il periodo postclassico del diritto romano. — 6. Il « ius privatum » e le sue partizioni.

1. GENERALITÀ.

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 cer-

to ordinamento sociale, cioè un certo sistema di principî, 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.

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.

La storia della civiltà romana, la storia politico-costituzionale di Roma, è per tre quarti tanto nota, quanto, nelle grandi linee, pacifica tra gli storiografi che la descrivono. Dove essa è meno nota e, quindi, assai più controversa è in relazione al periodo delle origini, la cui ricostruzione varia sensibilmente dall'uno all'altro storiografo. Dato che si tratta, come poi si vedrà, dell'evo storico di maggiore importanza per la comprensione di ogni ulteriore sviluppo del diritto romano, sembra opportuno indugiarsi un momento a tratteggiare, nelle sue linee essenziali, la storia del periodo della *civitas quiritaria*.

Secondo la nostra opinione, 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

to ordinamento sociale, cioè un certo sistema di principî, 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.

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.

La storia della civiltà romana, la storia politico-costituzionale di Roma, è per tre quarti tanto nota, quanto, nelle grandi linee, pacifica tra gli storiografi che la descrivono. Dove essa è meno nota e, quindi, assai più controversa è in relazione al periodo delle origini, la cui ricostruzione varia sensibilmente dall'uno all'altro storiografo. Dato che si tratta, come poi si vedrà, dell'evo storico di maggiore importanza per la comprensione di ogni ulteriore sviluppo del diritto romano, sembra opportuno indugiarsi un momento a tratteggiare, nelle sue linee essenziali, la storia del periodo della *civitas quiritaria*.

Secondo la nostra opinione, 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 *Ramnes* (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 e cose sottoposto alla *potestas* (o *manus*) di un capo, ch'era, più precisamente, il *pater familias*; 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* (non ancor 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*).

Solo in un secondo momento della sua storia (sec. VII a. C.) la *civitas* quiritaria soggiogò il vicino comune dell'Aventino, sede dell'industre popolazione che fu poi detta *plebs*. La *plebs* fu esclusa, inizialmente, da ogni comunanza di vita con i *Quirites* o *patricii*, rimanendo chiusa in se stessa, come in una sorta 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 *plebeii*. 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 antietrusca, contrariamente a quanto vuole la tradizione, non significò abolizione del sistema monarchico e instaurazione di quello repubblicano. Piuttosto, si iniziò con essa la decadenza dell'istituto del *rex*, il quale progressivamente si ridusse a semplice capo dei culti religiosi (*rex sacrorum* o *sacrificulus*), mentre la somma dei poteri cittadini si concentrava nel *praetor*, comandante la *legio* 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, sicchè in esso era venuto a spostarsi il baricentro della vita costituzionale romana. Decaduto inevitabilmente il *rex*, il comando supremo politico-militare era stato assunto dal capo elettivo dell'*exercitus centuriatus*, il *praetor*, o meglio dai

due *praetores* (o *consules*) comandanti le due *legiones* in cui l'*exercitus* era stato frattanto articolato. Ed infine il *senatus* era anch'esso sostanzialmente scaduto, essendo diventato, da assemblea sovrana dei *patres*, un ristretto comitato consultivo composto di ex-magistrati (*senes, senatores*). Sulle rovine della *civitas Quiritium*, a base familiare e patrizia, era sorta, insomma, la *respublica Romanorum* dei tempi storici.

2. Il 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*).

Costituitasi la *civitas*, l'ordinamento statale quiritario risultò 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 convivenza tra le *familiae* (*mores maiorum*). L'auto-

ritatività 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, il relativo *ius gentilicium*), 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*.

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 principî 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 princìpi sinora oscuri del *ius Quiritium;* sotto veste di esplicazione dei princìpi quiritari, regolarono alcune situazioni che il *ius Quiritium*, in realtà, non aveva previsto (e in particolare, il fenomeno economico dell'*obligatio*: n. 23); disciplinarono, infine, l'attività da svolgersi dai privati per ottenere l'accertamento o la realizzazione delle loro pretese giuridiche (cd. *legis actiones*: n. 13).

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 interpretativi* costruzioni del tutto originali ed innovative. Per tal modo, *ius Quiritium* e *ius legitimum vetus* furono progressivamente integrati, unificati e superati. Con gli elementi da essi offerti, e con altri ancora, apprestati dall'*interpretatio pontificum*, venne a costituirsi

un sistema normativo unitario, più progredito e complesso, che prese il nome di *ius civile Romanorum*.

3. Il periodo preclassico del diritto romano.

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

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*. 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 del *ius civile* venne ad essere affiancato da un altro sistema giuridico, a carattere essenzialmente integrativo: il sistema del *ius publicum*, così detto perchè costituito dalle *leges publicae populi Romani*, cioè dai provvedimenti votati dal popolo romano nei *comitia centuriata* (cd. *leges centuriatae*) o nelle assemblee equiparate dei *comitia tributa* (cd. *leges tributae*) e dei *concilia plebis*

(cd. *plebiscita*). Le *leges publicae*: da un lato, riguardarono, ritoccandolo in più punti, l'ordinamento statale costituzionale e amministrativo della *respublica*, nonchè, particolarmente, la repressione dei *crimina*; dall'altro lato, si addentrarono nelle materie proprie del *ius civile* (rapporti tra *patres familiarum* e processo privato) tutte le volte in cui si manifestasse una esigenza di superiore interesse a regolarle in un certo determinato modo.

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, intessendo 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* ». Orbene, attraverso la *iuris dictio* del *praetor peregrinus* vennero progressivamente ad ottenere tutela giuridica nuovi tipi di rapporti, prevalentemente a carattere commerciale, che erano ignoti al vecchio *ius civile*. E questi rapporti, considerati dapprima validi tra Romani e stranieri, lo furono poi anche tra Romani, nel senso che il *praetor urbanus* cioè il magistrato cui era attribuita la *iuris dictio inter cives*, non potè mancare di riconoscerli e di tutelarli a sua volta. Si formò, pertanto, 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*.

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 giocoforza che a quest'opera, indifferibile, di completamento e superamento provvedessero, in via indiretta, gli stessi magistrati *ius dicentes*, cioè principalmente il *praetor urbanus*, nonchè, 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 esitè, in ordine alle singole controversie sottoposte alla sua cognizione, ad avvalersi dei suoi vasti poteri discrezionali per dettare criterî 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 hono-*

rarium (« *ab honore magistratuum dictum* »). Il ne *praetorium*, « *quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia* », non abrogò, a badi, nessun principio civilistico: si limitò a fissare, di contro alle regole superate del *ius civile*, nuovi princìpi più moderni ed 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 preannunziare i criteri cui si sarebbero attenuti nell'amministrazione della giustizia: *edictum* divenuto ben presto *tralaticium*, perchè generalmente ripubblicato tal quale, anno per anno, da ogni nuovo magistrato, salva l'aggiunta di qualche nuova clausola.

Sullo sfondo di questo vivace processo di produzione giuridica operò efficacemente, come forza motrice e propulsiva, la nuova giurisprudenza laica, erede di quella pontificale 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 (in cui si inscriva 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 pontificale, attività pratica di creazione del *ius*, o, per meglio dire, di sviluppo creativo del *ius civile* e del *ius honorarium*.

4. Il periodo classico del diritto romano.

Il periodo classico del diritto romano corrisponde a quello della *respublica* romano-universale, e del relativo regime del *principatus*, e si inquadra 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).

Nel periodo classico, i vecchi sistemi giuridici, 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 improduttivo, di Roma. Dopo una brevissima ripresa di attività, voluta 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 giusdicenti 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 istitu-

zioni repubblicane, una rimarchevole vitalità, ed i suoi pareri ai magistrati (*senatusconsulta*) acquistarono valore sostanziale di legge. Tuttavia anche i *senatusconsulta*, col tempo, degenerarono allorchè 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 dall'iniziativa dei *principes* e dei funzionari dipendenti, costituendo quel che si disse *ius novum* o *extraordinarium*. Tra le fonti di questo *novum ius*, dette in generale *constitutiones principum* o *principales*, furono: gli *edicta* (*ad magistratus, ad populum*), i *rescripta* (soluzioni 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).

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. Fu ad essa che si dovette finalmente la classificazione del *ius* nelle due branche del *ius publicum* e del *ius privatum* (v. n. 6).

5. Il 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 principî 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.

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*, le *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, per ciò, di inquinamenti formali e sostanziali mediante interpolazioni, glossemi, parafrasi ecc.

Nel corso del periodo postclassico furono operate varie raccolte di *iura* o di *leges*, o miste di *iura* e di *leges*, sia per iniziativa privata, che per iniziativa ufficiale. Tra le raccolte ufficiali, vanno particolarmente ricordate le seguenti: il *Codex Theodosianus*, una raccolta di *leges* in 16 libri fatta pubblicare da Teodosio II (439 d. C.), nonchè quel complesso di compilazioni voluto da Giustiniano I, che i posteri chiamarono, in segno di onore, *Corpus iuris civilis*. La costituirono: i *Digesta* seu *Pandectae*, raccolta di *iura* in 50 *libri*, suddistinti in *tituli*, ciascuno composto di un certo numero di frammenti della giurisprudenza antica; le *Institutiones*, opera elementare in 4 *libri* condotta essenzialmente sulla scorta delle *institutiones* di Gaio; il *Codex Iustinianus* (*repetitae praelectionis*), compilazione in 12 *libri* di *leges* imperiali; le *Novellae* (*constitutiones*), cioè le costituzioni emanate da Giustiniano e dai suoi immediati successori dopo la chiusura delle compilazioni precedenti (534 d. C.).

Giustiniano, nell'intento di salvaguardare da ogni ulteriore corruzione i princìpi 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 lavorio di sottili e fuor-

vianti 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 postgiustinianea, 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 Βασιλικά) 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 dall'età postclassica. E siccome queste fonti sono, nei loro riferimenti, spesso inesatte o alterate, occorre procedere alla loro esegesi critica, onde identificare glossemi, interpolazioni e ogni altra sorta di inquinamenti che abbiano potuto subire.

6. Il « ius privatum » e le sue partizioni.

Per diritto privato, in contrapposto a diritto pubblico, si intende, in sede di teoria generale, l'ordinamento giuridico relativo ai cd. 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. 2-5) dell'ordinamento giuridico romano.

Secondo una celebre definizione (Ulp. D. 1. 1. 1. 2): « *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 privatim* », 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 pacifica 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. 3); *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* »).

A prescindere dalle componenti storiche del *ius (privatum) Romanorum* richiamate dianzi (n. 2-5), 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 dalle scuole postclassiche: quella tra *ius (pri-*

vatum) *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 1. 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. 3), essendo stato dichiarato applicabile sia ai Romani che ai *peregrini*, venisse chiamato pur esso *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. 1. 1. 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.).

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. 1. 3. 14: « *quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum 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. Il sorgere della distinzione si spiega, con il conseguente divieto di analogia, solo in relazione alla contrapposizione postclassica tra *iura* e *leges* (n. 5): *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 giustinianea, la distinzione acquistò un valore generale.

Circa la partizione sistematica del *ius privatum*, è da dire che poco aiuto ci offre la giurisprudenza romana. I giuristi romani ebbero del *ius privatum* una visuale eminentemente empirica, e poco o nulla cu-

rarono 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.

II.

I RAPPORTI GIURIDICI PRIVATI

SOMMARIO: 7. Generalità. — 8. La «familia» romana. — 9. I soggetti dei rapporti giuridici privati. — 10. Gli oggetti dei rapporti giuridici privati. — 11. L'ordine giuridico privato e le sue cause. — 12. Gli atti giuridici di autonomia. — 13. Le « actiones » e il processo privato.

7. GENERALITÀ.

Coerentemente alla già accennata funzione di predisporre una certa 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 generali cui l'ordinamento si riferisce (vale a dire la sua sfera di applicazione nello spazio, nel tempo e quanto alle materie); *b)* le norme di relazione, le quali fissano i regolamenti adeguati ai vari possibili casi di conflitto intersubbiettivo 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).

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) intercorrente tra due o più soggetti (soggetti giuridici) in relazione 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 correlativa 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 di 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 diritto 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, affinchè 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).

I rapporti giuridici privati (n. 6), così come, in generale, tutti quanti i rapporti giuridici, sono passibili 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 soggetto 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 satisfattorio positivo o negativo (« *dare* », « *facere* », « *non facere* »), nel senso che questo comportamento vale a determinare per sè 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. 11). I rapporti giuridici di responsabilità sono rapporti giuridici relativi (mai assoluti) consistenti in un vincolo che si pone a carico di uno o più soggetti passivi determinati a titolo di responsabilità, per la commissione da parte loro di un atto giuridico illecito. Esempio di r.g. di responsabilità è il rapporto di risarcimento del danno provocato (l'autore del danno 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.

Tenuto conto di quanto si è detto circa gli elementi dei rapporti giuridici, va precisato che, in realtà, ogni rapporto giuridico (assoluto o relativo) è anzi tutto un rapporto di debito e che, in dipendenza della inosservanza dell'obbligo da parte del soggetto passivo, esso si evolve successivamente in rapporto di responsabilità, eventualmente ad esecuzione coatta. Le distinzioni sopra esposte tra rapporti di debito e di responsabilità, ad esecuzione libera e ad esecuzione coatta, non sono, insomma, vere e proprie contrapposizioni

di rapporti giuridici autonomi, ma precisazioni di fasi e di aspetti evolutivi di ogni rapporto giuridico.

3. La « familia » romana

Lo studio dei rapporti giuridici in Roma ha, come suo presupposto essenziale, la conoscenza del fenomeno tipicamente romano della *familia*: istituto che costituì anzi, storicamente, la base e lo spunto iniziale di tutto quanto il *ius Romanorum* (v. n. 2-6). Sarà, dunque, opportuno dedicare, in questa sede preliminare, un breve cenno alla *familia* romana ed ai rapporti giuridici ad essa attinenti.

La *familia* era, in epoca precivica (n. 1), un vero e proprio microrganismo politico-economico, costituito da uomini, animali subumani e cose materiali, caratterizzato da propri *sacra* ed organizzato ad unità sotto il potere assoluto (*manus* o *mancipium*) di un patriarca (*pater familias*) (n. 15). La morte del *pater* implicava, come principio, la sporulazione dell'organismo familiare in tante *familiae* per quanti erano i discendenti liberi e maschi di lui, i quali divenivano a loro volta *patres familiarum*. Ma in pratica, per l'opportunità politica ed economica di non disperdere le risorse familiari e di non diminuire la forza dell'aggregato tutto, i fratelli rimanevano uniti, almeno per un certo tempo, in *consortium* sotto la *potestas* del più anziano e più degno di loro.

In particolare, i membri liberi della comunità non versavano, quanto ai rapporti giuridici privati, in situazione di

versa dagli schiavi e dalle *res*, e quindi la parentela di sangue tra loro ed il *pater* (*cognatio*) non aveva alcuna rilevanza giuridica, mentre aveva rilievo soltanto la condizione di *adgnatio* (= nascita posteriore al *paterfamilias*), dalla quale derivava la loro subordinazione alla *manus*: essi erano insomma giuridicamente tutti sullo stesso piano, erano tutti (moglie, figli, nuore, ecc.) *filii* nella *familia* (*filii familias*).

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

Il *matrimonium* fu sin dalle origini un istituto

di rapporti giuridici autonomi, ma precisazioni di fasi e di aspetti evolutivi di ogni rapporto giuridico.

8. La « familia » romana

Lo studio dei rapporti giuridici in Roma ha, come suo presupposto essenziale, la conoscenza del fenomeno tipicamente romano della *familia*: istituto che costituì anzi, storicamente, la base e lo spunto iniziale di tutto quanto il *ius Romanorum* (v. n. 2-6). Sarà, dunque, opportuno dedicare, in questa sede preliminare, un breve cenno alla *familia* romana ed ai rapporti giuridici ad essa attinenti.

La *familia* era, in epoca precivica (n. 1), un vero e proprio microrganismo politico-economico, costituito da uomini, animali subumani e cose materiali, caratterizzato da propri *sacra* ed organizzato ad unità sotto il potere assoluto (*manus* o *mancipium*) di un patriarca (*paterfamilias*) (n. 15). La morte del *pater* implicava, come principio, la sporulazione dell'organismo familiare in tante *familiae* per quanti erano i discendenti liberi e maschi di lui, i quali divenivano a loro volta *patres familiarum*. Ma in pratica, per l'opportunità politica ed economica di non disperdere le risorse familiari e di non diminuire la forza dell'aggregato tutto, i fratelli rimanevano uniti, almeno per un certo tempo, in *consortium* sotto la *potestas* del più anziano e più degno di loro.

In particolare, i membri liberi della comunità non versavano, quanto ai rapporti giuridici privati, in situazione diversa dagli schiavi e dalle *res*, e quindi la parentela di sangue tra loro ed il *pater* (*cognatio*) non aveva alcuna rilevanza giuridica, mentre aveva rilievo soltanto la condizione di *adgnatio* (= nascita posteriore al *paterfamilias*), dalla quale derivava la loro subordinazione alla *manus*: essi erano insomma giuridicamente tutti sullo stesso piano, erano tutti (moglie, figli, nuore, ecc.) *filii* nella *familia* (*filii familias*).

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

Il *matrimonium* fu sin dalle origini un istituto

di somma importanza sociale e religiosa, ma nel periodo arcaico si traduceva, nel campo del diritto, in un puro e semplice acquisto della *manus* sulla donna da parte del marito o, se questo era *alieni iuris*, da parte del suo *paterfamilias* (cd. *conventio in manum*). L'acquisto avveniva o mediante un atto di carattere religioso detto *confarreatio* o mediante una applicazione particolare della *mancipatio* (n. 15), la *coëmptio*, ma poteva effettuarsi anche per effetto di *usucapio*, cioè di *usus* della donna da parte del marito per un anno continuo. In epoca storica si verificò una lenta e progressiva emancipazione del *matrimonium*, come istituto giuridico, del rapporto di *manus*. Per evitare la *conventio in manum* della moglie, e quindi la perdita da parte di costei dei diritti successorî nella *familia* di origine, sorse l'uso di interrompere ogni anno l'*usus* maritale per lo spazio di tre giorni (*trinoctii usurpatio*), facendo sì che il marito conservasse sulla moglie soltanto il possesso. La configurazione giuridica del *matrimonium* in età preclassica e classica fu appunto quella di una mutua *possessio* dei coniugi, di una apparenza della *manus maritalis*, sì che si parlò di *matrimonium sine manu*: esso si scioglieva per morte di uno dei coniugi o anche, esattamente come la *possessio* (n. 21), per il venir meno dell'*animus possidendi* (cd. *affectio maritalis*) in uno dei coniugi (*repudium*) o in ambedue (*divortium*). In diritto postclassico, principalmente per influenza del Cristianesimo, il *matrimonium* venne finalmente concepito come un negozio giuridico bilaterale produttivo di uno stabile rapporto giuridico tra i coniugi, come « *consortium omnis vitae, humani atque divini iuris communicatio* ».

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

Conseguenza di un *matrimonium iustum*, cioè di una unione che fosse cementata dall'*affectio maritalis* (avendosi altrimenti semplice *concubinatus*), era che i *filii* si consideravano *iusti*, cioè soggetti alla *patria potestas* del genitore maschio o dell'avente potestà su lui: « *pater is est, quem iustae nuptiae demonstrant* ». I nati da unioni libere erano *liberi naturales*, privi di *pater* e non soggetti a *patria potestas*, ma uniti soltanto alla genitrice dal vincolo della *cognatio*: nel periodo postclassico sorse l'uso di le-

gittimarli, cioè di riconoscerli come figli, o *per subsequens matrimonium* tra i genitori, o *per rescriptum principis*, o in altri modi.

Come si è detto, la *cognatio* non aveva anticamente alcuna rilevanza giuridica: solo l'antichissimo *fas* la metteva in qualche rilievo, vietando come *incestae* le unioni tra parenti di sangue in linea retta. La ricognizione giuridica della *cognatio*, che fu assai lenta, ebbe inizio per casi limitati in epoca piuttosto avanzata: così la *lex Cincia de donis et muneribus*, che vietava le *donationes* al di là di un certo ammontare, eccettuò i *cognati* sino al quinto grado; così ancora della *cognatio* tenne conto il *praetor* nello stabilire le categorie dei beneficiari della *bonorum possessio sine tabulis* (n. 32). Si distingueva una *cognatio* in linea retta (*recta*) ed una *cognatio* in linea collaterale (*transversa*): la prima costituita da ascendenti e discendenti, la seconda da due linee rette facenti capo ad uno stesso capostipite. I *gradus cognationis* tra persona e persona si calcolavano computando il numero delle generazioni che le separavano, trattandosi di *cognatio recta*, oppure, trattandosi di *cognatio transversa*, sommando il numero delle generazioni che le distanziavano dal comune capostipite.

Diversa della *cognatio* era l'*adfinitas*, cioè il vincolo istituito tra i coniugi e tra ciascun coniuge ed i parenti dell'altro: essa costituiva impedimento a contrarre matrimonio.

9. I SOGGETTI DEI RAPPORTI GIURIDICI PRIVATI.

Le qualifiche indispensabili per poter essere soggetti (attivi o passivi) di rapporti giuridici privati, per avere cioè la capacità di essere titolari di pretese o di doveri giuridici (cd. capacità giuridica), furono, per l'ordinamento giuridico romano: l'appartenenza alla specie umana, l'esistenza, la libertà, la cittadinanza, l'autonomia familiare.

(*a*) Appartenenza alla specie umana: « *hominum causa omne ius constitutum est* » (Hermog. D. 1. 5. 2). In linea eccezionale, a partire dal periodo classico, furono considerati come soggetti giuridici anche alcuni enti associativi, indipendentemente dalle persone dei soci, e precisamente: le *civitates* ed i *municipia*, enti pubblici, di cui peraltro si ammise la possibilità di entrare in rapporti giuridici privati di carattere patrimoniale (« *privatorum loco habentur* »); i *collegia*, costituiti a scopo di culto, e le *sodalitates*, corporazioni di arti e mestieri, purchè muniti di autorizzazione statale; più tardi, anche gli enti religiosi cattolici (chiese, monasteri ecc.). Il *populus Romanus* fu considerato anch'esso, e prima di ogni altro ente, come persona, ma il carattere di sovranità ad esso peculiare impedì di considerare privati i rapporti di cui fosse soggetto (n. 6). Solo in età postclassica si manifestò la tendenza a personificare, considerandole come soggetti di rapporti giuridici privati, anche le fondazioni, cioè i patrimoni non appartenenti a soggetti fisici determinati e destinati al raggiungimento di uno scopo: la cosa

sembra abbastanza sicura sopra tutto in ordine all'*hereditas iaccens*, l'asse ereditario non ancora attribuito a nessun erede perchè privo di accettazione (n. 31).

(*b*) Esistenza: la soggettività giuridica ha inizio nel momento della nascita e cessa con quello della morte. In casi speciali furono riservati al concepito alcuni diritti, in attesa che nascesse (« *conceptus pro iam nato habetur* »).

(*c*) Libertà (espressione suprema del cd. *status libertatis*): requisito comune alla mentalità di tutti i popoli antichi, i quali consideravano gli schiavi (*servi*) come oggetti di rapporti giuridici pubblici e privati (n. 10). Secondo il *ius civile*, il *dominus* poteva però con un solo atto (*manumissio*) rendere lo schiavo libero e cittadino: *m. testamento*, consiste in una disposizione testamentaria (n. 32); *m. vindicta*, attuata davanti al *praetor* in un finto processo; *m. censu*, operata mediante la iscrizione del *servus* nelle liste del censimento. Gli altri modi non solenni di affrancazione (cd. *manumissio inter amicos*) furono considerati civilmente validi solo dalla *lex Iunia Norbana* del 19 d. C., ma con l'effetto che lo schiavo liberato divenisse *Latinus* (cd. *Latinus Iunianus*). Tra lo schiavo liberato (*libertus*) e l'ex padrone (*patronus*) si istituiva una relazione giuridica speciale (*patronatus*), produttiva tra l'altro di reciproci obblighi di assistenza materiale e morale.

(*d*) Cittadinanza (espressione suprema del cd. *status civitatis*): altro requisito peculiare dei popoli antichi, i quali nutrivano la concezione della « personalità del diritto », cioè della naturale attitudine di ciascun singolo ordinamento giuridico (e, in genere, statale) a regolare i soli rapporti tra coloro che avessero contribuito a formarlo, nonchè i rispettivi discendenti. Ma le limitazioni e le eccezioni vennero sin dal periodo arcaico: sia con lo ammettere i Laziali (cd. *Latini prisci*) al *connubium* e al *commercium* con i Romani; sia col concedere la cittadinanza romana, o quanto meno la qualifica della *Latinitas*, ai *peregrini*; sia, infine, col permettere a questi di adire in Roma, a tutela delle loro ragioni, la magistratura del *praetor peregrinus* (n. 3). L'importanza del requisito della cittadinanza romana scomparve quasi del tutto a seguito della concessione della romanità, operata da Caracalla (*constitutio Antoniniana*: 212 d.C.), a tutti gli abitanti dell'impero, con esclusione, pare, dei soli *peregrini* non associati ad una *civitas* (cd. *peregrini dediticii*).

(*e*) Autonomia familiare (espressione suprema del cd. *status familiae*): requisito strettamente caratteristico dell'ordinamento giuridico romano (n. 6 e 8). Le persone non soggette alla *patria potestas* di un *pater familias* vivente si dicevano persone *sui iuris*. Le persone *alieno iuri subiectae* (o *alieni iuris*), pur essendo pienamente capaci nel diritto pubblico, erano incapaci nel diritto privato. La condizione di *sui iuris* poteva acquistarsi per morte o *capitis deminutio* (perdita della libertà o della cittadinanza) del *paterfamilias*, nonchè per atto di

emancipatio (adattamento alquanto macchinoso della forma della *mancipatio*: n. 16) compiuto dal *pater familias*.

10. Gli oggetti dei rapporti giuridici privati.

Non ogni fonte di interessi umani era concepita come possibile oggetto dei rapporti giuridici privati. A questo fine furono richiesti dall'ordinamento giuridico romano i seguenti requisiti: la materialità, la esteriorità 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 postclassico.

(*b*) Il requisito della esteriorità 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 sento 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 *filii familiarum* erano oggetto di *mancipium* (n. 15) e gli stessi *patres familiarum* potevano auto-oppignorarsi mediante il *nexum* (n. 20). 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 *filii familiarum* fossero oggetto del rapporto giuridico assoluto detto *patria potestas* (e derivato dall'antico *mancipium*: n. 8 e 14), 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. 25). Solo nel diritto postclassico, per precipua influenza del Cristianesimo, l'antica concezione 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* (piovana?), il mare.

(*e*) Si richiese, infine, la disponibilità privata: che cioè i beni non fossero sottratti al *commercium* dei soggetti giuridici privati dal fatto di essere specificamente destinati a soddisfare interessi pubblici o religiosi. *Res*

extra commercium furono considerate: le *res sacrae*, destinate al culto degli dei superi (es., i templi), le *res religiosae*, destinate al culto dei dei inferi (es., i sepolcri), le *res sanctae*, quali le porte e le mura della città ed i confini dei campi, le *res publicae*, cioè quelle appartenenti allo Stato, le *res universitatis*, appartenenti alle minori *universitates* pubbliche (*civitates*, *coloniae*, ecc.).

11. L'ordine giuridico privato e le sue cause

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 (cd. effetti giuridici). L'ordine giuridico può risolversi, 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. 30).

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 suddistinguere 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 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.

Secondo il diritto privato romano, non tutti i soggetti giuridici (cioè i giuridicamente capaci) erano capaci di compiere validamente atti giuridici leciti o di assumersi la responsabilità degli atti giuridici illeciti eventualmente compiuti. A prescindere dai vari casi singoli e specifici di incapacità, va rilevato che, per avere la generale capacità di agire, occorreva, in tempi storici, il concorso di questi tre requisiti: età pubere, sesso maschile, sanità psichica.

Il requisito dell'età pubere (secondo i Sabiniani 14 anni per l'uomo, 12 per la donna) era richiesto in base alla presunzione che prima di tale età si fosse incapaci di intendere e di volere. Nel periodo arcaico l'impubere era probabilmente addirittura incapace giuridicamente, di modo che alla morte del *pater familias* egli passava nel *mancipium* di un *adgnatus* pubere della stessa *familia* di origine (*tutela impuberum*). Le XII tavole, disciplinando questa consuetudine, stabilirono che legittimato ad assumere la « vis ac potestas » sull'impubere fosse anzi tutto l'*adgnatus proximus*, lo stretto parente del *pater* defunto (detto, più tardi, *tutor legitimus*); ma i *patres familiarum* usarono *ab antiquo* designare essi stessi col *testamentum* (n. 32) una persona di fiducia che li sostituisse nella potestà sull'impubere (c. d. *tutor testamentarius*). In diritto preclassico una *lex Atilia* (ca. 200 a. C.) prescrisse che, in mancanza di tutori testamentario o legittimo, il tutore fosse nominato dal *praetor* (*tutor Atilianus*). Frattanto lo stesso concetto di *tutela* era andato evolvendosi: da rapporto analogo alla *manus* o *patria potestas* si ridusse ad un potere del *tutor* di effettuare l'*administratio* del patrimonio dell'impubere (*pupillus*), con l'obbligo di prestare il rendiconto alla fine della tutela; gli atti giuridici erano compiuti direttamente dal pupillo, ma la volontà di lui doveva essere integrata (mentre era originariamente coperta) dall'*auctoritas tutoris*.

Il requisito del sesso maschile fu richiesto in base alla presunzione di una irreducibile « *levitas animi* »

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

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

Il diritto postclassico si manifestò tendenzialmente contrario ad ammettere queste sole cause di incapacità di agire dipendenti da una astratta presunzione di inettitudine. Si affermò in esso, sebbene non sempre chiaramente, l'esigenza di un altro requisito: quello della effettiva capacità di intendere e di volere del soggetto al momento della commissione dell'atto (c. d. capacità naturale).

12. Gli atti giuridici di autonomia.

A rigor di logica, la determinazione degli effetti riconnessi al verificarsi di un fatto giuridico dovrebbe essere in tutto e per tutto operata dall'ordinamento giuridico. I soggetti giuridici dovrebbero, in altri termini, poter influire

sugli effetti giuridici soltanto nel caso in cui l'ordinamento giuridico facesse dipendere i medesimi da un fatto volontario e, in questo caso, solo nel senso di essere liberi tra il compiere l'atto, determinando gli effetti prestabiliti, o il non compierlo, impedendo la verificazione degli effetti stessi.

Senonchè questo sistema presuppone la esistenza di ordinamenti giuridici tanto perfetti e completi in ogni particolare, 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*) mere **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 i **limiti** più o meno lati 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, nonchè 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 alcun 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.

Tra le molte **classificazioni** possibili degli atti giuridici di autonomia rivestono particolare interesse le seguenti.

(*a*) Dal punto di vista della loro **struttura**, gli atti giuridici di autonomia si distinguono in: *a*) **unilaterali**, se consistono nella manifestazione di volontà di un

soggetto (cd. atti unilaterali semplici) o nel compimento delle conformi manifestazioni di volontà di più soggetti, dirette tutte allo scopo di realizzare interessi concorrenti (cd. atti unilaterali complessi); *b*) plurilaterali (anche detti « convenzioni »), 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, gli atti giuridici di autonomia possono essere distinti in: *a*) atti (unilaterali o plurilaterali) a titolo oneroso (o di corresponsione), se hanno per iscopo di determinare la scambio tra un vantaggio che si riceve e un sacrificio che si compie; *b*) atti (unilaterali o plurilaterali) a titolo gratuito (o di gratificazione), se hanno per iscopo di far acquistare a taluno un vantaggio senza un corrispondente sacrificio. Gli atti 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.

(*c*) 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, sanzionatorî ed amministrativi. Gli ordinamenti giuridici sogliono, ovviamente, stabilire una rigida gerarchia tra questi atti, nel senso che i negozi giuridici non possono comunque interferire nella sfera di efficacia dei provvedimenti di governo e che, tra questi ultimi, i provvedimenti legislativi prevalgono sugli altri, ed i provvedimenti sanzionatori prevalgono su quelli amministrativi.

(*d*) Per quanto, infine, 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).

I Romani andarono assai cauti nel riconoscimento dell'autonomia privata. I negozi giuridici del *ius civile* furono pochi e furono sottoposti a tali esigenze prestabilite di forma, che, per vero, volontà e causa rimanevano co-

me assorbite dalla formula solenne da pronunciare o da scrivere; lenti progressi furono compiuti dal sistema del *ius gentium* e da quello del *ius honorarium;* ma solo in periodo postclassico potè dirsi verificata una situazione analoga a quella degli ordinamenti giuridici moderni, i quali lasciano di regola la massima libertà all'autonomia privata di determinare gli effetti giuridici.

13. Le « actiones » e il processo privato.

Tra gli atti giuridici di autonomia previsti e regolati dall'ordinamento giuridico romano meritano una particolare menzione le *actiones* processuali, cioè gli atti intesi ad impostare i rapporti giuridici processuali o a darvi impulso o termine, e quindi intesi, mediatamente, alla costituzione di rapporti giuridici privati ad esecuzione coatta. Questo fine mediato ed ultimo delle *actiones* processuali fa sì che di esse, e in genere di tutto il cd. processo privato romano, non possa non parlarsi, sia pure sommariamente, in una trattazione dedicata al *ius privatum* (n. 6).

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. 7: *actio* in senso sostanziale), talaltra esso indica l'atto processuale (*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'*actio* del soggetto attivo, intesa alla realizzazione coattiva del proprio interesse. Più tardi, verso la fine del sec. VI a. C., pur rimanendo fermo il principio dell'autotutela, si affermò in pratica il sistema di ricorrere, per la tutela dei diritti, al *rex* (e poi ai *praetores*), affinchè enunciasse il principio giuridico da applicarsi alla fattispecie esposta gli (*iuris dictio*: n. 2).

Nella storia di Roma si conobbero ed applicarono via via tre sistemi procedurali diversi: quello delle *legis actiones*, quello delle *formulae* e quello della *cognitio extra ordinem*.

(*a*) Il sistema processuale delle *legis actiones* fu disciplinato sopra tutto dalle *leges XII tabularum* ed ebbe larga diffusione sin verso la metà del sec. II a. C., allorchè prese a soppiantarlo il sistema formulare. Esso fu ufficialmente abolito, salvo che in qualche applicazione, dalla *lex Iulia iudiciorum privatorum* del 17 a. C.

Caratteristica del sistema fu che le parti si recavano davanti al magistrato (in origine il *rex*, da ultimo il *praetor urbanus*) ed ivi (*in iure*) compivano gli atti che avevano rinunciato a compiere privatamente; il magistrato assicurava con la sua presenza il giusto svolgimento della contesa, nella quale interveniva esclusivamente per *dicere ius*, cioè per rendere noti alle parti i limiti delle loro azioni e reazioni

(*iurisdictio*). Dopo di che, trattandosi di azione di accertamento, le parti chiamavano dei terzi a testimoni dei termini della questione (*litis contestatio*) e si davano convegno davanti ad un arbitro privato (*iudex* o *arbiter*), il quale emanava il suo parere (*sententia*) sulla controversia risolvendola a favore dell'uno o dell'altro; trattandosi invece di azione esecutiva, il soggetto attivo si faceva appunto autorizzare dal magistrato ad effettuare con i propri mezzi l'esecuzione.

Le *legis actiones* furono limitate a cinque: tre dichiarative (*l. a. per sacramentum, per iudicis postulationem, per condictionem*) e due esecutive (*l. a. per manus iniectionem* e *per pignoris capionem*). I soggetti giuridici erano, dunque, costretti ad adattare nel letto di Procuste di questi cinque mezzi processuali le svariate esigenze che potessero aversi in pratica. La *l. a.* dichiarativa più antica fu quella *per sacramentum*, che si distingueva a seconda che fosse *in rem* (cioè relativa all'accertamento di un rapporto giuridico assoluto, generalmente su *res*) o *in personam* (cioè relativa all'accertamento di un rapporto giuridico relativo). Sua peculiarità era che le parti giuravano solennemente *in iure* di fare un congruo sacrificio agli dei (o, più tardi, di pagare una congrua somma all'*aerarium*) nel caso risultasse che avessero torto (*sacramentum*): pertanto il *iudex privatus* decideva quale dei due *sacramenta* fosse *iustum*, restando la parte soccombente obbligata a pagare la *summa sacramenti* all'*aerarium*, oltre che ad eseguire il suo obbligo verso la parte vincitrice. Le altre due *l. a.*

dichiarative, più recenti ed evolute, prescindevano dalla complicazione e dal dispendio del *sacramentum* e miravano direttamente alla decisione del *iudex privatus*. La *l. a.* esecutiva più antica fu quella *per manus iniectionem*: il soggetto attivo trascinava *in ius* la controparte e, ottenuta l'assegnazione magistratuale (*addictio*), la portava nel suo carcere privato al fine di attendere il riscatto o, in mancanza, di venderla come schiava *trans Tiberim* oppure di ucciderla.

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

Come il precedente, anche il processo formulare si distinse nelle due fasi *in iure* e *apud iudicem*, la quale ultima fu sostanzialmente identica a quel che era stata nella procedura *per legis actiones*. Caratteristica fu invece la fase *in iure*. Davanti al pretore si apriva tra le parti un'ampia discussione ed il magistrato, valutando con criteri di *aequitas* le opposte ragioni, manifestava se ed entro quali limiti avrebbe dato sfogo alla pretesa dell'attore, se e come l'avrebbe appoggiata e rafforzata o avrebbe appoggiato e rafforzato le difese del convenuto; alla fine si perveniva al concretamento di una *formula* o *iudicium*, che l'attore leggeva al convenuto ed il convenuto dichiarava di accettare (« *dictare et accipere iudicium* »). La *formula* era un docu-

mento scritto indirizzato all'*iudex privatus*, nel quale si esponevano i termini della controversia e si invitava il giudice a condannare il convenuto al pagamento di una somma di danaro oppure, risultando insussistenti le ragioni dell'attore, ad assolverlo. Il « *dictare et accipere iudicium* » costituiva un negozio giuridico bilaterale, al quale fu dato il nome dell'antica *litis contestatio* e che aveva l'effetto di estinguere il precedente rapporto giuridico di tutela tra le parti, creando nel contempo un rapporto giuridico di debito a carico del convenuto per l'ammontare della eventuale condanna (« *condemnari oportere* »), che altrimenti non era concepita se non come *condemnatio pecuniaria*.

In caso di *sententia* favorevole l'attore non aveva più, per giungere alla materiale disponibilità della somma, la *manus iniectio*, ma doveva nuovamente citare la controparte davanti al pretore ed ottenere una formula (*actio iudicati*), con la quale si invitava l'*iudex privatus* a condannare il convenuto al pagamento di una somma doppia di quella di prima: dopo di che poteva ottenere dal magistrato la *missio in bona debitoris*, vendere in blocco il patrimonio del debitore ad un *bonorum emptor* (*bonorum venditio*) e soddisfarsi sul ricavato.

Non tutte e non soltanto le pretese scaturenti dal *ius civile* furono tradotte in *formulae* dai pretori. Non tutte, perché il pretore si riservò di negare la tutela giurisdizionale ad alcuni diritti scaturenti da norme civilistiche superate dai tempi e riprovate dalla coscienza sociale (*denegatio actionis*), oppure di concedere mezzi di difesa (*exceptiones*) contro i medesimi alle parti convenute. Non soltanto le pretese civilistiche, perché il pretore non esitò, come è noto (n. 3), a tutelare *ex imperio* molte nuove situazioni degne di protezione, sia adattando ed utilizzando accortamente le formule civilistiche (*actiones utiles*), sia ponendo a disposizione dei privati nuovi mezzi processuali. Meritevoli di particolare menzione, tra i mezzi processuali di creazione pretoria: le *actiones in factum*, caratterizzate dal fatto che la *formula* conteneva un invito all'*iudex* a condannare il convenuto non in base all'accertamento di un suo obbligo *iure civili*, ma esclusivamente in base all'accertamento di elementi di fatto determinati ed indicati dal pretore; gli *interdicta*, ordini di non turbare sul momento un certo stato di fatto, emanati a richiesta degli interessati; le *stipulationes praetoriae*, promesse solenni imposte alle parti per far garantire l'adempimento di un obbligo o per far loro assumere obbligazioni non previste dal *ius civile*; le *in integrum restitutiones*, decreti di annullamento di atti giuridici e di ripristino dello *status* « *quo ante* »; le *missiones in possessionem*, fra cui importantissima la *missio in bona debitoris*.

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

di procedimenti straordinari, di *cognitio extra ordinem*, che finì, con l'abolizione del processo formulare, per divenire la regola.

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

III

I RAPPORTI GIURIDICI ASSOLUTI

SOMMARIO: 14. Generalità. — 15. Il « mancipium » quiritario. — 16. Il « dominium ex iure Quiritium ». — 17. Gli altri rapporti assoluti reali in senso proprio. — 18. Le « servitutes praediorum ». — 19. L'« usus-fructus » e gli istituti affini. — 20. Gli altri rapporti assoluti reali in senso improprio. — 21. La « possessio » e la « quasi possessio ».

14. Generalità.

Rapporti giuridici (privati) assoluti sono, come già si è detto (n. 7), 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 coattiva: la pretesa *erga omnes* del soggetto attivo si traduce, cioè,

in una pretesa specifica verso l'inosservante e, qualora questi perseveri nel suo atteggiamento, essa si traduce in un potere di azione sullo stesso.

A fondamento di ogni convivenza sociale (n. 1) 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 riguardi, e cioè implica un soggetto che abbia su di esso ogni sorta di facoltà non vietate dall'ordinamento nell'interesse generale (cd. « *ius utendi, fruendi et abutendi* »: facoltà di usare, ricavar frutti e abusare sino a distruggere). Caratteristiche dei **rapporti assoluti in senso proprio** (che possono essere, beninteso, sia a soggetto attivo unico, che a 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. 11); 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 perché **limitati** nelle facoltà del soggetto attivo e perché riferentisi ad un oggetto giuridico di **altro** rapporto assoluto proprio (es.: il rapporto di usufrutto, che comporta per il soggetto attivo [l'usufruttuario] la facoltà di percepire i

frutti della cosa fruttifera di un altro [il proprietario], ma non comporta 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 inserzione nella categoria dei rapporti assoluti è più opportuna, sia per omaggio alla storia e sia per il fatto che essi hanno comunque alcune caratteristiche fra quelle dei rapporti assoluti (es.: l'inerenza all'oggetto). Comunque, 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 clasus*.

15. Il « MANCIPIUM » QUIRITARIO

Il sistema antichissimo del *ius Quiritium* (n. 2) riconobbe e tutelò un sol 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 *patres familiarum* quiritari. Oggetto ne fu la *familia* (n. 8) 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* e quindi ridotti, in una con i proprii *filii*, in condizione di *filii familias*; *c)* dalle *adgnatae* o *filiae familias*; *d)* dalle *uxores in manu*, cioè dalle mogli del *pater* e dei suoi *filii*, tutte sotto la potestà del *pater* e quindi *filiarum loco*; *e)* dai *filii* acquistati presso altre *familiae* (detti poi, propriamente, *mancipia*); *f)* più tardi, dai *servi*, cioè dai prigionieri di guerra non uccisi, ma conservati (*servati*) per il lavoro; *g)* dalla *domus* (dall'etimo indoeuropeo « 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). 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 an-

tichi *patres* (rapporto cd. di *patronatus*). Tutti gli altri elementi (ivi comprese, in tempi più avanzati, le donne) erano invece oggetti giuridici a titolo temporaneo, ma erano potenzialmente soggetti giuridici, perchè sarebbero divenuti indipendenti allorchè il *pater familias* fosse scomparso: essi vennero pertanto contraddistinti col termine di *liberi* o di *capita*, cioè di membri in qualche modo influenti nella vita della comunità (« *vivo quoque parente quodammodo domini existimantur* »).

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

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 *patres familiarum* e l'acquirente affermava, in presenza di tutti, 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 l'acquirente avesse pubblicamente e senza contro-

dio 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 assolute avente per contenuto i poteri illimitati del *pater* sui *filii* (n. 8); la *manus maritalis* fu il rapporto assoluto avente per contenuto i poteri del *maritus* o del suo *paterfamilias* sulla *uxor* (n. 8); 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 *caeterae res*), distinte queste ultime in *res familiares* (o *mancipi*) e *pecunia* (*nec mancipi*) (n. 16).

16. Il « dominium ex iure Quiritium ».

Nel sistema del *ius civile* (n. 3) il *dominium ex iure Quiritium* (così detto per la sua derivazione dal *mancipium* quiritario) era un rapporto giuridico assoluto in senso proprio (n. 14) 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 Quiritium*) 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 compartecipazione 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 condomino 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'*humus* 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 poziori 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. 11 e 30).

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 proprietario (*res derelictae*) e del tesoro (« *vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat 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* (o *usus*), 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 inusucapibili; quanto al *titulus* (o *iusta causa usucapionis*), che la *usucapio* fu ammessa (salvo il caso di *usus* di *res* appartenenti ad un compendio creditario: 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 negozî 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. 15): davanti ai cinque testimoni ed al *libripens*, l'acquirente (*mancipio accipiens*) rivendicava solennemente il *dominium* (« *aio hanc rem meam esse ex iure Quiritium eaque mihi empta esto hoc aere aeneaque libra* »), mentre l'alienante (« *mancipio dans* ») annuiva tacendo; *b)* la *in iure cessio*, valevole per ogni sorta di *res*, utilizzazione della *legis actio sacramenti in rem* (n. 13): 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, anzichè *contravindicare*, 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 paret fundum Capenatem, quo de agitur, Auli Agerii esse ex iure Quiritium, neque is fundus Aulo Agerio arbitrio*

tuo a Numerio Negidio restituetur, quanti is fundus erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium condemnato, si non paret, absolvito »); *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 *ususfructus* (tenore 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 dominii* 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 assegnante; la *condemnatio* poteva essere pronunciata nel caso che occorresse, tra i condividenti, il pagamento di somme di conguaglio.

17. 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. 14). Due altri se ne crearono accanto ad esso, per ovviare alle re-

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

tuo a Numerio Negidio restituetur, quanti is fundus erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium condemnato, si non paret, absolvito »); *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 *ususfructus* (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 assegnante; la *condemnatio* poteva essere pronunciata nel caso che occorresse, tra i condividenti, il pagamento di somme di conguaglio.

17. 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. 14). Due altri se ne crearono accanto ad esso, per ovviare alle re-

strizioni 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, più tardi, non italici): i fondi delle *provinciae* erano infatti concepiti come essi stessi oggetto di *dominium* pubblicistico dello Stato, che li dava talvolta in utilizzazione ai privati con un 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 ususfructus* 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;* senonché, 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 eum fundum A.s A.s N.o N.o vendidit et tradidit*, ecc. »). L'*actio Publiciana* (*actio utilis*, della specie delle cd. *actiones ficticiae*) era concessa all'acquirente per riavere la cosa da chiunque se ne fosse impossessato come se egli fosse un vero e proprio *dominus* ed era caratterizzata, tecnicamente, da un invito che la formula rivolgeva all'*iudex privatus* 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 restituetur, iudex*, etc. »). 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'*usucapio*, questa si fuse con un istituto analogo vigente nelle provincie in ordine ai *fundi stipen-*

diarii 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.

13. Le « servitutes praediorum ».

Di derivazione antichissima furono quei rapporti assoluti reali in senso improprio, relativi soltanto a *res immobiles*, che ebbero il nome di *servitutes* (o *iura*) *praediorum*.

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 questi 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 sopraelevare (*ius altius non tollendi*), la servitù di sostegno dell'immobile dominante (*servitus oneris ferendi*), la servitù di veduta (*servitus ne prospectui officiatur*, s. *ne luminibus officiatur*) 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, aquaeductus*) 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.

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. 16). Non fu ammessa la *traditio servitutis*, ma in età postclassica fu riconosciuto che una *servitus* rustica potesse fondarsi su *quasi traditio*, cioè sulla sua ripetuta esercitazione 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 allorchè 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 giustinianeo); l'*usucapio libertatis* 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 *vindicatio 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 fundum Capenatem eundi agendi*, ecc. »).

19. 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 periodo 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'*ususfructus* 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. 25).

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

(*b*) Istituti affini all'*ususfructus* 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 il diritto di usare di una casa di abitazione; *d*) le *operae servorum*, che comportavano il diritto di valersi della attività degli schiavi altrui.

20. 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 giustinianeo, 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. 25), terreni di comunità dipendenti da Roma (*municipia, coloniae*), impegnandosi in cambio a pagare un canone annuo (*vectigal*).

(*b*) La *superficies* era, in diritto giustinianeo, 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. 25).

(*c*) La *fiducia cum creditore* fu una fattispecie in uso solo nell'età preclassica e in quella classica. Essa presupponeva un rapporto di *obligatio* tra due persone 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* allorché 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 giustinianeo, 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 (*hyperocha*) a chi gli avesse dato la cosa in garanzia. A questa configurazione giustinianea i due istituti giunsero a seguito di un complesso sviluppo storico, che ebbe inizio, nel quadro del *ius honorarium*, sin dall'età preclassica.

21. La « possessio » e la « quasi possessio ».

In relazione alle *res corporales* la detenzione materiale di esse, l'insistervi sopra da signore (il « *potis sedere* »), indipendentemente dall'esserne o non esserne

giuridicamente il signore (indipendentemente, cioè, dal « *possidetis 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. 16).

Nell'ambito della *possessio naturalis*, in età preclassica, venne qualificandosi, ad opera del pretore romano, la *possessio* per eccellenza, o *possessio ad interdicta*, consistente in un gruppo di ipotesi di *possessio*, che il pretore ritenne opportuno proteggere mediante *interdicta* 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 possesso nel nome di un altro (*possessio pro alieno*), quella del creditore pignoratizio (n. 20), quella del sequestratario, presso cui le parti depositano la cosa litigiosa sino alla risoluzione della loro controversia (n. 24), quella del vettigalista e più tardi dell'enfiteuta (n. 20), 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 concessum* »). 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 ususfructus*).

Gli *interdicta* concessi dal pretore a tutela della *possessio* furono di due tipi: l'uno orientato verso la cd. 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 cd. 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 precisamente: *a*) l'*i. uti possidetis*, per la manutenzione delle *res immobiles* possedute, ove 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. utrubi*

per la manutenzione delle *res mobiles* possedute per la maggior parte dell'ultimo anno (testo: « *Utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni fuit, quominus is 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 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, salvo eccezioni, dal venir meno dell'uno o dell'altro.

IV.

I RAPPORTI GIURIDICI RELATIVI

SOMMARIO: 22. Generalità. — 23. Le « obligationes ». — 24. Le « obligationes contractae » del « ius civile vetus ». — 25. Le « obligationes ex contractu » del « ius civile novum ». — 26. Gli altri rapporti obbligatori da atto giuridico lecito. — 27. Le obbligazioni primarie da atto giuridico illecito. — 28. Le obbligazioni secondarie da atto giuridico illecito. — 29. Fatti estintivi dei rapporti giuridici obbligatori.

22. GENERALITÀ.

Rapporti giuridici (privati) relativi sono, come già si è detto (n. 7), 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

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

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. 14); dei rimanenti rapporti relativi, si distinguano quelli in cui la prestazione sia suscettibile di valutazione economica da quelli in cui la prestazione del soggetto passivo non sia valutabile economicamente. 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 usual-

mente 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 nasca 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 (negoziale o non negoziale) 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 l'adempimento della prestazione.

23. Le « obligationes »

In diritto romano una concezione del rapporto obbligatorio conforme a quella dianzi esposta (n. 22) fu realizzata, dopo una lunga e faticosa evoluzione, soltanto in età postclassica (n. 4). In Inst. 3. 13 pr. l'*obligatio* viene, infatti, definita come « *iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae 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. 2), 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 *fas*, nel caso che fossero stati assunti attraverso il rito antichissimo della *sponsio* (n. 24). 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 potestativo quiritario, e cioè mediante l'espediente del *nexum*: il debitore (oppure un suo amico) mancipava se stesso al creditore, divenendo oggetto del suo *mancipium* (e appunto per ciò *nexus, addictus, obligatus*, nel senso letterale di « materialmente vincolato ») sino al giorno in cui altri lo riscattasse o egli stesso giungesse a liberarsi, a sciogliersi col suo lavoro (*nexi liberatio, solutio*

obligati). Con l'andar del tempo, mentre si ritenne necessario accogliere nell'àmbito 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 soggetto giuridico: di qui la concezione della *obligatio* come rapporto tra creditore e *obligatus* a garanzia di un *debitum* dello stesso *obligatus* o di altri.

Fu il *ius legitimum vetus* 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. 13), 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. 3), essendo stato frattanto abolito il *nexum* dalla *lex Poetelia Papiria* del 326 a.C. (?), l'*obligatio* si profilava ormai chiaramente come « *iuris vinculum* » e le fonti ne erano raggruppate in due grandi categorie: il *coniractus*, 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 (n. 3-4), sia ad opera del *ius honorarium* 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, 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 dei fatti involontari, dei meri atti giuridici e degli 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* 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 *filiifamiliarum* e dei *servi*, che erano privi di soggettività giuridica (n. 9): in diritto postclassico e giustinianeo si ammisero molti altri casi e pare si giungesse sino alla identificazione delle *obligationes naturales* con 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, sicchè 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. obbligazioni 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).

24. 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. 25-26). A questo limitato elenco si fermò il novero

delle *obligationes contractae iuris civilis*, denominate anche, dalla giurisprudenza classica, *obligationes iuris civilis ex contractu* (n. 23).

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*) *Obligationes 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, sicchè 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. 9); 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* »); ma, sopra tutto importante, la *sponsio* o *stipulatio* (n. 23), 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. 3). Attraverso ritocchi della formula o 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 faciendo*); a promettere la *dos* (n. 8) 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 *fidepromiltis* 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 *index privatus* a condannare il *promissor*, se davvero inadempiente, a « *quidquid dare facere oportet* ».

(*b*) *Obligationes litteris contractae* furono quelle scaturenti da determinate scritturazioni (*litterae*) operate dalle parti. In età preclassica e classica era nota, sebbene non diffusa, la *expensi latio* o *nomen transscripticium*, 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 *singrapha* 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 spopondit...* »), 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*) *Obligationes 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. 20), 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 (*res quae pondere numero ac mensura consistunt*) 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. 20) 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. 12), 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.

25. Le « obligationes ex contractu » del « ius civile novum ».

Al *ius civile novum* risale, come si è detto (n. 24), 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. 23), 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 *venditor* e *emptor*, in forza del quale nascevano le seguenti *obligationes*: *a*) l'obbligo del *venditor* 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 *venditor* di garantire all'*emptor* 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 *prelium* il *venditor* aveva l'*actio venditi*; a tutela dei suoi diritti ver-

so il venditore l'*emptor* aveva l'*actio empli* 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. 16), generalmente, per le *res mancipi*, mediante *usucapio*. Sin dal momento del contratto, indipendentemente dalla presa di possesso sulla *merx*, l'*emptor* assumeva su di sè 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 dispsizione 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 chè avesse tratto un utile dal contratto 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 giustinianeo, 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 affinchè 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*, proprietario di certi materiali, li metteva a disposizione di un artefice (*conductor*) affinchè 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 (n. 10).

(*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 criterii prestabiliti, i guadagni, nonchè 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 commessigli dal *mandator* per utile di questi o per l'utile di terzi o anche per un utile parzialmente proprio (*mandatum mea gratia, aliena gratia, mea 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*.

26. Gli altri rapporti obbligatori da atto giuridico lecito.

Accanto alle *obligationes contractae iuris civilis* (n. 24-25) 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 *pacta* 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 *pacta praetoria*, tutelati dal *praetor* mediante *exceptiones* o *actiones in factum*, possono essere ricordati: il *constitutum debiti*, cioè la promessa di pagare ad una certa scadenza un debito proprio o

altrui, generalmente fatta e accettata a scopo di garanzia; il *receptum argentarii*, patto per cui un banchiere assumeva su di sè (« *in me recipio* ») il debito di un cliente verso un terzo; il *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*, mezzo di assunzione di responsabilità per eventuale perdita degli oggetti del cliente da parte dei capitani di nave, degli osti o degli stallieri; il *receptum arbitrii*, assunzione dell'obbligo di decidere una lite da parte della persona designata come arbitro in un compromesso.

(*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 datorum*); il pretore aggiunse a tutela del creditore insoddisfatto un'*actio in factum;* in diritto postclassico si formò una speciale azione, detta *actio praescriptis verbis*. Notevoli, tra i c. innominati: la *permutatio*, consistente nel trasferimento della proprietà di una co-

sa per ottenerne un'altra in cambio (null'altro, dunque, che l'antichissimo baratto); l'*aestimatum*, consistente nel trasferimento alla controparte della detenzione di una *res* stimata con l'incarico di venderla e con l'obbligo della controparte o di pagare il prezzo ricavato o di restituire la cosa invenduta; la *transactio*, accordo di por fine ad una controversia facendosi reciproche concessioni (« *aliquo dato aliquo retento* »).

(*c*) Tra le cause non convenzionali di rapporti giuridici obbligatori, possono essere particolarmente ricordate le seguenti figure: *a*) il *legatum per damnationem* e quello *sinendi modo*, che rendevano l'*heres* obbligato verso il *legatarius* (n. 33); *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. 13); *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. 25): 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.

27. Le obbligazioni primarie da atto giuridico illecito.

Il *ius civile* non previde se non quattro tipi di atti giuridici illeciti produttivi di rapporti primari di responsabilità (n. 22). 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 nossalità, l'individualità, la cumulatività, la penalità. La nossalità (da *noxa* = 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*). 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. 23). Penalità signi-

ca che le *actiones* da atto illecito miravano anzi tutto a che l'autore dell'atto sopportasse una *poena* per l'illecito commesso e fosse condannato al pagamento di una somma di danaro superiore (doppio, quadruplo) all'importo del danno arrecato; nel caso in cui il danno fosse consistito nella sottrazione di una *res*, il danneggiato aveva a sua disposizione, oltre l'*actio poenalis*, anche un'*actio reipersecutoria* (*condictio, rei vindicatio*).

(*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 (*amotio*) 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, sicchè il *furtum* divenne « *contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve* » (D. 47. 2. 1. 3). Al derubato spettò contro il ladro, a prescindere dalle azioni *reipersecutoriae* (*rei vindicatio, condictio ex causa furtiva*),

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 (*infitiatio*). 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 la giurisprudenza classica e quella postclassica allargarono via via i casi di applicazione dell'*actio legis Aquiliae*, riconoscendo in particolare svariate ipotesi di *actio legis Aquiliae utilis*. In diritto giustinianeo l'azione spettava non più per una pena, ma per il risarcimento del

danno (*damnum Aquilianum*, anche detto danno extracontrattuale), 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 intrasmissibile 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 emettessa 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*.

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 circumveniendum, 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.

28. 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, inoltre, dei casi in cui bastava l'obbiettiva 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*.

29. 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 *obl. lit-*

teris 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 « *imaginariae 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. 13); la impossibilità sopravvenuta della prestazione per *vis maior* o *casus fortuitus* (v. n. 28); la *confusio*, cioè la riunione dello qualità di debitore e di creditore in un'unica persona; la *compensatio* (ammesso 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*.

V.

LA SUCCESSIONE NEI RAPPORTI GIURIDICI PRIVATI

SOMMARIO: 30. Generalità. — 31. La successione nei rapporti giuridici privati di una persona defunta. — 32. Le vocazioni alla successione « mortis causa ». — 33. Effetti particolari della successione testamentaria.

30. 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. 7). 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 cui era titolare un antecessore vivente o un antecessore defunto.

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

Dei casi di successione particolare *inter vivos* si è discorso già nelle pagine precedenti, quando si è parlato dei singoli 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*, perché donna *sui iuris* sottopostasi alla *manus* del marito, perché assoggettatosi ad altro soggetto per una delle cause riconosciute dal *ius civile* (*manus iniectio*, *nexum*, ecc.). Tutti questi istituti decaddero rapidamente già nel corso del diritto preclassico. Resta, pertanto, da dire qualcosa sulla successione nei rapporti giuridici privati di una persona defunta, che è l'istituto più importante.

31. La successione nei rapporti giuridici privati di una persona defunta.

Nel sistema del *ius civile* la *successio in locum et ius* di una persona defunta prendeva il nome di *hereditas*, termine che serviva anche a significare il complesso dei 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. 33). Il *ius praetorium* integrò e corresse in molti punti l'antiquato sistema civilistico dell'*hereditas*, dando luogo, praticamente, ad un altro e prevalente sistema successorio. Il *ius novum*, sopratutto nel periodo postclassico, tenne conto di ambedue i sistemi anteriori per riformarli, ed in particolare per creare un sistema unitario di *successio in universum ius mortis causa*.

Per il verificarsi del fenomeno successorio non era sufficiente il fatto della morte dell'antecessore: con

questo fatto dovevano concorrerne vari altri, tra cui, principalissimo, il fatto della vocazione alla successione. La vocazione (*vocatio*) poteva essere prestabilita dall'ordinamento giuridico oppure prestabilita dallo stesso antecessore: quest'ultima (*vocatio ex testamento*) aveva la prevalenza sulla prima (*vocatio* cd. *legitima* o *ab intestato*), salvo in alcuni casi, nei quali la successione avveniva, per esplicita disposizione dell'ordinamento giuridico, *contra tabulas testamenti*. Oltre la vocazione occorreva la delazione (*delatio*), la quale in alcuni casi 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* accettante avrebbe potuto compiere (*pro herede gestio*: es., alienazione di un cespite ereditario, esazione di un credito dell'antecessore); in diritto postclassico fu reputata sufficiente la espressione comunque fatta della *voluntas suscipiendae hereditatis* (*additio nuda volutate*). L'*adgnitio bonorum possessionis* si faceva al pretore senza solennità e l'acquisto derivava da un *decretum* del pretore stesso; in diritto postclassico, per la operata fusione degli istituti successori, il sistema si invertì ed anche la *bonorum possessio* si considerò soggetta ad accettazione.

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

Nel sistema del *ius civile* l'*heres* cui fosse stato impedito l'impossessamento dei *bona hereditatis* poteva esercitare, oltre che la *vindicatio* delle singole *res*, anche una *vindicatio* complessiva dell'*hereditas* contro il possessore della medesima (*hereditatis petitio*): importanti innovazioni al sistema furono introdotte da un *SC. Iuventianum* del II secolo d. C. Per la divisione dell'asse ereditario tra i coeredi,

ciascuno di questi poteva esercitare contro gli altri l'*actio familiae erciscundae*, allo scopo di ottenere dal l'*iudex privatus* l'*adiudicatio* delle quote (n. 16).

32. Le vocazioni alla successione « mortis causa ».

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

Contenuto essenzialissimo del *testamentum* civilistico era la *heredis institutio*, cioè la solenne designazione del *successor in locum et ius* (« *L. Titius mihi heres esto* ») e la espressa *exheredatio* degli *heredes sui*, qualora li si volesse escludere dalla *successio* (« *sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi* »). Il pretore, ritenendo che alla successione universale avessero diritto non soltanto i *filii in potestate*, ma anche quelli emancipati, concesse tanto agli uni quanto agli altri (denominandoli genericamente *liberi*), se gliene facessero richiesta, la *bonorum possessio* in caso di preterizione nelle *tabulae* testamentarie (*bonorum possessio contra tabulas*). Anzichè 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* (« *detracta rei certae mentione* »), mentre più tardi si ammise che le indicazioni del testatore

dovessero essere eseguite nei limiti del possibile in sede di divisione. Il *testamentum* poteva anche contenere la *substitutio heredis*, cioè o la nomina di un *heres* al *suus heres* impubere per il caso che questo morisse prima di aver raggiunto la pubertà e con essa la capacità di testare a sua volta (*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*, una *manumissio*, ed altre disposizioni particolari (*legata, fideicommissa*), di cui si dirà fra poco.

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

In mancanza di *testamentum*, trovava luogo la vocazione *ab intestato*, che si disse *legitima* perché fu regolata dalle XII tavole. Queste stabilirono che, in mancanza di *heredes sui* (cioè di *filiifamilias*), la *familia* e la *pecunia* del defunto (cioè il suo patrimonio in *res mancipi* e *nec mancipi*: n. 14) 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 arrecate dal *praetor*, il

quale accordò la sua tutela (mediante la concessione della cd. *bonorum 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 *cognatio* (n. 8); egli stabilì che i *legitimi*, cioè gli altri chiamati dalle XII tavole, costituissero un'*ordo* successorio subordinato a quello dei *liberi*, che, in mancanza di *legitimi*, avessero diritto alla successione i *cognati* (cioè i parenti di sangue che non fossero anche *adgnati*) e che, mancando i *cognati*, al defunto succedesse il coniuge superstite (*vir* o *uxor*). In contrasto col sistema civilistico, il pretore ammise, inoltre, che, mancando l'accettazione del primo chiamato, succedesse nella vocazione colui che appartenesse al grado di parentela successivo e che, non accettando tutti i membri di un certo *ordo* successorio, la chiamata si trasferisse, secondo l'ordine dei gradi, ai membri dell'*ordo* seguente (*successio ordinum et graduum*). Attraverso ulteriori riforme del *ius novum*, si giunse al sistema sancito nelle *Novellae* di Giustiniano, per cui erano chiamati successivamente: i discendenti, gli ascendenti, i fratelli e sorelle, gli altri collaterali.

Verso la fine dell'età classica si profilò, accanto alla successione testamentaria ed a quella *ab intestato*, un altro tipo di successione, la successione necessaria. I magistrati riconobbero ai più stretti congiunti del testatore il diritto di attaccare la validità del testamento, anche se fossero stati espressamente diseredati, quando fosse evidente che il testatore, non tenendo alcun conto di loro, avesse infranto quell'*officium pietatis* che occorre avere nei riguardi

dei familiari. Di qui sorse la concessione ai preteriti della cd. *querella inofficiosi testamenti*, volta ad ottenere il permesso di esercitare la *hereditatis petitio* almeno in ordine ad una certa frazione dell'asse ereditario. Nei secoli seguenti il sistema fu ulteriormente perfezionato e si pervenne, in età giustinianea, a considerare i discendenti e gli ascendenti (cioè i primi due *ordines* della successione *ab intestato*) come necessari eredi, per una certa quota (quota di riserva), del defunto.

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

Il *ius civile* conobbe quattro tipi di legato: *l. per vindicationem* (nella forma: « *do, lego* »), avente per effetto il trasferimento diretto della proprietà di una cosa

dal testatore al legatario, che può senz'altro esercitare la *rei vindicatio* contro chi ne trattenga il possesso (eredi o altri); *l. per damnationem* (« *heres meus damnas esto dare* »), avente per effetto la costituzione di un debito per la *res* legata a carico dell'erede e a favore del legatario, che può agire contro il primo con un'*actio in personam* (*a. ex testamento*); *l. sinendi modo* (« *heres meus damnas esto sinere* »), sottospecie del precedente, produttivo dell'obbligo dell'erede di permettere che il legatario si impossessi di una cosa o non paghi un debito ecc.; *l. per praeceptionem* (« *heres meus praecipito* »), avente per effetto la costituzione di un diritto reale determinato a favore di uno dei coeredi, il quale può impossessarsi della cosa prima (*prae-capere*) della divisione ereditaria. Questi quattro tipi di legato furono fortemente accostati l'un l'altro da un *SC. Neronianum* del I sec. d. C., il quale stabilì che, se un *l. per vindicationem* non potesse valere come tale (es., perché il testatore avesse legato una cosa altrui), esso valesse almeno come *l. per damnationem* (quindi, nell'esempio citato, l'erede deve acquistare la cosa ed ha l'obbligo di trasferirne la proprietà al legatario). Naturalmente, il *legatum* non poteva essere acquistato se l'erede non avesse a sua volta acquistato l'eredità: a questo proposito si distingueva il *dies cedens*, cioè il momento della morte del testatore, in cui il legatario acquistava il diritto al legato, dal *dies veniens*, cioè il momento dell'accettazione dell'erede (*heres voluntarius:* n.31), 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*) acché anche dei fedecommessi fosse assicurata giurisdizionalmente l'esecuzione. Il *fideicommissum* diventò in tal modo un istituto giuridico assai diffuso, che in periodo postclassico mostrò tendenza ad assorbire in sé i legati. Giustiniano finì, infatti, per ragguagliare i *legata* ai *fideicommissa* (« *per omnia exaequata sunt legata fideicommissis* »).

INDICE SOMMARIO

PAG.

Avvertenza 5
Appunto bibliografico 7

I — Il diritto privato romano

1. Generalità 9
2. Il periodo arcaico del diritto romano 15
3. Il periodo preclassico del diritto romano 19
4. Il periodo classico del diritto romano 23
5. Il periodo postclassico del diritto romano 25
6. Il « ius privatum » e le sue partizioni 27

II — I rapporti giuridici privati

7. Generalità 33
8. La « familia » romana 38
9. I soggetti dei rapporti giuridici privati 43
10. Gli oggetti dei rapporti giuridici privati 46
11. L'ordine giuridico e le sue cause 48
12. Gli atti giuridici di autonomia 51
13. Le « actiones » e il processo privato 56

III — I rapporti giuridici assoluti

14. Generalità 63
15. Il « mancipium » quiritario 66

PAG.

16. Il « dominium ex iure Quiritium » 69
17. Gli altri rapporti assoluti reali in senso proprio 74
18. Le « servitutes praediorum » 77
19. L'« ususfructus » e gli istituti affini 80
20. Gli altri rapporti assoluti reali in senso improprio . . . 81
21. La « possessio » e la « quasi possessio » 83

IV — I rapporti giuridici relativi

22. Generalità 87
23. Le « obligationes » 90
24. Le « obligationes contractae » del « ius civile vetus » . . 93
25. Le « obligationes ex contractu » del « ius civile novum » . 98
26. Gli altri rapporti obbligatori da atto giuridico lecito . . . 102
27. Le obbligazioni primarie da atto giuridico illecito . . . 105
28. Le obbligazioni secondarie da atto giuridico illecito . . 109
29. Fatti estintivi dei rapporti giuridici obbligatori . . . 111

V — La successione nei rapporti giuridici privati

30. Generalità 113
31. La successione nei rapporti giuridici privati di una persona defunta 115
32. Le vocazioni alla successione « mortis causa » 118
33. Effetti particolari della successione testamentaria . . . 122