ANTONIO GUARINO

RAGGUAGLIO DI
DIRITTO PRIVATO ROMANO

JOVENE EDITORE 2002

© *Copyright 2002* by Jovene s.p.a.
via Mezzocannone 109, I. 80134 Napoli

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

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

Stampato in Italia *Printed in Italy*

Grafiralia - Cercola (Na)

SOMMARIO

Premessa 9

CAPITOLO I

IL DIRITTO PRIVATO ROMANO

1. La società e lo stato 11
2. L'ordinamento statale e l'ordinamento giuridico 14
3. I rapporti giuridici 16
4. Il diritto privato dei Romani 19
5. I periodi storici del diritto privato romano 20
6. I sistemi normativi del diritto privato romano 23
7. Piano dell'esposizione 26

CAPITOLO II

I RAPPORTI GIURIDICI PRIVATI

8. I rapporti del diritto privato romano 27
9. I soggetti giuridici integrali 29
10. I soggetti giuridici limitati 36
11. I soggetti giuridici immateriali 41
12. Gli oggetti giuridici 44
13. Le cose 47

CAPITOLO III

LA REALIZZAZIONE PACIFICA DELL'ORDINE PRIVATO

14. L'ordine giuridico privato 52
15. La capacità di agire 55
16. Gli atti di autonomia privata 59

17. La struttura dei negozi giuridici 64
18. La volontà negoziale 68
19. Le clausole accidentali dei negozi giuridici 74
20. La sostituzione nell'attività negoziale 77

CAPITOLO IV

LA REALIZZAZIONE COATTIVA DELL'ORDINE PRIVATO

21. La realizzazione coattiva dell'ordine privato 83
22. Le procedure delle azioni di legge 86
23. Le procedsure formulari 91
24. La struttura delle formule processuali 95
25. Lo svolgimento del processo formulare 98
26. Gli istituti complementari delle procedure formulari 105
27. Le procedure straordinarie 109

CAPITOLO V

I RAPPORTI GIURIDICI ASSOLUTI

28. I rapporti assoluti del diritto privato 116
29. Il possesso 124
30. Il possesso interdittale 129
31. La comunione dei diritti assoluti 134
32. Il regime della comunione dominicale 138

CAPITOLO VI

I RAPPORTI ASSOLUTI FAMILIARI

33. I rapporti assoluti familiari 141
34. La patria potestà 146
35. Il matrimonio 151
36. Gli effetti del matrimonio 161
37. Il regime patrimoniale del matrimonio 165

CAPITOLO VII

I RAPPORTI ASSOLUTI PARAFAMILIARI

38. I rapporti assoluti parafamiliari 170
39. La tutela degli impuberi 173
40. La tutela delle donne 180
41. Le curatele 182
42. La cura dei minorenni 185

CAPITOLO VIII

I RAPPORTI ASSOLUTI DOMINICALI

43. I rapporti assoluti dominicali 188
44. Le vicende del dominio quiritario 193
45. La tutela del dominio quiritario 203
46. La potestà padronale sugli schiavi 209
47. I rapporti affini al dominio quiritario 214
48. Il dominio unificato 218

CAPITOLO IX

I RAPPORTI ASSOLUTI SU COSA ALTRUI

49. I rapporti assoluti su cosa altrui 223
50. Le servitú prediali 226
51. I tipi di servitú prediali 232
52. Il regime delle servitú prediali 235
53. L'usufrutto 240
54. I rapporti affini all'usufrutto 243
55. La superficie 246
56. L'enfiteusi 248
57. I rapporti assoluti di garanzia 250

CAPITOLO X

I RAPPORTI GIURIDICI RELATIVI

58. I rapporti relativi del diritto privato 257
59. I tipi delle obbligazioni 264
60. I soggetti delle obbligazioni 267
61. L'oggetto delle obbligazioni 271
62. L' adempimento delle obbligazioni 274
63. Le vicende delle obbligazioni 276
64. I fatti modificativi delle obbligazioni 279

CAPITOLO XI

LE OBBLIGAZIONI CONTRATTE

65. Le obbligazioni contratte 283
66. Le obbligazioni contratte verbalmente 284
67. Le obbligazioni da stipulazione 287
68. Le applicazioni della stipulazione 293
69. Le obbligazioni contratte per scrittura 296
70. Le obbligazioni da consegna in senso proprio 298
71. Le obbligazioni da consegna in senso improprio 301

CAPITOLO XII

LE OBBLIGAZIONI DA CONTRATTO CONSENSUALE

72. Le obbligazioni da contratto consensuale 306
73. Le obbligazioni da compravendita 309
74. Le clausole accidentali della compravendita 315
75. Le obbligazioni da locazione-conduzione 317
76. Le obbligazioni da società 323
77. Le obbligazioni da mandato 328

CAPITOLO XIII

LE OBBLIGAZIONI NON CONTRATTUALI

78. Le obbligazioni non contrattuali 331
79. Le obbligazioni da patto 331
80. Le obbligazioni da accordi innominati 336
81. Le obbligazioni da cause non convenzionali 340
82. Le obbligazioni da libera gestione di negozi 342
83. Le obbligazioni da cause ingiustificate 344

CAPITOLO XIV

LE OBBLIGAZIONI DI RESPONSABILITÀ

84. Le obbligazioni di responsabilità primaria 347
85. La responsabilità da ingiuria, furto, rapina 350
86. La responsabilità da danneggiamento ingiusto 355
87. Le altre obbligazioni di responsabilità primaria 358
88. Le obbligazioni di responsabilità secondaria 360
89. La responsabilità da mora nel pagamento e da frode dei creditori 364

CAPITOLO XV

LA SUCCESSIONE NEL PATRIMONIO PRIVATO

90. La successione nel patrimonio privato 367
91. La chiamata da testamento 372
92. La chiamata senza testamento 378
93. La chiamata contro il testamento 381
94. L'acquisizione successoria 383
95. Le conseguenze della successione 386
96. La successione per legato e per fedecommesso 391

Tavole sinottiche 13, 21, 31, 45, 53, 61, 85, 117, 143, 171, 189, 225, 227, 259, 285, 307, 349, 369

Indice degli argomenti 395

PREMESSA

Agli inizî del terzo millennio una riforma universitaria tanto sventata quanto precipitosa ha dato gli ultimi colpi ad un'opera di demolizione dell'insegnamento universitario italiano che era stata iniziata poco piú di trent'anni prima, nel 1969, da un improvvido provvedimento di demagogia populista. Non è il caso che ne parli distesamente in questa sede, tanto piú che l'ho già ripetutamente fatto col dovuto rigore altrove. Qui mi resta solo da segnalare che tra le maggiori vittime della riforma vi sono, per ciò che attiene agli studi giuridici, le materie storiografiche e, in particolare, le discipline dedicate all'analisi del diritto romano pubblico e privato nelle sue strutture e nelle trasformazioni che queste subirono dal secolo VIII avanti Cristo al secolo VI della nostra era. La parola d'ordine del legislatore è stata quella di contrarle e ridurle al massimo, non senza favorevoli aperture alla possibilità di eliminarle del tutto. Direttive di cui hanno tenuto comprensibilmente conto, nella fungaia delle Università moltiplicatesi in Italia durante gli ultimi anni, quelle Facoltà di giurisprudenza (o quasi) cui giova per avere clienti fare concorrenza al ribasso.

Siccome la legge è la legge (sinché non viene abrogata), mi sono sforzato di adeguarmi ad essa col presente «Ragguaglio di diritto privato romano», il quale è relativamente breve, ma non vuol essere e non è una compiacente guida turistica tra le curiosità giuridiche romane. E siccome oggi tutto ciò che è anglosassone è di moda, mi spiegherò meglio citando il libricino famoso di Lewis Carrol dedicato ad Alice nel Paese delle Meraviglie (piccolo capolavoro di cui corre in italiano, tra le altre, una gustosa traduzione di Aldo Busi). Confesso cioè che mi sono pazientemente calato nei panni del Coniglio bianco in occasione del processo contro il Fante di cuori per l'affare delle pizzette rubate. «Da dove devo iniziare, Maestà?», chiese il Coniglio, inforcando gli oc-

chiali. «Inizia dall'inizio», disse il Re gravemente, «e va' avanti finché non arrivi alla fine: poi, fermati».

Proprio così. Questo libro l'ho scritto perché sia letto senza troppa fatica dal principio alla fine, poi basta. Sull'essenziale non vi si transige, ma in cambio esso vi è raccontato integralmente in lingua italiana la più limpida possibile. Il latino figura solo accompagnato dalla traduzione, quindi (per usare l'agile linguaggio degli studenti) lo si può «saltare»; se non lo si salta, la sua corretta pronuncia (le lunghe e le brevi, sapete) viene agevolata da opportuni accenti tonici. I brani stampati qua e là in caratteri tipografici più piccoli servono solo da ulteriore chiarimento e talvolta, per chi ne abbia voglia, da maggiore (ma non indispensabile) informazione. Diciotto tavole sinottiche richiamano, lungo il percorso, le linee principali della narrazione.

Visto che ho citato il Paese delle Meraviglie, mi auguro che il lettore-studente si comporti di fronte a queste pagine alla stessa condiscendente maniera di Alice: interessandosi con naturalezza alle apparenti singolarità degli antichi romani e, quando gli viene, apertamente criticandole e discutendole. Al termine del non difficile viaggio, egli sarà, quasi senza rendersene conto, un po' cambiato. Un po' più vicino al livello, non già del laureato comecchessia in giurisprudenza, ma (cosa ben diversa) del giurista attento e cauto, che non si meraviglia di nessuna meraviglia.

Bibliografia zero. Per più approfondite notizie si può far capo alle seguenti opere dello stesso autore: Diritto privato romano *(12ª ed., 2001, con supplementi bibliografici successivi) e* Storia del diritto romano *(12ª ed., 1998). Ma è appena il caso di aggiungere che in qualunque biblioteca universitaria si trova facilmente di meglio.*

Napoli, 16 maggio 2002

a. g.

CAPITOLO I

IL DIRITTO PRIVATO ROMANO

SOMMARIO: 1. La società e lo stato. — 2. L'ordinamento statale e l'ordinamento giuridico. — 3. I rapporti giuridici. — 4. Il diritto privato dei Romani. — 5. I periodi storici del diritto privato romano. — 6. I sistemi normativi del diritto privato romano. — 7. Piano dell'esposizione.

1. *La società e lo stato.* — Per intendersi circa la nozione del diritto e, in particolare, del diritto privato bisogna partire dal rilevamento del fenomeno, tipicamente umano, della società.

Questo termine è abusato e sta spesso, genericamente, per «gruppo» umano. Ma in senso proprio la **società** non è soltanto un raggruppamento materiale di uomini (quale può essere stata in tempi lontanissimi l'orda dei primitivi, o quale può essere al giorno d'oggi la folla di coloro che, ciascuno per suo conto, si trovano a sostare in una piazza oppure a viaggiare su un mezzo di pubblico trasporto). Essa è qualcosa di molto piú complesso perché ha radice in una determinazione «volontaria», anche se prevalentemente tacita, che porta i suoi membri a vivere insieme per operare unitariamente, sulla base di un adeguato «ordinamento sociale», cioè sulla base di un sistema di principî («norme sociali») e di meccanismi («istituzioni sociali») che regolino l'assetto ed il funzionamento dell'aggregato.

Entro il vastissimo campionario delle società umane (religiose, economiche, sportive e via dicendo) spicca, come una specie ben distinta, la **società politica**. Questa organizzazione si prefigge, fra le varie finalità sociali, quelle che, nel convincimento concorde dei consociati, appaiano piú delle altre bisognevoli di sicura ed universale applicazione pratica (quindi, principalmente le finalità di ordine nelle relazioni tra i suoi membri), ed appunto

perciò si propone il **compito supplementare** di predisporre e di mettere in atto ogni condizione umanamente possibile per assicurare la puntuale realizzazione dell'**ordine sociale**. Ciò, beninteso, non significa e non può significare che i membri della società politica siano riducibili ad autòmi privi di libertà, ma vuol dire soltanto (ed è già molto) che la società politica si differenzia da ogni altra specie sociale per la finalità (e per la concreta capacità) di giungere, come soluzione estrema, al risultato di «costringere materialmente» i disobbedienti ad eseguire, pur contro voglia, il loro dovere di adeguarsi alla disciplina sociale, oppure (quando non sia piú possibile l'esecuzione del comportamento dovuto) a subire una congrua penitenza per l'infrazione commessa.

La parola modernamente adoperata per designare gli enti politici («politici», dal termine greco *pólis*: città autonoma), è il termine: **stato** (da molti scritto, per retorica esaltazione, con l'iniziale maiuscola: «Stato»). Di fronte allo stato ogni ente sociale privo della indipendenza e della autoritarietà tipiche delle società politiche merita il nome di «società apolitica». Apolitici in questo senso specifico, sono anche gli organismi sociali che, pur essendo autoritativamente organizzati nel loro interno, manchino del requisito fondamentale della indipendenza (per esempio, i comuni o le regioni). Si tratta solo, in questi casi, di «società parapolitiche» (altrimenti denominabili **enti parastatali**), cioè di succursali delle società genuinamente politiche: succursali le quali traggono forza dalle società politiche sovraordinate per l'esercizio di una propria specifica autorità (cioè per l'esplicazione di una cd. «autonomia») sui rispettivi consociati.

Il carattere di indipendenza e di autoritarietà delle società politiche significa, detto in altri termini, la immanenza nello stato di una potestà di comando «originaria», cioè di una potestà che non deriva da alcuna potestà superiore (e che tanto meno vi è subordinata), ma che nasce con lo stato e si spegne con esso. Questa potestà di comando si dice **sovranità** e non va confusa con la cosí detta «potenza» dello stato. Nessuno ignora che vi sono (e che variano col variare dei tempi e degli equilibri internazionali) grandi potenze e piccole potenze, potenze egèmoni e potenze che subiscono la loro influenza, che insomma l'indipendenza degli stati ha un valore pratico molto relativo; comunque, sin che l'indipendenza non è formalmente abolita, anche una minima potenza è uguale alle altre, pur se grandi o grandissime, sul piano della sovranità.

L'organizzazione di «cittadini» e di enti parastatali cui spetta l'esercizio dei poteri sovrani sul «territorio statale» ha il nome di **governo**. Il

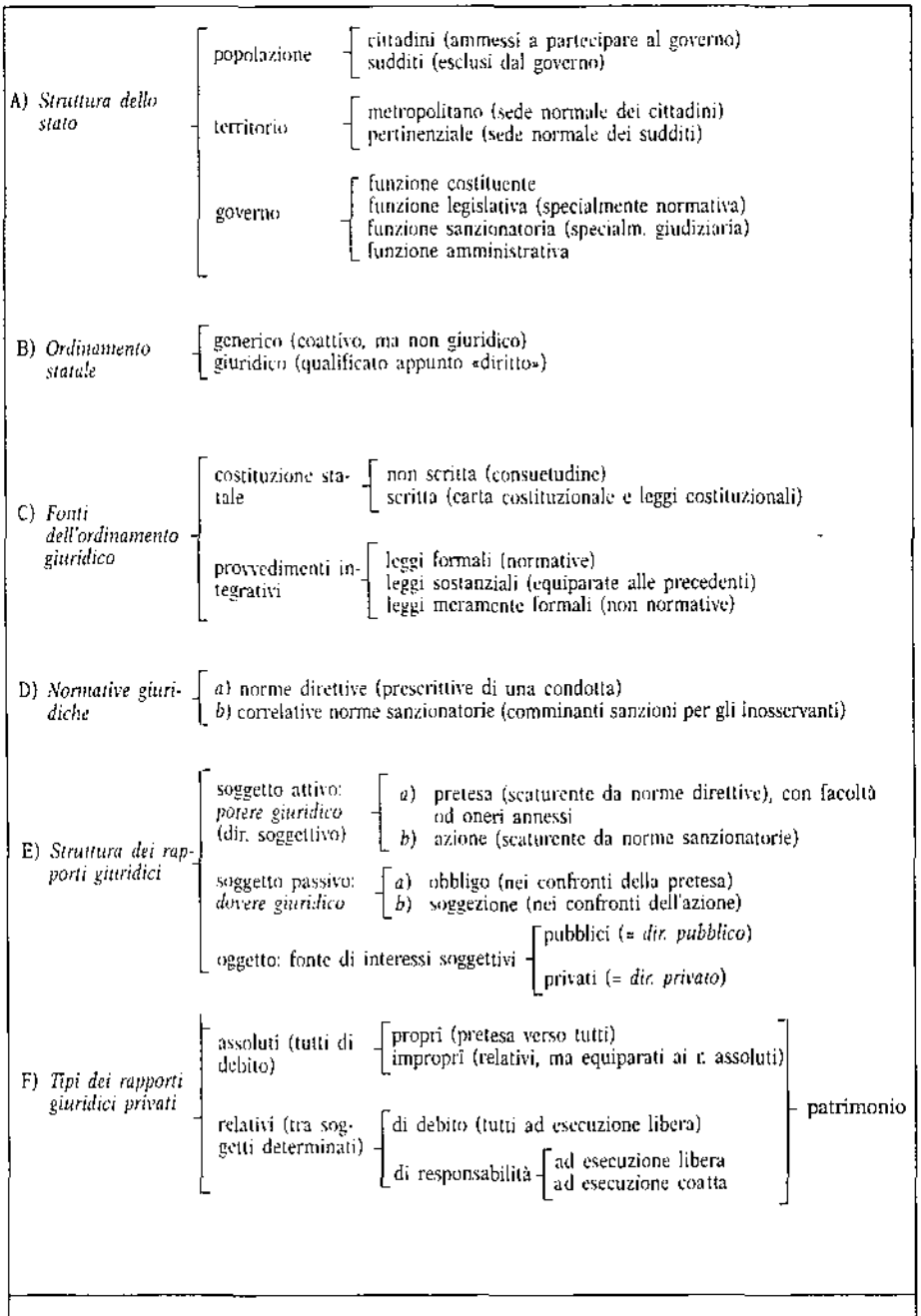


TAVOLA I: A) La struttura dello stato (n. 1). - B) L'ordinamento statale (n. 1). - C) Le fonti dell'ordinamento giuridico (n. 2). - D) Le normative giuridiche (n. 2). - E) La struttura dei rapporti giuridici (pubblici e privati) (n. 3). - F) I tipi dei rapporti giuridici privati (n. 3).

compito di questo è di provvedere all'attuazione in concreto dei fini della società politica, e quindi comporta l'attribuzione agli «organi governativi» di un quadruplice ordine di funzioni: *a*) la **funzione costituente**, la quale consiste nella formazione e nell'eventuale modifica delle regole fondamentali di convivenza della società politica (cd. «regole costituzionali»); *b*) la **funzione legislativa**, la quale consiste nell'integrazione delle regole «costituzionali» con provvedimenti (le «leggi») che dettano altri e più minuziosi principî di disciplina sociale; *c*) la **funzione sanzionatoria** (o giudiziaria), la quale consiste nell'applicazione delle sanzioni, coattive e non coattive, previste dalle regole costituzionali e dai provvedimenti legislativi; *d*) la **funzione amministrativa**, la quale consiste nell'esplicazione autoritativa, entro i limiti posti dai principî costituzionali e dai provvedimenti legislativi o sanzionatori, di ogni altra mansione necessaria per il soddisfacimento dei pubblici interessi.

Quanto alla **forma dello stato** (impero, regno, repubblica ecc.) e quanto alla completa o incompleta possibilità di accesso dei cittadini agli organismi costituenti il suo governo (cioè quanto alla più o meno completa «democrazia» dello stato), si tratta di questioni molto importanti, ma estranee all'economia di questo libro. Opportuno è invece aggiungere, in questa sede, due **precisazioni**: *a*) anzitutto, che la funzione costituente e quella legislativa sono integrate (in numero maggiore o minore, a seconda degli stati e dei tempi) da regole di comportamento che emergono dalle usanze inveterate e convinte degli stessi cittadini, cioè dalla **consuetudine**; *b*) secondariamente, che le quattro funzioni di governo sopra indicate ben raramente sono attribuite (ed attribuibili) tutte quante ad «uffici» ben distinti, sicché possono verificarsi anche casi di **uffici plurifunzionali** (che esercitano più funzioni diverse) o di **uffici concorrenti** tra loro nell'esercizio di una stessa funzione.

2. *L'ordinamento statale e l'ordinamento giuridico.* — Ogni specifica società politica, ogni specifico stato, implica di necessità l'esistenza di un particolare **ordinamento statale**, il quale viene creato ed integrato dal governo nell'esercizio delle sue funzioni e, in particolare, mediante la funzione costituzionale e quella legislativa. La caratteristica dell'ordinamento statale è in ciò: che esso non si limita a dettare regole di comportamento ai consociati, ma predisporre altresí i mezzi più opportuni ed efficaci per ridurre anche coattivamente gli inosservanti alla obbedienza od alla penitenza.

Solo dopo aver identificato il concetto di ordinamento statale può finalmente comprendersi il concetto ben distinto, anche se ad esso strettamente vicino, di ordinamento giuridico. L'**ordinamento giuridico** (cosí qualificato per influenza del latino «*ius*»), detto anche **diritto** (qualificato

così in omaggio al verbo «dirigere»), inerisce infatti anch'esso, almeno comunemente, alla società politica, allo stato; tuttavia non è detto che coincida totalmente con l'ordinamento statale. Di solito ne costituisce solo un «settore interno», cioè un settore più ristretto, ma considerato particolarmente autorevole.

Non è possibile precisare sul piano concettuale quanto sia estesa la **coincidenza tra ordinamento giuridico e ordinamento statale.** L'esperienza pratica suggerisce di dire che l'ordinamento statale può anche non essere considerato giuridico, ma l'ordinamento giuridico è generalmente considerato (salvo rarissime eccezioni) anche statale, e ciò per il fatto che il carattere della coattività presuppone un'organizzazione sociale autoritaria e indipendente, vale a dire uno stato. In altri termini l'indice di identificazione dell'ordinamento giuridico rispetto ad ogni altro tipo di ordinamento statale (non giuridico) ha carattere eminentemente «storico», perché dipende principalmente dalle valutazioni correnti tra la generalità dei consociati.

Diritto è, dunque, quel settore più o meno vasto dell'ordinamento statale che in un dato momento storico si ritiene dai più essere appunto «diritto» (e che si usa pertanto designare con tale termine o col suo corrispondente in ogni singola lingua). Al limite, possono ben esservi (anche se il fenomeno è molto raro) società politiche che si limitino ad avere un adeguato ordinamento statale e siano totalmente (o quasi totalmente) prive di un ordinamento specificamente qualificato come giuridico.

La funzione tipica dell'ordinamento giuridico consiste nel predisporre mediante «comandi di carattere generale» (alieni dal concernere singole persone e casi singoli), cioè mediante **norme giuridiche**, quali siano le condizioni più importanti per l'attuazione delle finalità dello stato e quindi per l'esistenza di esso. Pertanto il diritto esplica due funzioni tra loro intimamente connesse: *a*) una **funzione direttiva**, consistente nella determinazione di tutto quanto è «giuridicamente rilevante» (cioè rilevante ai suoi fini) e nell'individuazione, entro questa sfera, dei comportamenti che i soggetti sono liberi di tenere o di non tenere («lecito giuridico») e dei comportamenti che i soggetti sono invece obbligati ad effettuare o ad astenersi dall'effettuare («obblighi giuridici»: positivi o negativi); *b*) una **funzione giurisdizionale** (dal latino *iuris-dictio*: affermazione del diritto) consistente nella determinazione dell'adeguata e proporzionata sanzione, eventualmente anche coattiva, che si attaglia a chi si sia reso responsabile della mancata osservanza di un comportamento giuridicamente obbligatorio: sanzione alla cui messa in atto provvede, di regola, lo stato.

La combinazione di una o piú «norme direttive» con una corrispondente «norma sanzionatoria» costituisce la cd. **normativa giuridica**. La realizzazione concreta delle normative giuridiche costituisce l'**ordine giuridico**: ordine che il diritto auspica si avveri in modo pacifico, ma che altrimenti si avvererà in modo coattivo.

3. *I rapporti giuridici.* — Coerentemente con la funzione propria dell'ordinamento giuridico, ciascuna situazione sociale predisposta da una «normativa giuridica» si traduce in un certo tipo di rapporto (**rapporto giuridico**) che intercorre tra due o piú soggetti (**soggetti giuridici**) in relazione ad una fonte di interessi tra loro contrastanti (**oggetto giuridico**). Per eliminare nel modo piú opportuno ogni possibile conflitto in ordine all'oggetto, la normativa determina una situazione di preminenza (cd. «situazione attiva») di un **soggetto attivo** ed una correlativa situazione di subordinazione (cd. «situazione passiva») di un **soggetto passivo**. Si intende che i soggetti attivi o i soggetti passivi possono essere anche piú di uno, legati tra loro da un «vincolo di comunione».

La situazione del soggetto attivo, favorito dalla normativa, prende comunemente il nome di **diritto soggettivo** o **potere giuridico** e consiste: *a*) nel potere di pretendere l'osservanza dell'obbligo posto a carico del soggetto passivo (**pretesa**); *b*) subordinatamente alla inosservanza dell'obbligo, nel potere di provocare direttamente o indirettamente (in questo caso con l'aiuto del sistema giurisdizionale) la sottoposizione forzosa del soggetto passivo inadempiente alla sanzione (**azione**). Situazioni soggettive **complementari del potere giuridico** sono: a^1) la **facoltà**, cioè la possibilità spesso riconosciuta al soggetto attivo di soddisfare i proprî interessi direttamente, senza attendere l'intervento del soggetto passivo (si pensi alle facoltà del proprietario di utilizzare la propria cosa, relativamente alla quale gli è riconosciuta una pretesa a non essere disturbato dagli altri membri della comunità); a^2) l'**onere**, cioè il sacrificio o i sacrifici cui deve eventualmente sobbarcarsi il soggetto attivo per ottenere il soddisfacimento del suo diritto (si pensi all'onere di ricorrere all'autorità giudiziaria per conseguire la soggezione del soggetto passivo).

La situazione del soggetto passivo, sfavorito dalla normativa, prende a sua volta il nome di **dovere giuridico** e consiste: *a*) nell'impegno ad osservare l'invito a fare o a non fare alcunché rivoltogli dal soggetto attivo, favorito da una norma direttiva (**obbligo**); *b*) nella connessa necessità, in caso di inosservanza dell'obbligo, di sottostare anche contro la propria volontà a quanto prescritto da una norma sanzionatoria (**soggezione**).

Ciò posto, le possibilità di rapporti giuridici sono praticamente infinite, variando la loro identità a seconda dei soggetti (attivi e passivi), degli oggetti, del tipo di correlazione tra i soggetti (pretesa-obbligo, oppure azione-soggezione), del contenuto specifico del potere giuridico e coerentemente del dovere giuridico.

Le principali **distinzioni dei rapporti giuridici** sono quelle tra: *a*) rapporti assoluti e relativi; *b*) rapporti di debito e di responsabilità; *c*) rapporti ad esecuzione libera e ad esecuzione coatta; *d*) rapporti pubblici e privati.

(*a*) **Rapporti giuridici assoluti** sono quelli che intercorrono tra uno o piú soggetti attivi e tutti quanti, indistintamente e indeterminatamente, gli altri soggetti giuridici: i quali sono tenuti ad un comportamento di sopportazione (*pati*) della pretesa (cd. *erga omnes*, cioè «verso tutti») del soggetto attivo, incorrendo chi fra essi l'infranga in un rapporto di responsabilità (del quale sarà soggetto passivo). **Rapporti giuridici relativi** sono quelli che intercorrono tra uno o piú soggetti (non solo gli attivi, ma anche i passivi) ben determinati: i soggetti passivi sono, in tal caso, tenuti ad un comportamento satisfattorio positivo o negativo (di dare, di fare, di non fare qualche cosa) verso i soggetti attivi e passano, in caso di inosservanza, ad essere soggetti passivi di un rapporto di responsabilità, eventualmente ad esecuzione coatta. Esempio di rapporti assoluti è quello di proprietà, di cui si è parlato poc'anzi; esempi di rapporti relativi sono le cd. obbligazioni (da compravendita, da mutuo, da atto illecito): il debitore è tenuto a soddisfare il creditore consegnandogli la merce, restituendogli la somma avuta in prestito, risarcendogli il danno patrimoniale prodotto e via dicendo.

Una categoria anomala di rapporti assoluti, che chiameremo **dei rapporti assoluti in senso improprio**, deriva a molti ordinamenti giuridici moderni dall'antico diritto romano. Come vedremo a suo tempo [n. 49], si tratta di rapporti relativi (es.: usufrutto) al cui soggetto attivo sono conferiti non solo poteri verso il soggetto passivo, ma anche poteri assoluti (*erga omnes*).

(*b*) **Rapporti giuridici di debito** sono rapporti (assoluti o relativi) consistenti in un vincolo che si costituisce per effetto di un accadimento considerato «lecito» dal diritto (cioè per effetto, come vedremo a suo tempo [n. 14], di un fatto giuridico involontario o di un atto giuridico lecito). **Rapporti giuridici di responsabilità** sono rapporti giuridici relativi (mai assoluti) consistenti in un vincolo che si pone a carico di uno o piú soggetti passivi determinati, a titolo di responsabilità (di penitenza) per aver compiuto in pregiudizio del soggetto attivo un atto «illecito» (es.: la

turbativa del diritto di un proprietario, la produzione di un danno ingiusto, l'inadempimento di un obbligo relativo).

(*c*) **Rapporti giuridici ad esecuzione libera** sono rapporti (di debito o di responsabilità) considerati nel momento della correlazione di una mera pretesa del soggetto attivo con un mero obbligo del soggetto passivo. **Rapporti giuridici ad esecuzione coatta** sono rapporti considerati nel momento della correlazione di un'azione del soggetto attivo con una soggezione del soggetto passivo. Ovviamente i rapporti giuridici ad esecuzione coatta sono sempre rapporti di responsabilità, essendo la soggezione posta in opera solo nell'ipotesi che il titolare di un obbligo abbia compiuto un atto illecito, cioè l'inadempimento del suo obbligo.

(*d*) **Rapporti giuridici pubblici** sono quelli attinenti ad un oggetto di pubblico interesse, cioè relativi all'esplicazione di una funzione di governo e quindi all'esercizio di una potestà sovrana: almeno uno dei soggetti (attivo o passivo) ne è dunque lo stato (nei suoi funzionarî o ausiliarî di governo) o un ente pubblico (parastatale). Ad esempio: il rapporto di debito in forza del quale il cittadino è tenuto verso lo stato al servizio militare, il rapporto di debito in forza del quale lo stato è tenuto ad accettare la candidatura ad una funzione pubblica presentata da un cittadino, il rapporto di responsabilità tra lo stato ed il cittadino per la commissione, da parte di quest'ultimo, di un atto lesivo dei pubblici interessi (si supponga: un reato). Diversamente dai rapporti pubblici, i **rapporti giuridici privati** sono tutti quelli che non attengono all'interesse pubblico, cioè all'esplicazione di una funzione di governo, ma riguardano il soddisfacimento di interessi estranei ai fini superiori della comunità politica, cioè di interessi dei cd. «privati». Anche essi sono rilevanti per la comunità statale (non sarebbero altrimenti previsti e regolati dal diritto), ma non la riguardano direttamente bensí solo di riflesso, e cioè solo se ed in quanto il conflitto intersoggettivo di interessi privati possa, deflagrando, turbare l'esplicazione delle finalità dello stato: cosí, allo stato non importa, in sé e per sé, che il mutuatario restituisca alla scadenza la somma prestatagli dal mutuante [n. 70], ma importa che, in caso di inadempimento, l'eventuale dissidio fra i due non turbi l'ordine sociale, ed è perciò che esso considera giuridicamente rilevante anche il rapporto di debito derivante da un prestito di danaro, regolandolo in un certo modo.

Il complesso dei poteri e dei doveri giuridici inerenti ad un soggetto giuridico (pubblico o privato) costituisce il suo **patrimonio giuridico** (che

ovviamente può essere, dal punto di vista strettamente economico, «attivo» oppure «passivo»).

4. *Il diritto privato dei Romani.* — L'ordinamento giuridico di Roma antica (sec. VIII a. C. - sec. VI d. C.) ha rispecchiato approssimativamente l'inquadratura concettuale tracciata dianzi. In particolare, vi ha corrisposto il **diritto privato romano**, anche detto «dei Romani» (*ius privatum Romanorum*), nel quale si ravvisa appunto il diritto dedicato da Roma antica ai «rapporti giuridici privati».

La chiara visione di un concetto del «diritto privato», distinto dagli altri rami dell'ordinamento giuridico, si formò con una certa comprensibile lentezza (dovuta anche al fatto ben noto che i Romani erano, come suol dirsi, «gente pratica» non molto incline alla formulazione di «teorie generali»), e fu esplicitata, a cavallo tra il sec. II e il sec. III d. C., da una famosa definizione del giureconsulto Ulpiano: «il diritto pubblico attiene alla materia degli interessi statali romani, mentre il diritto privato attiene all'interesse dei singoli» («*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*»). Definizione, quella di Ulpiano, la quale fa intendere che, nell'ipotesi di conflitto, circa una qualunque materia, tra interessi pubblici ed interessi privati, ovviamente prevaleva (come ancor oggi prevale) il diritto pubblico.

In ordine alle normative del diritto privato era largamente diffusa la distinzione tra norme di «diritto esclusivo dei Romani» (cd. *ius civile Romanorum*) e norme di «diritto delle genti», nel senso di diritto vigente a Roma ma comune anche alle altre nazioni civili (cd. *ius gentium vel naturale*). I rapporti scaturenti dalle prime erano, di regola, interdetti agli stranieri (per esempio, quelli di «dominio quiritario» [n. 43]); i rapporti scaturenti dalle seconde potevano avere a soggetti anche cittadini stranieri (*peregrini*) ed avevano qualcosa a vedere col «diritto civile moderno», di cui parleremo tra poco [n. 6]. La concezione degli istituti giuridici comuni a tutte le nazioni civili venne spesso attribuita anche al fatto che essi erano dettati da una «ragione naturale» (*naturalis ratio*) uguale per tutti i popoli civilizzati; di qui la frequente denominazione di quei rapporti come «diritto naturale»; di qui anche, talvolta, l'estrosa affermazione (forse di Ulpiano, forse di un suo glossatore) che il diritto naturale in senso stretto (*ius naturale*) fosse addirittura un terzo tipo di diritto, distinto dal diritto delle genti umane, e cioè il diritto comune a tutti gli esseri animati esistenti in natura, quindi anche agli animali subumani.

Ma non è il caso di indugiare su queste e su altre distinzioni di carattere astratto che emergono qua e là dalle fonti. La generalità dei romani vi fece pochissimo caso ed altrettanto faremo noi.

5. *I periodi storici del diritto privato romano.* — Dato che la storia del diritto romano e del suo diritto privato abbraccia circa tredici secoli (dal sec. VIII a. C. al sec. VI d. C.), è evidente che non può farsi a meno di parlare dei mutamenti (molti e importanti) che in questo lungo spazio di tempo man mano si verificarono. Pertanto sarà bene ripartire la storia giuridica romana (e in particolare quella del diritto privato) in quattro periodi: *a*) un periodo del diritto arcaico; *b*) un periodo del diritto preclassico; *c*) un periodo del diritto classico; *d*) un periodo del diritto postclassico.

(*a*) Il **periodo arcaico** corrisponde, in termini di ordinamento statale, a quello della fioritura e della decadenza della «città dei Quiriti» (*cívitas Quirítium*) e si inquadra in esso. Esso va dal sec. VIII a. C. fin verso la metà del sec. IV a. C., cioè dalla mitica fondazione di Roma (754, o altro anno di poco successivo) alle cd. leggi Licinie Sestie del 367 a. C.

La denominazione del periodo come «arcaico» deriva dal fatto che in esso le istituzioni statali e giuridiche tipicamente romane ancora non furono tutte ed in tutto formate ed evidenti. Tra molti elementi destinati a decadere o a sparire del tutto emersero progressivamente, in questo periodo, le prime tracce di quella che poi sarebbe stata la «repubblica romana» (*respublica Romanorum*) e di quel che sarebbe stato, correlativamente, il «diritto civile romano» (*ius civile Romanorum*).

Pochissime e molto frammentarie sono le tracce che ci rimangono di questo periodo, alla cui ricostruzione storica si è costretti a procedere, con moltissime incertezze, quasi esclusivamente per «induzione evoluzionistica» basata sulle strutture giuridiche dei periodi successivi.

(*b*) Il **periodo preclassico** corrisponde a quello della «repubblica nazionale romana» (*libera respublica Romanorum*) e si inquadra in esso. Esso va dalla metà del sec. IV a. C. sin verso la fine del sec. I a. C., cioè sino al 27 a. C., anno in cui furono conferiti ad Ottaviano Augusto i primi poteri costituzionali di principe.

La denominazione del periodo come «preclassico» non deriva dal fatto che in esso le istituzioni giuridiche tipicamente romane si presentino come ancora imperfette. Tanto meno è ricollegabile alla tesi, storiograficamente assurda, che la repubblica «nazionale» sia da considerare come qualcosa di meno rispetto alla successiva repubblica universale. È solo che, al-

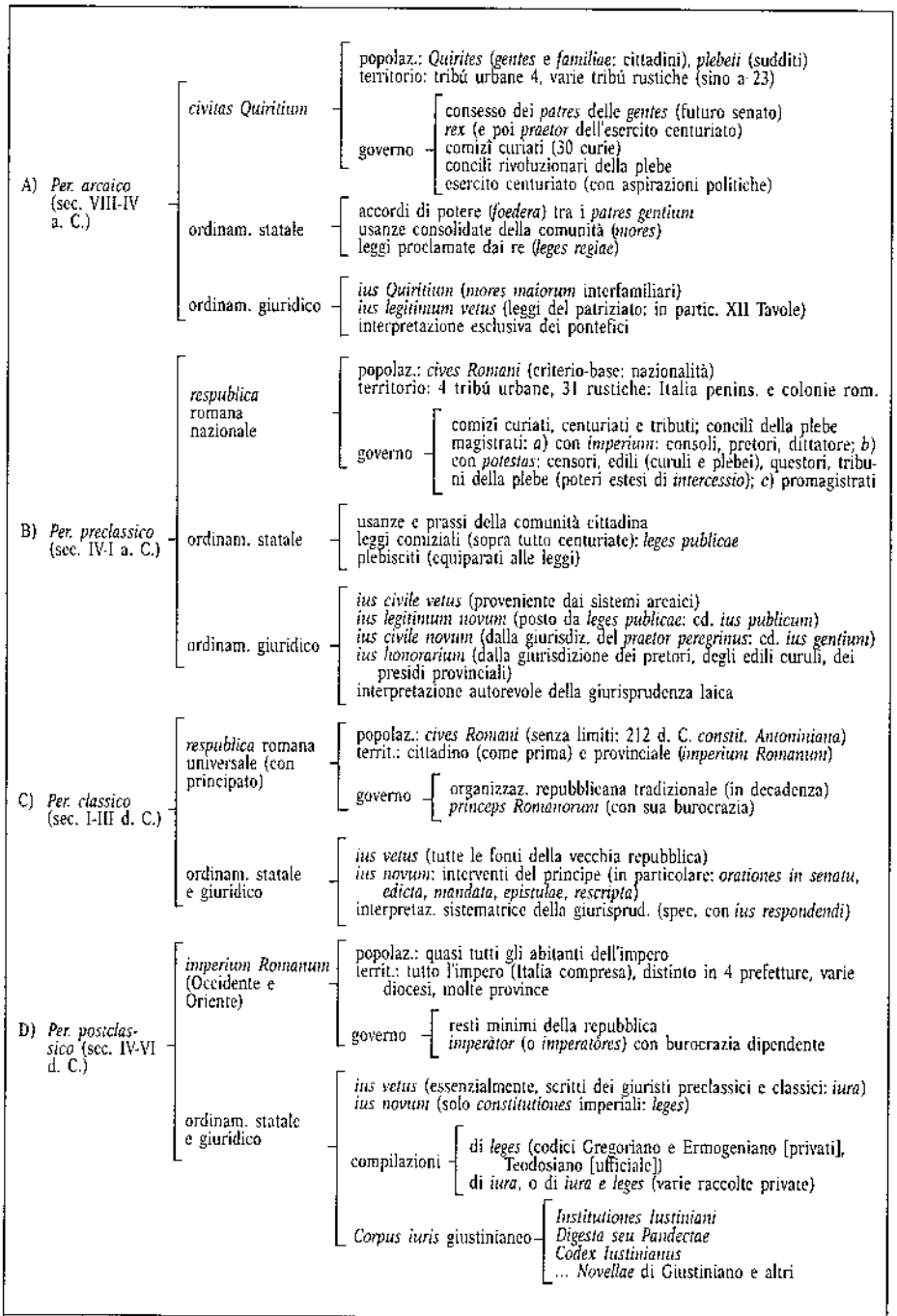


TAVOLA II. I periodi storici del diritto romano ed i sistemi normativi del relativo diritto (n. 5-6).

meno dal punto di vista della nostra informazione, il periodo successivo suole essere designato comunemente come «classico», per le ragioni che passeremo subito ad indicare, sí che il nostro periodo è, rispetto ad esso, null'altro che quello che lo precede.

Le tracce lasciate da questo periodo sono poche, ma le induzioni possibili sono molte di piú, anche se basate essenzialmente su testimonianze non tecnico-giuridiche (cd. testimonianze letterarie).

(*c*) Il **periodo classico** corrisponde a quello della «repubblica universale romana» e si inquadra in esso. Esso va dagli ultimi anni del sec. I a. C. sin verso la fine del sec. III d. C., cioè dal conferimento dei poteri di «principe dei Romani» ad Augusto (27 a. C.) sino al 285 d. C., anno della fine della terza anarchia militare e della connessa ascesa al potere di Diocleziano.

La repubblica universale romana, con il regime di governo del «principato» (*principatus*) che si affermò in essa, può essere valutata, in sé e rispetto alla repubblica nazionale che la precede, molto variamente. Sta di fatto, comunque, che l'attenzione degli storici postromani del diritto è sempre stata attratta, e quasi affascinata, dalla fioritura in essa di un pensiero giuridico singolarmente copioso e maturo, che si suole denominare nel suo complesso «giurisprudenza classica». Il monumento della giurisprudenza classica ha influenzato, nell'uso corrente, la esaltante denominazione (e spesso anche, meno ragionevolmente, la stessa valutazione) di tutto il periodo. Poco male, purché ci si renda conto delle dimensioni eminentemente formali del fenomeno.

Tracce dirette anche di questo periodo poche, se si fa eccezione per il piccolo manuale istituzionale (*institutiònes*) del giurista Gaio venuto prodigiosamente alla luce nel 1816 e integrato da ritrovamenti successivi. Tracce indirette, miste ad induzioni, molte di piú, sulla base dei resti copiosi del periodo successivo.

(*d*) Il **periodo postclassico** corrisponde a quello dell'«impero assolutistico» e si inquadra in esso. Esso va dagli ultimi anni del sec. III sino al sec. VI d. C., cioè dalla ascesa al potere di Diocleziano (285 d. C.) sino alla morte dell'imperatore d'Oriente Giustiniano I (565 d. C.).

Le ragioni per cui il periodo è denominato (rispetto a quello precedente) «postclassico» sono ormai intuibili, ma può essere anticipato senz'altro che il periodo postclassico fu un periodo di declino della civiltà giuridica romana e di vario inquinamento dei suoi principî. Si parli o non si parli di «decadenza», la progressiva alterazione della romanità in tutti i

suoi aspetti è evidente, ed è ad essa che va ricollegata l'estinzione della civiltà romana e del suo diritto.

Quanto alle notizie, il periodo postclassico ne abbonda: sia a causa delle raccolte di costituzioni imperiali denominate Codice Gregoriano, Codice Ermogeniano e Codice Teodosiano (quest'ultimo pubblicato dall'imperatore Teodosio II nel 438 d. C.); sia a causa di altri minori resti che tralasciamo di elencare; sia e sopra tutto a causa della grande Compilazione giustinianea (il cd. «*Corpus iúris civilis*»). Quest'ultima fu pubblicata dall'imperatore Giustiniano I tra il 529 e il 534 d. C. e consta di tre parti (giunte tutte fino a noi): un Codice di costituzioni imperiali (il *Còdex Iustinianus*), un'amplissima raccolta di frammenti delle opere scritte dai giuristi classici denominata dei Digesti o Pandette (i *Digèsta Iustiniani Augusti*) e un manuale di Istituzioni per gli studenti di giurisprudenza (le *Institutiones Iustiniani Augusti*) ordinato sullo schema delle Istituzioni di Gaio. In piú una lunga serie di «nuove» costituzioni posteriori al 534 (*Novellae constitutiones*).

6. *I sistemi normativi del diritto privato romano.* — Nel corso dei quattro periodi dianzi indicati il diritto romano privato venne ispirato o dettato da almeno quattro **sistemi normativi**, cioè da quattro aggregazioni di normative giuridiche (esplicite o implicite) derivanti da «fonti di produzione» diverse.

I quattro sistemi ebbero ciascuno il proprio temporaneo periodo di «fioritura», cioè di produttività di nuove normative, e furono: taluni tra loro contemporanei e in funzione di reciproca cooperazione o di reciproca concorrenza; talaltri di epoche successive e in funzione di integrazione o di sostituzione dei sistemi precedenti. Mai però le normative da essi prodotte scomparvero completamente: i sistemi successivi cambiarono e abolirono, dei sistemi precedenti, solo ciò che si ritenne opportuno o necessario cambiare o abolire in relazione al mutare dei tempi e delle situazioni politiche, sociali od economiche. Anzi, nel periodo postclassico l'imperatore Giustiniano I ebbe particolare cura, come abbiamo visto [n. 5], di salvare o di ripristinare nei limiti del possibile quanto piú gli riuscí di mettere insieme del diritto (dei *iura*) dei periodi precedenti (sopra tutto dei periodi classico e preclassico).

Tanto premesso, diamo uno sguardo ai quattro principali sistemi normativi che si ravvisano nella ricostruzione storica del diritto privato romano.

(*a*) Il **diritto civile antico** (*ius civile vetus*) fu costituito: *a*) da un nucleo molto resistente di veneratissime costumanze degli antenati (*mòres maiòrum*) anche dette, nel loro insieme, «diritto dei Quiriti» (*ius Quirítium*); *b*) da alcune «antiche leggi» elargite dai patrizi su pressione degli irrequieti plebei (*ius legítimum vètus*), tra cui, importantissime, le Dodici Tavole (*leges duòdecim tabularum*) del 451-450 a. C.; *c*) dalle successive leggi votate nelle pubbliche assemblee (comizi centuriati, comizi tributi, concilî della plebe) e denominate pertanto «leggi pubbliche» (*leges publicae*, o anche *ius publicum* o *ius legitimum novum*); *d*) dall'interpretazione evolutiva di tali principî e leggi operata dapprima dal collegio religioso dei pontefici (*pontífices*) e piú tardi, lentamente, dai laici affermatisi nella pubblica opinione come esperti di questioni giuridiche (*iurisprudèntes*).

Il diritto civile antico si formò essenzialmente nel periodo arcaico ed agli inizi del periodo preclassico, ma fu poi ritoccato da leggi pubbliche e da provvedimenti alle stesse equiparati (particolarmente da senatoconsulti) sino agli inizi del periodo classico e fu oggetto di interpretazione evolutiva (sia pur sempre meno ardita) da parte della «giurisprudenza» (*iurisprudèntia*) sino alle soglie del periodo postclassico.

Caratteristica di questo sistema fu di essere limitato (salvo eccezioni) ai soli cittadini romani. Ma la limitazione perse quasi del tutto valore quando il principe Antonino Caracalla, nel 212 d. C., emanò una costituzione (*constitutio Antoniniàna*) con la quale concesse la cittadinanza romana pressoché a tutti gli abitanti dell'ormai vastissimo impero [n. 9].

(*b*) Il **diritto civile nuovo o moderno** (*ius civile novum*) fu una sorta di diritto di origine giurisdizionale creato in età preclassica dalla magistratura del cd. pretore peregrino nella risoluzione di controversie relative a rapporti giuridici ignoti al vecchio diritto civile: rapporti commerciali venuti in uso sempre piú fitto, tra il sec. III e il sec. II a. C., tra Romani e stranieri del bacino del Mediterraneo (*peregrini*). L'obbligatorietà di questo nuovo settore del diritto non era assoluta perché i pretori peregrini potevano anche regolarsi in modo diverso dall'uno all'altro, ma in pratica acquistarono molta autorevolezza i «precedenti» man mano affermatisi, anche perché si trattava di soluzioni suggerite ai magistrati da influenti giureconsulti. I nuovi istituti furono quindi largamente adottati, ad integrazione del diritto civile antico, anche nei rapporti commerciali tra romani e rimessi alla giurisdizione del pretore urbano o dello stesso pretore peregrino.

Dato che il diritto civile nuovo era esteso agli stranieri, si usò anche chiamarlo (e cosí si usa spesso denominarlo anche da noi moderni) «dirit-

to delle genti» (*ius gentium*), in dipendenza dal fatto che i suoi istituti erano comuni pressoché a tutte le genti civilizzate di quei tempi [n. 4].

(*c*) Il **diritto pretorio o onorario** (*ius praetorium vel honorarium*) fu anch'esso un diritto di origine giurisdizionale come quello scaturito dagli interventi del pretore peregrino e dall'autorità dei «precedenti» giurisdizionali (ed anzi lo stesso diritto delle genti fu, a stretto rigore, il prodotto di un diritto pretorio). La sua specificità deriva peraltro da ciò: *a*) che esso si formò nel periodo della grande crisi politica da cui fu affetta la repubblica nazionale tra la metà del sec. II e la fine del sec. I a. C.; *b*) che in questo agitato periodo, non funzionando regolarmente i comizi e non provvedendo perciò le leggi pubbliche ad integrare o a modificare molte normative ormai superate del diritto civile (sopra tutto di quello antico), si videro costretti ad intervenire con soluzioni innovative i magistrati investiti della funzione giurisdizionale tra i cittadini, cioè il pretore urbano, ancora una volta il pretore peregrino ed altri magistrati, tra i quali gli edili curuli (addetti all'amministrazione della città di Roma) e i governatori delle province (addetti anche a dirimere le controversie tra i cittadini ivi residenti); *c*) che le varie nuove regole costituitesi in forza dell'autorità dei «precedenti» non ebbero carattere radicalmente abrogativo di quelle civilistiche ufficiali, ma ebbero solo carattere di «soluzioni alternative» offerte dai magistrati giusdicenti alle parti in causa purché esse fossero d'accordo nel rimettersi ai loro criteri di giustizia (solitamente preannunciati da «editti» emessi al momento dell'entrata in carica).

Il diritto alternativo cosí venuto in essere si chiamò «diritto pretorio» perché faceva capo sopra tutto ai pretori ed ai loro editti, ma fu anche chiamato «diritto onorario» dal momento che scaturiva anche da altri magistrati giusdicenti e che le cariche pubbliche erano considerate e qualificate «onori» (*honores*). Nel periodo classico, sopra tutto dopo il sec. I d. C., la fioritura del diritto onorario si esaurí di pari passo con il sopravvento del diritto di marca imperiale.

(*d*) Il **diritto nuovo o aggiornato** (*ius novum*) fu il diritto creato sopra tutto dai principi (o imperatori) nel corso dei periodi classico e postclassico mediante «costituzioni imperiali» (*constitutiònes principum*) e altri interventi loro e dei funzionari da loro dipendenti. Di fronte al progressivo affermarsi del principio che la volontà del principe ha valore di legge («*quod príncipi placuit legis habet vigòrem*») i sistemi giuridici formatisi nell'età arcaica o ad opera delle magistrature giusdicenti repubblicane persero progressivamente ogni capacità di svilupparsi e di evolversi e pro-

gressivamente subirono sensibili diminuzioni e logoramenti. Ciò anche perché l'amministrazione della giustizia nelle controversie tra privati fu usurpata, sempre in lenta ma inesorabile progressione, dai principi-imperatori mediante il dilagare delle cd. «procedure straordinarie» [n. 27].

Si badi. L'ingente massa di istituti creata dai vecchi sistemi giuridici perse completamente ogni capacità di produrre altre normative, ma non fu affatto sradicata. Al contrario, essa venne in gran parte conservata in vita, salvo che fu considerata **diritto vetusto** (*ius vetus*) subordinato al «diritto nuovo» imperiale, il quale non di rado lo deformò e lo stravolse. In periodo postclassico si parlò spesso, semplificando, di «leggi» imperiali (*leges*) al cui intervento modificativo erano esposte le «istituzioni giuridiche» tradizionali (*iura*).

7. Piano dell'esposizione. — L'esposizione del diritto privato romano, che sarà tracciata nei capitoli seguenti, terrà costantemente conto dei periodi storici e dei sistemi normativi delineati nei n. 5 e 6 che precedono, attenendosi al seguente sistema.

(*a*) In primo luogo tracceremo un **quadro generale** della materia, parlando: *a*) dei rapporti giuridici privati, dei loro possibili soggetti e dei loro possibili oggetti (cap. II); *b*) dei modi di realizzazione pacifica dell'ordine giuridico privato (cap. III); *c*) dei modi di realizzazione coattiva dell'ordine giuridico privato nell'ipotesi di controversie che insorgessero tra i soggetti (cap. IV).

(*b*) In secondo luogo descriveremo piú analiticamente i **rapporti giuridici assoluti** e le loro possibili vicende (cap. V-IX).

(*c*) In terzo luogo passeremo ad una descrizione analitica dei **rapporti giuridici relativi** e delle loro possibili vicende (cap. X-XIV).

(*d*) In quarto ed ultimo luogo ci occuperemo di una vicenda che riguardava le sorti di ogni rapporto giuridico privato, quella della **successione nel patrimonio privato** (cap. XV).

CAPITOLO II

I RAPPORTI GIURIDICI PRIVATI

SOMMARIO: 8. I rapporti del diritto privato romano. — 9. I soggetti giuridici integrali. — 10. I soggetti giuridici limitati. — 11. I soggetti giuridici immateriali. — 12. Gli oggetti giuridici. — 13. Le cose.

8. *I rapporti del diritto privato romano.* — La configurazione come **rapporti intersoggettivi** (assoluti o relativi [n. 3]) degli istituti del diritto privato è, a nostro avviso, quella che sembra riflettere piú fedelmente la reale esperienza giuridica romana in tutte le fasi della sua evoluzione. Il che viene detto, beninteso, ripetendo l'avvertenza già fatta [n. 4] che i romani, giuristi compresi, furono scarsamente inclini alle riflessioni di carattere generale.

Per indicare il «potere giuridico» del soggetto attivo venne generalmente usato il termine di **diritto** (*ius*) in senso soggettivo, ma lo stesso termine fu largamente usato, sopra tutto in materia di rapporti assoluti, per indicare le semplici «facoltà». Il termine «diritto (soggettivo)» fu invece generalmente trascurato in materia di rapporti relativi, in ordine ai quali si preferí solitamente dare rilievo alla situazione del soggetto passivo e parlare pertanto di **obbligazioni** (*obligationes*). Infine, tanto in ordine ai rapporti assoluti quanto in ordine a rapporti relativi, i Romani mostrarono una decisa tendenza a prenderli in considerazione nel momento della soggezione, piuttosto che in quello del debito, ed a preferire quindi ad ogni altra la terminologia di **azione giudiziaria**: azione reale (*actio in rem*) per i rapporti assoluti e azione personale (*actio in personam*) per i rapporti relativi.

Piuttosto lentamente, cioè a gradi successivi, si formò la concezione del **patrimonio** (*patrimonium, substantiae, facultates*) come complesso delle situazioni giuridiche attive e passive di cui un soggetto giuridico fosse titolare. La giurisprudenza classica ebbe, per vero, del patrimonio una vi-

sione limitata alle sole situazioni giuridiche attive (*còmmoda*): essa intese cioè come patrimonio il complesso dei beni economici formanti oggetto di godimento esclusivo del titolare (*quae dòmini sunt* e *quae bona fide possidèntur*) e l'insieme dei poteri diretti all'ottenimento od al mantenimento di quei beni (quel che «*est in actionibus petitionibus persecutionibus*»): ciò pur tenendo ben presente che il titolare stesso potesse essere gravato anche da un separato «passivo» di debiti e gravami (*incòmmoda*). Viceversa in età postclassica, molto piú opportunamente [n. 3], si ritenne che il patrimonio fosse tutto l'insieme (l'*univèrsitas*, la globalità) delle situazioni del soggetto, comprensivo sia dei vantaggi che degli svantaggi (sia dei *commoda* che degli *incommoda*).

Gli **oggetti** dei rapporti giuridici (è importante notarlo fin d'ora) non costituivano per i romani delle entità appartenenti ad una categoria sempre e necessariamente diversa da quella dei soggetti. Vi erano entità che altro non potevano essere se non oggetti di diritti e doveri, ed erano le cose inanimate e gli animali subumani; ma vi erano anche entità che potevano essere, a seconda delle situazioni, tanto oggetti quanto soggetti di rapporti giuridici, ed erano gli esseri umani (*servi, filii in potestate, mulieres in manu, liberi in mancípio*); e vi era infine la possibilità di ridurre ad oggetti (ovviamente, con particolari modalità e limitazioni) gli stessi soggetti giuridici (ciò nell'ipotesi che fossero *obligati*, vincolati da un'*obligatio* verso un creditore).

Tre concezioni ambivalenti degli esseri umani confermano la possibilità per questi ultimi di essere non solo soggetti, ma anche oggetti di rapporti giuridici privati. Quelle: *a*) di persona; *b*) di statuto personale; *c*) di consociato.

(*a*) **Persona** (*persona*) fu termine usato a partire dall'avanzato diritto classico, per chiara influenza della filosofia stoica, allo scopo di designare l'«uomo», con esclusione dei soggetti giuridici immateriali e con inclusione, viceversa, degli schiavi, degli stranieri (*peregrini*), dei figli di famiglia (*filii familiarum*), cioè anche degli uomini privi della soggettività giuridica privata. Il motivo pratico di questa impostazione era nel fatto che questi esseri umani avevano tutti la possibilità di acquistare la soggettività giuridica, di tramutarsi essi stessi in soggetti di diritto privato.

(*b*) **Statuto personale** (*status personae*: da non confondersi col concetto proprio e tecnico di *status* del soggetto giuridico) fu termine riferito dalla giurisprudenza romana non al concetto di soggetto giuridico, ma a quello di *persona*. Esso stette a significare la condizione giuridica di una persona in relazione alle categorie di libertà, di cittadinanza o di famiglia. Per conseguenza: *a*) **statuto della libertà** (*status libertatis*) fu usato per classificare le persone in libere e non libere e per trattare dei modi in cui queste ultime (*i servi*) potessero acquistare la libertà; *b*) **statuto della cittadinanza** (*status civitatis*) fu usato in modo analogo per distingue-

re le persone libere (non le altre) in cittadini e non cittadini; *c*) **statuto familiare** (*status familiae*) fu usato in senso analogo per distinguere tra gli appartenenti ad una famiglia (come *pater*, come *filius*, come *uxor in manu* ecc.) e gli estranei alla famiglia stessa.

(*c*) **Consociato** (*caput*: non nel senso di testa, ma nel senso di membro, di «unità» facente parte di un gruppo) stette a significare l'appartenenza ad una particolare categoria di persone: quella appunto degli uomini liberi (*liberi*); quella dei liberi che fossero cittadini (*cives*); quella dei membri liberi di una *familia* (il *pater* e i suoi sottoposti). In rapporto a ciò si poté parlare di **svalutazione personale** (*capitis deminutio*: letteralmente, «diminuzione del componente» subíta dal gruppo) allo scopo di indicare, per traslato, la perdita del ruolo coperto nel gruppo che fosse subíta da un suo membro, la «dequalificazione giuridica» dello stesso, insomma il mutamento dello stato giuridico di una persona libera in dipendenza della sua definitiva uscita dal gruppo. Si poté parlare, di conseguenza: *a*) della **svalutazione giuridica massima** (*capitis deminutio maxima*) di chi uscisse dal novero degli uomini liberi (divenendo schiavo); *b*) della **svalutazione giuridica media** (*capitis deminutio media*) di chi uscisse dal novero dei cittadini romani (divenendo straniero o apolide); *c*) della **svalutazione giuridica minima** (*capitis deminutio minima*) di chi uscisse da una famiglia, per entrare a far parte di un'altra famiglia oppure anche per diventare soggetto giuridico (in forza di emancipazione).

9. *I soggetti giuridici integrali.* — I requisiti normalmente indispensabili per essere **soggetto integrale** (attivo o passivo) di tutti i rapporti privati (o, come si usava dire, per essere *persona sui iuris*) furono: *a*) l'appartenenza alla specie umana, *b*) l'esistenza, *c*) la libertà, *d*) la cittadinanza romana, *e*) l'autonomia familiare.

(*a*) Il requisito dell'**appartenenza alla specie umana** implicava l'esclusione dal novero dei soggetti giuridici non soltanto degli animali subumani, ma anche degli esseri sovrumani, cioè degli dèi, perché il diritto ineriva solamente agli umani («*hòminum causa omne ius constitutum est*»).

Discusso era il caso degli esseri **anormali** (*ostenta*), e in particolare dei nati che mancassero di forme umane o che presentassero irregolarità rilevanti rispetto alla struttura umana normale (es.: tre mani: *monstra vel prodigia*). In periodo postclassico si fece luce una tendenza largheggiante, almeno nel senso che anche i figli mostruosi potessero far numero con gli altri figli per il riconoscimento alla madre dei benefici concessi, come diremo a suo tempo [n. 35], a chi avesse un certo numero minimo di figli (*ius liberorum*).

(*b*) Il requisito dell'**esistenza** esigeva che l'essere umano di struttura normale fosse nato effettivamente vivo e fosse fino alla morte in condizioni di vitalità. La «nascita» era segnata dal distacco del feto dall'alveo materno (*partus éditus*), mentre la «vita» effettiva era dimostrata da ogni

sua manifestazione caratteristica, e perciò sopra tutto dal respiro o, nei neonati, dal primo vagito. Quanto alla «vitalità», cioè all'attitudine a vivere dopo la nascita, essa era desunta principalmente dal fatto che il parto fosse stato un parto regolare (*partus perfectus*), a séguito di gestazione regolare di almeno sette mesi. Siccome mancò in ogni tempo un sistema di pubblica «registrazione» obbligatoria delle nascite e delle morti, le une e le altre, in caso di incertezza o di contestazione, dovevano costituire oggetto di specifica prova.

Attenuazioni di questi principî si verificarono nei riguardi del **concepito** (*concèptus*), cioè dell'essere che non fosse ancora venuto alla luce (*partus nòndum èditus*). Dato che il concepimento importava una ragionevole probabilità di nascita (entro pochi mesi) di un nuovo soggetto, il diritto onorario ritenne equo «riservare» al concepito una quota di partecipazione alla successione nei beni del padre defunto, nominandosi addirittura un curatore (*curàtor ventris*) per la conservazione ed amministrazione dei cespiti relativi [n. 92]: ma è ovvio che la partecipazione successoria in tanto si sarebbe giuridicamente realizzata, in quanto si fosse verificato l'evento della nascita. La giurisprudenza classica, come vedremo tra poco, giunse al punto di ritenere che si potesse tener conto del periodo del concepimento ai fini del riconoscimento della libertà e della cittadinanza al neonato. Tutto questo complesso di eccezioni fu riassunto, sempre dalla giurisprudenza postclassica, in una formulazione generale infelice, che si presta alla falsa interpretazione di un riconoscimento, sia pur parziale, della capacità giuridica del concepito: «il concepito vale come nato, tutte le volte che si tratti di favorirlo» (*«conceptus pro iam nato habètur, quòtiens de eius còmmodis agàtur»*).

Dopo la morte il soggetto giuridico si considerava cancellato dal mondo del diritto e ne prendevano il posto i suoi successori [n. 90]. Tuttavia, motivi di utilità pratica indussero, in taluni casi eccezionali, a considerare il morto come ancora titolare, almeno a certi effetti, di situazioni giuridiche: per esempio, nell'ipotesi della vendita forzata del patrimonio (*bonorum venditio*), che poteva essere effettuata anche a danno del debitore defunto, sulla memoria del quale veniva quindi a ricadere l'*infamia* conseguente [n. 26].

(*c*) Il requisito della **libertà** implicava che si appartenesse alla categoria degli uomini liberi, cioè che non si fosse schiavi (*servi*). I Romani, infatti, come tutti i popoli antichi, conoscevano e praticavano l'istituto della schiavitú, che fu anzi per lungo tempo (sopra tutto tra il sec. IV a. C. e il sec. III d. C.) il nerbo della loro vita economica: essi ammettevano pertanto che vaste categorie di esseri umani (*personae*) si trovassero, in quanto schiavi, nella condizione di oggetti giuridici. È bene sottolineare, peraltro, che sin dall'età classica si affermò, nella giurisprudenza e nella legislazione, un pronunciato «favore per la libertà» (*favor libertàtis*), in virtú del quale si ritenne opportuno risolvere i casi dubbi: agevolando il rico-

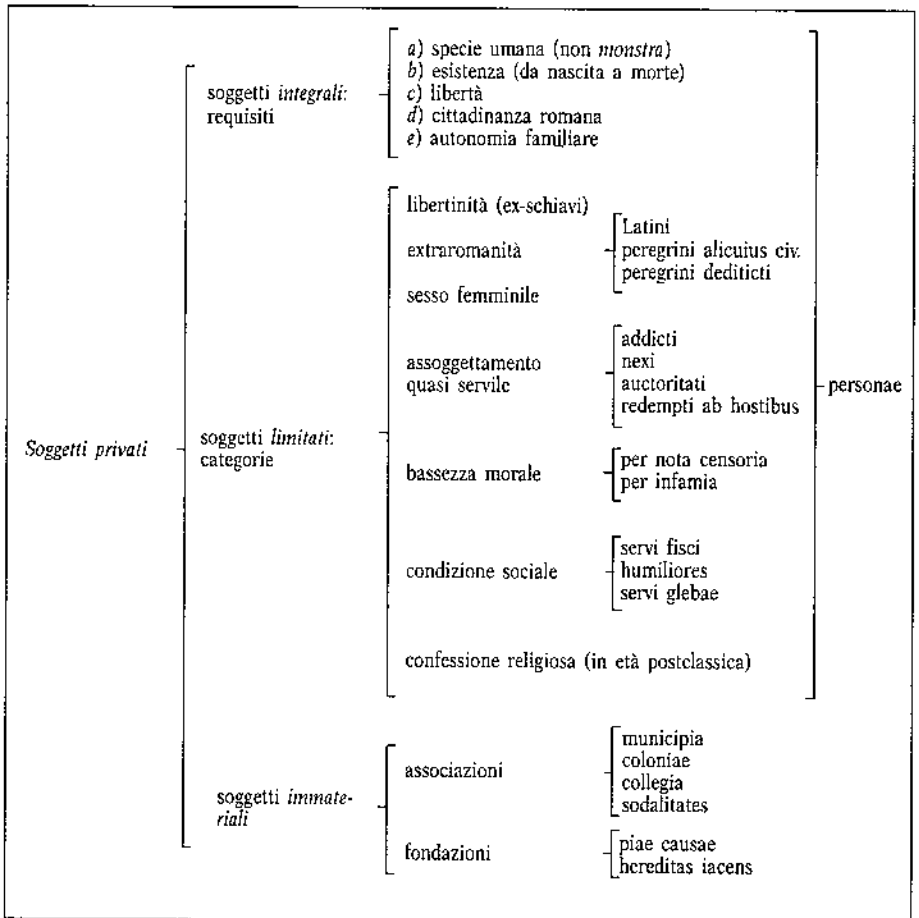


TAVOLA III: I soggetti giuridici privati (n. 9-11).

noscimento o l'acquisto della libertà da parte di persone che fossero formalmente in stato servile; e ponendo viceversa rèmore alla perdita di essa quanto meno da parte dei cittadini.

Fatti costitutivi della libertà furono considerati: *a*) la nascita da madre che fosse stata libera, sia pur per un breve periodo soltanto, nel tratto di tempo tra il concepimento ed il parto; *b*) la manomissione (*manumissio*), cioè l'affrancazione dallo stato di schiavitú, su cui ci fermeremo parlando del requisito della cittadinanza. Gli esseri umani liberi dalla nascita si dicevano *ingènui*; i liberi a séguito di manumissione si dicevano *libertíni* o *libèrti*.

Fatti estintivi della libertà furono: *a*) la prigionia di guerra (*captívitas*), cioè la caduta del cittadino in prigionia bellica presso popolazioni straniere (non quindi quella del prigioniero di briganti e simili); *b*) certe condanne penali o certi

provvedimenti normativi intesi a punire con la schiavitú le malefatte di un cittadino [n. 46]. In ordine alla prigionia di guerra, ch'era una situazione non irreversibile e che, comunque, era ovviamente guardata con sfavore, intervennero tuttavia, a mitigarne gli effetti per i cittadini romani, due istituti caratteristici: *a*) il *ius postliminii*; *b*) la *fictio legis Corneliae*.

Il **postliminio** (*postliminium*) era un vecchio principio consuetudinario in forza del quale, se il cittadino riusciva a sottrarsi alla prigionia ed a rientrare entro i confini (entro i *límina*) di Roma, la sua svalutazione giuridica massima veniva considerata nulla ed egli riacquistava tutte le situazioni giuridiche (attive e passive) di cui era stato titolare in precedenza, cosí come se lo stato di prigionia non avesse mai avuto luogo. La **finzione della legge Cornelia** (*fictio legis Corneliae*) era cosí denominata in considerazione di una legge proposta da Cornelio Silla nell'81 a. C., la quale provvide all'ipotesi di morte del cittadino nello stato di prigionia: per evitare che il testamento di lui fosse dichiarato nullo essendo egli defunto come privo di cittadinanza, essa stabilí che il momento della morte del *captívus* fosse fittiziamente retrodatato al momento della cattura da parte del nemico, cioè all'ultimo istante in cui aveva goduto della libertà e quindi della capacità di fare testamento.

(*d*) Il requisito della **cittadinanza romana** comportava che, per essere soggetti giuridici, si appartenesse alla categoria dei cittadini romani (*cíves Romani*), cioè non si fosse stranieri (*peregrini*). L'esigenza era di fondamentale importanza nell'età arcaica e lo rimase, quanto al diritto pubblico, anche nel periodo della repubblica nazionale. In ordine al diritto privato, invece, sin da tempi piuttosto risalenti ebbero inizio le eccezionali ammissioni, poi sempre piú diffuse, di stranieri (a cominciare dai *Latini*) alla comunanza di vita giuridica con i romani. Il processo di parificazione continuò e si incrementò nel corso del periodo classico, sin quando Antonino Caracalla, con la costituzione Antoniniana del 212 d. C., estese la cittadinanza romana a quasi tutti gli abitanti dell'impero.

Fatti costitutivi della cittadinanza romana (*cívitas Romana*) furono: *a*) la nascita da giusto matrimonio [n. 35] tra due cittadini romani (romani almeno al momento del concepimento), oppure tra un cittadino romano al momento del concepimento ed una straniera munita di capacità al matrimonio con i Romani (*connubium*); *b*) la nascita fuori da giusto matrimonio, ma da madre romana al momento del parto; *c*) la concessione della cittadinanza (*civitatis donatio*), cioè la naturalizzazione concessa dagli organi di governo dello stato a singoli stranieri o ad intere categorie di stranieri; *d*) l'affrancazione dalla schiavitú, purché fosse operata nelle forme antiche e tradizionali (*manumissio iusta et legítima*) di cui parleremo piú in là [n. 46].

Fatti estintivi della cittadinanza romana furono: *a*) quelli stessi che valevano a far estinguere la libertà (ond'è che, di regola, si perdeva in una sola volta la *cívitas libertàsque*); *b*) lo stabile e volontario abbandono del patrio suolo da parte del cittadino (cd. *exsílium*), che ammetteva peraltro il riacquisto delle situazioni giuridiche

a titolo di postliminio in caso di concessione del suo ritorno in patria; *c*) la solenne «interdizione dall'acqua e dal fuoco» (*aqua et igni interdíctio*) da parte dei comizî (e piú in generale la dichiarazione di *homo sàcer*, «esecrato», oppure di *hostis publicus*, «nemico pubblico»), in forza di che, se si varcavano i confini di Roma, non solo non si riacquistava la soggettività giuridica perduta, ma si era esposti alla libera aggressione mortale di qualunque cittadino romano.

(*e*) Il requisito dell'**autonomia familiare** consisteva nell'essere esente dalla subordinazione a poteri domestici (*patria potèstas*, *manus maritalis*, *mancípium*) altrui. Chi (maschio o femmina) godesse di autonomia familiare era detto «persona giuridicamente autonoma» (*persòna sui iuris* o, piú concisamente, *sui iuris*), in contrapposto alle «persone giuridicamente dipendenti» (*persònae alièni iuris*), cioè ai sottoposti ad altrui potestà. Tuttavia solo chi fosse maschio poteva avere sotto la sua potestà domestica altre persone libere (*filii familiarum*, *mulíeres in manu*, *liberi in mancipio*), ed appunto perciò egli veniva solitamente anche denominato «padre di famiglia» (*paterfamílias*). Le femmine, che nei tempi piú antichi (cioè nel sistema del diritto quiritario) erano state addirittura considerate sempre e solo giuridicamente dipendenti (*alieni iuris*), furono in periodo preclassico ammesse all'autonomia familiare, ma con una forte limitazione (che le rese, come vedremo tra poco [n. 10], soggetti limitati di diritto privato): mancarono di potere domestico sugli elementi liberi della loro famiglia.

Le ragioni per cui la soggettività giuridica privata fu riconosciuta solo alle persone familiarmente autonome (e in primo luogo ai padri di famiglia maschi) saranno meglio chiarite piú in là [n. 28]. Qui basti dire che, per ragioni storiche, le famiglie (*familiae*) furono sempre considerate in Roma una sorta di «enti parastatali», aventi larga sfera di autonomia, dei quali l'ordinamento cittadino non curò l'organizzazione e il funzionamento interni, ma curò solo il comportamento esterno, riconoscendone come unico esponente e responsabile di fronte alla città il padre. Questa impostazione originaria: perdurò, quanto al diritto privato, pur con molte successive attenuazioni, sino a Giustiniano; venne invece quasi totalmente meno, quanto al diritto pubblico, già a partire dagli ultimi tempi del periodo arcaico, cioè sin da quando fulcro dello stato divenne l'esercito centuriato, costituito da padri e da figli (maschi) sostanzialmente equiparati tra loro nelle funzioni di governo e difesa della città. Dal loro canto, le donne fruirono di riflesso di questa evoluzione, rimanendo in ogni tempo escluse dai comizi e dalle magistrature, ma acquistando anche esse una capacità, sia pur limitata, di rapporti giuridici privati.

A complemento di questi cenni è indispensabile tener presente che la **parentela naturale**, cioè la consanguineità tra i membri della famiglia (*cognàtio*) aveva, salvo eccezioni, un rilievo puramente sociale: dal punto di vista del diritto rilevava essenzialmente la dipendenza familiare. Tuttavia, quando i sottoposti (gli *alièni iuris*) erano anche parenti naturali del padre (od erano ai parenti espressamente parificati dall'ordinamento), la dipendenza familiare era graduata sulla falsariga della cognazione e prendeva il nome di **agnazione** (*adgnàtio*). Agnati (*adgnati*: letteralmente, nati dopo il capostipite) erano, dunque, i figli (*filii familias*, e con essi gli *adrogati*, gli *adoptivi*, i *legitimati*) e le donne subordinate alla mano (*mulieres in manu*), che erano parificate alle figlie (*filiarum loco* [n. 33]). Essi erano ordinati secondo le «stirpi», cui ciascun discendente di primo grado avesse dato luogo, e secondo le «generazioni» che si fossero seguite. Di piú. Quando, alla morte del padre la famiglia si dissolveva [n. 90], è comprensibile che di essa si conservasse a lungo il ricordo: pertanto, alla *familia* in senso proprio o stretto (*familia proprio iure*) i giuristi classici giustapposero quella in senso lato (*familia communi iure*, anche detta, con ricorso improprio ad una vecchia terminologia, «*gens*»), la quale era costituita da tutti coloro che si sarebbero trovati sotto la potestà di un certo capostipite se questi non fosse venuto meno per morte o svalutazione giuridica.

Fatti costitutivi dell'autonomia familiare furono: *a*) la nascita al di fuori di una famiglia e quindi al di fuori di ogni patria potestà altrui; *b*) la cessazione della potestà familiare cui si fosse subordinati: il che poteva avvenire per morte o svalutazione giuridica (*capitis deminutio*) del padre, oppure per affrancazione concessa da costui (*emancipatio*). La nascita al di fuori di una famiglia si aveva per coloro che fossero figli di padre romano premorto al momento del parto, oppure per coloro che fossero figli di madre romana non unita in giusto matrimonio con l'altro genitore (*vulgo concepti*).

Fatti estintivi dell'autonomia familiare furono gli stessi che producevano la *capitis deminutio maxima* e *media* e, in piú, l'«arrogazione» (*adrogatio*) di un padre di famiglia ad opera di altro padre e la «sottoposizione a mano maritale» (*conventio in manum mariti*) di una donna *sui iuris* (fatti, questi ultimi, produttivi di *capitis deminutio minima*).

La **identità del soggetto giuridico**, cioè la distinzione di lui dagli altri soggetti dell'ordinamento, era accertata dal diritto (pubblico e privato) solo in minima parte e particolarmente attraverso le operazioni di periodico censimento. Per la parte di gran lunga maggiore, l'identificazione del soggetto (quanto alla nascita, quanto alla denominazione, quanto alla morte e cosí via) era rimessa al controllo sociale e dipendeva, in sede amministrativa e giudiziaria, o da una non contestata «notorietà» o da documenti testimoniali (*testatiònes*) raccolti tra persone degne di fede.

Quanto agli indici preminenti di identificazione, essi erano tre: la denominazione; la sede; l'attività economica esercitata.

(*e1*) La **denominazione individuale** del soggetto era costituita non solo e non tanto dal nome specifico della persona (cd. «*praenòmen*»: es., *Titius*, *Caius*), ma anche e sopra tutto dal suo «nome familiare» (*nomen familiae*): nome di solito corrispondente (salvi i casi in cui il soggetto fosse figlio di padre ignoto) al nome della famiglia allargata di cui il soggetto era discendente agnatizio (cioè al cd. *nomen gentilicium*). Ma si avverta che questa struttura minima della denominazione individuale variò e si complicò attraverso i secoli in modi diversi, che qui non mette conto di specificare, a séguito di ramificazioni, di adozioni, di parentele vantate e di altre consimili vicende. L'uso preclassico fu quello detto dei «tre nomi» (*tria nomina*: prenome, nome gentilizio e un *cognòmen* indicativo della stirpe familiare cui il cittadino appartenesse); ma successivamente, cioè in periodo classico e postclassico, le denominazioni individuali tesero ad essere moltiplicate in piú lunghe sequele di prenomi, di nomi e sopra tutto di cognomi.

(*e2*) La **sede** del soggetto giuridico e della sua famiglia era data, in età preclassica e ancora in buona parte dell'età classica, dalla tribú territoriale (nel totale di 35) cui il soggetto, pur se residente in zone italiche ed extraitaliche lontanissime, era formalmente iscritto. Ma col tempo, nel venir meno dell'uso di riunire la cittadinanza in assemblee politiche e nel prevalere del decentramento dell'impero romano in province e in municipii e colonie ivi situati, l'appartenenza alle tribú cittadine cedette il passo ad un criterio piú realistico (e piú atto ad individuare quali fossero i cittadini tenuti alle gravose prestazioni dei «*múnera*», cioè degli oneri patrimoniali o personali richiesti loro dalle diverse città): il criterio del «domicilio» (*domicílium*), vale a dire del luogo in cui il soggetto avesse il centro principale dei suoi interessi (e quindi, almeno solitamente, la casa, la famiglia e la normale residenza). Tuttavia anche in questo settore non mancarono le incertezze e le variazioni di regime: particolarmente a causa dei diversi luoghi di attività cui il soggetto facesse capo, nonché a causa della concorrenza con il domicilio attuale di lui dell'«origine» (*orígo*), cioè del luogo di origine suo e della sua famiglia.

(*e3*) L'**attività economica esercitata** dal soggetto (e quindi dalla famiglia che a lui faceva capo) poteva essere ed era, nei fatti, dei tipi i piú diversi, che qui non è il caso di specificare. In linea di larga approssimazione, può dirsi che la sede ordinaria di incontro per scambi e trattative era costituita dai «mercati settimanali» (*núndinae*) e che la gamma andava: dalla condizione minima dei «nullatenenti» (che vivevano alla giornata e costituivano nelle città la cd. *plebècula*, plebaglia) alla condizione, peraltro variegatissima, degli «imprenditori», cioè di coloro che organizzavano, sia pure in forme embrionali, beni e forze di lavoro (proprie o anche altrui) allo scopo di determinare un prodotto che servisse al mantenimento o, se possibile, all'arricchimento loro (e delle loro famiglie), nonché degli eventuali soggetti cointeressati. Gli imprenditori erano, sopra tutto: coltivatori diretti o indiretti dei loro fondi agricoli (i quali potevano anche pervenire alle dimensioni di grandi aziende agrarie), artigiani, commercianti, banchieri. Per le loro attività essi si servivano in vario modo di collaboratori liberi, dei figli e discendenti, degli schiavi. Dato che poneva-

no le loro famiglie e le loro più complesse organizzazioni a contatto col pubblico, di cui utilizzavano la fiducia, l'ordinamento giuridico (cominciando dal diritto onorario) li sottopose tutti indistintamente, in caso di insolvenza, cioè di impossibilità di far fronte ai debiti assunti, alle procedure esecutive concorsuali sul loro patrimonio [n. 26]. Inoltre le principali categorie furono regolamentate in modi più o meno incisivi, sino a giungere ai vincoli nel pubblico interesse di cui parleremo tra breve.

10. ***I soggetti giuridici limitati.*** — I soggetti giuridici integrali, muniti delle qualificazioni soggettive dianzi illustrate, erano una regola che soffriva peraltro numerosissime eccezioni: sia in senso migliorativo (cioè quanto a privilegi riconosciuti a varî ceti o individui) sia in senso peggiorativo. Lasciando da parte la prima serie di eccezioni, è necessario fermarsi ora sulla vasta gamma dei **soggetti giuridici limitati**: «limitati» perché non ammessi alla soggettività di tutti i rapporti giuridici, ma esclusi dalla titolarità di taluni rapporti e, comunque, variamente condizionati, a seconda delle categorie, nel godimento del diritto privato.

Le cause delle limitazioni furono diverse e possono essere identificate, in linea di larga approssimazione, con le seguenti qualifiche: *a*) libertinità; *b*) extraromanità; *c*) sesso femminile; *d*) assoggettamento quasi servile; *e*) bassezza morale; *f*) condizione sociale; *g*) confessione religiosa.

(*a*) La **libertinità** (*libertínitas*), cioè lo stato di ex-schiavo affrancato (*servus manumissus* [n. 46]), determinava limitazioni di capacità non solo sul piano del diritto pubblico (particolarmente con riguardo all'accesso alle cariche pubbliche), ma anche sul piano del diritto privato. Pur quando il liberto, essendo stato affrancato con manomissione piena (*manumissio iusta ac legitima*), acquistava la cittadinanza romana, la sua condizione era deteriore rispetto a quella del nato libero: per esempio, la donna libertina, per potersi liberare dalla tutela in base al beneficio della figliolanza (*ius liberorum*) delle leggi Giulia e Papia [n. 35], doveva dimostrare di aver avuto almeno quattro figli, mentre alla donna nata libera (*ingènua*) erano sufficienti tre figli. Le limitazioni più sensibili derivavano però dal **patronato**, cioè dal rapporto che si istituiva, a séguito della manomissione, tra l'ex-domino (patrono) e lo schiavo affrancato. A questo rapporto si sottraevano soltanto: *a*) i cd. «liberti orcini», cioè gli schiavi manomessi dal padrone col suo testamento (il cui patrono era quindi sin dall'inizio inesistente, perché defunto, perché all'Orco, agli Inferi); *b*) i «liberti dipendenti da nessun patrono», cioè gli schiavi affrancati eccezionalmente per intervento della pubblica autorità, senza la volontaria manumissione

del domino; *c*) gli «ex-liberti», cioè coloro su cui il patrono avesse perduto il patronato per disposizione di legge o per rinuncia.

Il **rapporto di patronato** (*patronatus*) importava indubbiamente qualche onere per il patrono: il quale era tenuto (per vero, piuttosto dal punto di vista sociale, che a stretto rigore di diritto) a prestare al liberto protezione e assistenza, particolarmente nel caso che egli fosse convenuto in giudizio. Di contro, sul liberto gravavano a favore del patrono obblighi non solo di carattere sociale, ma anche di sicuro e vincolante carattere giuridico, i quali si riassumevano nel concetto di **deferenza** (*obsequium*, o anche *reverentia*, *honor*). In virtú della deferenza, ricordo dell'antica soggezione schiavistica, il liberto non poteva mai citare in giudizio il patrono con azioni infamanti, non poteva esercitare contro di lui certe altre azioni senza autorizzazione del magistrato giusdicente, non poteva ottenere la sua condanna al di là di ciò che il patrono fosse in grado di pagare (oltre l'*id quod patronus facere potest*), ma sopra tutto doveva prestargli gratuitamente certi servigi (*operae officiales*): servigi che il patrono generalmente aveva cura di farsi precisare ed assicurare mediante una sua «promessa giurata» (*promissio iurata liberti*) [n. 66]. Inoltre la successione intestata al liberto defunto che non avesse lasciati discendenti in potestà spettava, come si dirà [n. 92], al patrono ed ai suoi discendenti.

La **cessazione del patronato** non era implicata, fin che il liberto fosse in vita, dalla morte del patrono, perché nelle relative situazioni attive succedevano i discendenti di lui. L'estinzione del patronato era determinata invece da tre cause principali: *a*) la morte del liberto, i cui figli erano nati liberi (*ingenui*) ed erano quindi pienamente equiparati, almeno dal punto di vista del diritto privato, ai soggetti giuridici normali; *b*) la «ricostruzione della nascita» (*restitutio natalium*), cioè la concessione al liberto di uno *status* pari a quello dell'ingenuo, la quale era concessa dal principe con l'assenso del patrono; *c*) un'espressa disposizione di legge o anche, in diritto giustinianeo, la rinuncia da parte del patrono. I príncipi solevano anche concedere generosamente ai libertini, di cui largamente si circondavano nella loro amministrazione dell'impero, il cd. «diritto dell'anello d'oro» (*ius ànuli àurei*), cioè il privilegio di portare l'anello d'oro caratteristico dei cavalieri (*èquites*): tuttavia questo privilegio equiparava diritto pubblico i liberti agli *ingenui*, ma non eliminava per diritto privato il patronato.

(*b*) La **extraromanità**, cioè la estraneità alla comunità romana (*peregrinitas*), implicava, in linea di principio, la completa esclusione dalla partecipazione al diritto romano, sia pubblico che privato. Ma era pura teoria. In realtà, fin dai piú antichi tempi gli stranieri (*peregrini*), a cominciare da quelli appartenenti alle vicine città del Lazio, ottennero una parziale equiparazione ai cittadini romani, quindi una parziale ammissione all'utilizzazione del diritto privato. In periodo classico, prima che la costituzione Antoniniana del 212 elevasse tutti (o quasi) gli abitanti dell'impero al rango di cittadini romani, si ravvisavano varie categorie di stranieri (o di indi-

vidui ad essi equiparati) in condizione di soggetti giuridici limitati del diritto privato: categorie costituite sopra tutto dai «Latini» e da «stranieri in senso stretto». Dopo la costituzione Antoniniana queste distinzioni ebbero ridottissima rilevanza e Giustiniano le abolí quasi del tutto.

(*b1*) La categoria dei **Latini** era costituita anzi tutto dai **Latini originari** (*Latini prisci*), che erano i cittadini delle città latine autonome, e quindi i discendenti degli antichi abitatori del Lazio: costoro erano praticamente, quanto al diritto privato, equiparati ai cittadini, perché venivano loro riconosciuti sia il «diritto di connubio» (*connubium*) con i romani, cioè la capacità di contrarre giusto matrimonio con i cittadini di Roma, sia il «diritto di commercio» (*commercium*) con gli stessi, cioè la capacità di avvalersi, nei rapporti economici (non connessi al matrimonio) con i romani, di tutto il diritto privato romano, ivi compreso il diritto civile antico. Categorie, a dir cosí, **artificiali** di Latini (costituite da persone non di stirpe latina, ma fruenti della condizione giuridica dei Latini, cioè del cd. *ius Latii*) furono inoltre le seguenti tre: *a*) quella dei **Latini coloniarii**, cittadini romani degradati a latini perché inviati a far parte delle «colonie latine», che Roma istituiva in alcune località ove non voleva impegnare il suo nome attraverso l'istituzione di colonie romane; *b*) quella dei **Latini Iuniani** [n. 46], schiavi affrancati in modi non solenni (cioè con negozi diversi da quelli tradizionali di *manumissio iusta ac legitima*), i quali erano privi della capacità di far pervenire i proprî beni ai loro discendenti, con la conseguenza che tutto ciò che lasciavano al momento della morte andava a finire al patrono («*vivunt quasi ingenui, moriúntur ut servi*»); *c*) quella dei **Latini Eliani** [n. 46], liberti in condizioni identiche a quelle dei Latini Iuniani. Questi due ultimi tipi artificiali di latinità sopravvissero alla costituzione Antoniniana, essendo piú che altro delle manifestazioni di cittadinanza di minor diritto: solo Giustiniano si decise ad abolirle.

(*b2*) Gli **stranieri in senso stretto** (cioè gli stranieri non Latini) si distinguevano in tre specie: *a*) quella degli **stranieri aggregati in città** (*peregrini alicúius civitàtis*), i quali nei rapporti con i romani e con gli stranieri delle altre città si valevano del diritto civile nuovo (cd. *ius gentium* [n. 6]), con possibilità di ricorso alla giurisdizione del *praetor peregrinus*, ma nei rapporti interni tra loro vivevano secondo gli ordinamenti privatistici delle rispettive città; *b*) quella degli «stranieri **deditizi**» (*peregrini deditícii*), cioè privi di *civitas* perché arresisi a discrezione ai Romani, che vivevano esclusivamente secondo le norme del diritto civile nuovo; *c*) quella dei **deditizi Eliani**, i quali altri non erano se non libertini esclusi sia dalla cittadinanza romana sia dalla stessa latinità perché durante la schiavitú avevano subito pene infamanti per i crimini commessi [n. 46]. Dopo la costituzione Antoniniana l'area degli stranieri ovviamente si ridusse in modo notevole. In età postclassica erano considerati stranieri i soli appartenenti alle «nazioni esterne» (*èxterae gentes*), site al di fuori dei confini dell'impero, nonché i deditici Eliani; ma Giustiniano passò un colpo di spugna, abolendola, anche su quest'ultima categoria.

(*c*) Il **sesso femminile** (*sexus muliebris*), che nel sistema originario (del *ius Quiritium*) comportava la totale incapacità giuridica, nelle età

successive, dopo il riconoscimento delle donne come soggetti giuridici, implicò peraltro limitazioni gravissime della soggettività, cui vanno aggiunte quelle relative alla capacità di agire di cui diremo piú in là [n. 40]. A prescindere dall'incapacità totale di diritto pubblico, possono segnalarsi, quanto al diritto privato: *a*) una limitata capacità nella successione a causa di morte, della quale parleremo a suo tempo [n. 90]; *b*) l'incapacità a fungere da testimonio in un «negozio librale» [n. 17]; *c*) l'incapacità (già ricordata) alla potestà domestica sui discendenti, con la conseguente incapacità (almeno in diritto classico) ad avere anche figli adottivi e ad esercitare funzioni di tutore e di curatore; *d*) l'incapacità a difendere altri (*postulàtio pro àliis*) nei processi davanti al magistrato; *e*) l'incapacità all'«intervento a favore di altri» (*intercessio pro aliis*), cioè all'impiego delle proprie risorse patrimoniali a garanzia di terze persone [n. 68].

(*d*) L'**assoggettamento quasi servile** di un soggetto giuridico ad un altro (*subièctio servi loco*) si verificava in certi casi eccezionali di sua sottoposizione a guisa di schiavo (*servi loco*), sia pur con possibilità di riscattarsi o di essere riscattato. Durante la subordinazione si produceva un «affievolimento» temporaneo della capacità giuridica del soggetto quanto meno per diritto privato (ma forse, a maggior ragione, anche per diritto pubblico) [n. 33 *sub b*].

Due ipotesi di alta antichità furono quelle: *a*) degli *addicti* (letteralmente: «assegnati di autorità»), che erano le persone portate davanti al magistrato dal loro creditore ed assoggettate a costui dal magistrato stesso; *b*) dei *nexi* («autovincolati»), che erano invece coloro che, a garanzia di un proprio o altrui debito, mettevano volontariamente se stessi, fino al giorno del riscatto, nelle mani del creditore. Le mitigazioni dell'esecuzione personale introdotte dalla legge Petelia Papiria del 326 a. C. [n. 58] segnarono la decadenza dei due istituti in età storica. In tale età istituti analoghi furono quelli: *c*) degli **ingaggiati** (*auctorati*), che erano i «gladiatori», soggetti giuridici (oltre che spesso stranieri e schiavi) che si erano impegnati verso un impresario (*lanista*), mediante uno speciale giuramento («*auctoramentum*»), a partecipare senza discutere agli spettacoli gladiatorii (*ludi*) ch'egli indicasse, sino a subire eventualmente la morte; *d*) dei **riscattati dalla prigionia** (*redempti ab hostibus*), i quali erano i soggetti giuridici che, essendo stati riscattati dalla *captivitas* ad opera di un concittadino (il *redèmptor*), dovevano prestare servizio a costui, a guisa di schiavi, sin tanto che non fosse stato rimborsato (da loro stessi o da altri) del danaro del riscatto.

(*e*) La **bassezza morale** (*turpitúdo*) fu causa di riprovazione sul piano sociale ed anche, spesso, di sanzioni e incapacità di diritto pubblico connesse con la «nota censoria» (deplorazione da parte dei censori) o con la «nota consolare» (deplorazione da parte dei consoli) che colpivano i citta-

dini di cattiva condotta. Dal punto di vista del diritto privato, non poche limitazioni di capacità a carico di persone moralmente riprovevoli furono introdotte da leggi, da costituzioni imperiali e dall'editto del pretore. Cosí: la legge Giulia sugli adulterii del 17 a. C. [n. 35] sancí la incapacità dell'adultera colta in flagrante ad unirsi in matrimonio con un nato libero (*ingenuus*); la legislazione imperiale cristiana privò il padre di cattiva condotta dell'amministrazione dei beni dei figli e dell'esercizio dell'azione intesa alla restituzione della dote spettante alla figlia; l'editto pretorio negò la capacità di difendere nella fase magistratuale del giudizio (*postulare pro aliis*, e talora persino *pro se*) a numerose categorie di persone indegne.

La giurisprudenza classica dette un particolare risalto alle **incapacità processuali** sancite dall'editto pretorio e chiamò usualmente **infami** («*infames*», di mala fama, di cattiva reputazione) coloro che ne erano afflitti. Erano tali, in particolare: la gente di malaffare, cioè gli esercenti attività turpi o socialmente disdicevoli (lenoni, meretrici, gladiatori, attori ecc.); i militari disonorati, cioè licenziati dall'esercito con disonore (cd. *missio inhonèsta*); i dissoluti, cioè i violatori delle regole fondamentali di un buon matrimonio (bigami, adultere colte in flagrante, vedove passate troppo precipitosamente a seconde nozze); i malfattori, cioè i condannati per reati (*crimina* perseguiti dal diritto pubblico), o per taluni illeciti a reazione privata (*delicta* di *furtum, bona vi rapta, iniuria, dolus malus* [n. 85-87]), o per l'inosservanza dei peculiari doveri di fedeltà ed onestà connessi a certi istituti (*tutela, fiducia, depositum, societas, mandatum*). Nel diritto giustinianeo, l'infamia, accresciuta di nuove ipotesi, fu concepita come una categoria non piú solo processuale, ma generale di minorazione della capacità giuridica e implicò numerosi altri effetti limitativi della soggettività.

(*f*) La **condizione sociale** (*condicio in civitate*) influí in modi molteplici sia a vantaggio sia a svantaggio dei soggetti giuridici. Lasciando da parte le implicazioni sul piano del diritto pubblico comportate dalle distinzioni tra patrizi e plebei, tra nobili (*nobiles*) e non nobili (cd. *ignòbiles* o *populàres*), tra *honestiòres* e *humiliòres*, e sorvolando sulla miriade di fattispecie che possono segnalarsi in ordine al diritto privato dell'età classica e di quella postclassica, riteniamo opportuno sottolineare che in periodo postclassico l'assolutismo politico e la connessa statalizzazione dell'economia portarono alla formazione di **arti e mestieri necessitati ed ereditarî**, cioè di attività di lavoro specializzato obbligatorie non solo per chi le praticasse, ma anche per i suoi discendenti.

Tra i mestieri ereditarî subirono limitazioni di capacità assai intense: *a*) quello dei cd. **schiavi del fisco** (*servi fisci*), cioè degli operai (formalmente liberi e cittadini) addetti alle officine statali; *b*) quello dei cd. **coloni**, anche chiamati «servi della gleba» (*servi glèbae* o *adscriptícii*), cioè delle persone addette alla coltivazione dei la-

tifondi privati. In particolare, i coloni erano anch'essi liberi e cittadini, capaci di matrimonio, di proprietà, di successione ecc.; tuttavia, quanto alle necessità del fondo cui erano addetti, la loro condizione era analoga, se non addirittura identica a quella degli schiavi veri e proprî, nel senso che venivano considerati come una pertinenza del fondo stesso, e pertanto erano alienati con esso, non potevano allontanarsene (e se se ne allontanavano erano perseguiti e rivendicati dal proprietario del fondo alla stessa guisa di un *servus fugitivus*), erano resi liberi dal vincolo coloniario solo per il fatto che il fondo fosse loro donato dal proprietario.

(*g*) La **confessione religiosa** (*cultus deorum*) fu causa di limitazioni della soggettività se ed in quanto differisse dal culto ufficiale romano, ma con rilevanza ben diversa tra i tempi anteriori e i tempi posteriori al trionfo della religione cristiana, verificatosi in età postclassica a partire da Costantino I (313-337).

(*g*^{1}) Nei **periodi precristiani** (arcaico, preclassico, classico) il ripudio del culto ufficiale romano, cioè di quello che fu chiamato *a posteriori* il «culto pagano», implicava ovviamente l'esclusione dalle cariche pubbliche per via della renitenza a compiere i riti ad esso connessi; esso incideva invece negativamente sulla sfera privata solo quando si riversasse in manifestazioni singole o collettive (o addirittura in cospirazioni) contrarie all'ordine pubblico od alla moralità corrente e determinasse perciò la repressione o la condanna penale di coloro che vi partecipassero (caso dei baccanali, di alcuni riti orientali, di alcune manifestazioni dei culti ebraici o cristiani). Le persecuzioni in massa dei cristiani, che indubbiamente vi furono e che culminarono in quelle ordinate da Diocleziano, vanno viste secondo questa ottica.

(*g*^{2}) Diversamente andarono le cose in **periodo postclassico**, causa la sempre crescente intolleranza degli imperatori cristiani verso i praticanti di culti non cristiani o addirittura di culti cristiani ereticali, cioè non ortodossi rispetto alle dottrine di fede proclamate come verità incontestabile: ebrei (*iudaei*), pagani (così detti perché ormai rarissimi nelle grandi città e caratteristicamente numerosi nei piccoli villaggi rustici, nei *pagi*), apostati, eretici (*haeretici*) delle più diverse sette (donatisti, manichei, eunomiani, priscillianisti ecc.). La gamma delle limitazioni subite da costoro è tanto vasta che sarebbe troppo lungo enumerarle: basti accennare al divieto di nozze tra cristiani ed ebrei, alla incapacità dei non cristiani di testare o addirittura di ricevere per testamento, alla preclusione per i non cristiani di avere schiavi cristiani ed alla frequente attribuzione agli eretici di una sorta di pazzia incontenibile (*furor haereticorum*) con tutte le conseguenti limitazioni di capacità del caso.

11. ***I soggetti giuridici immateriali.*** — Una categoria del tutto anomala di soggetti giuridici, da esaminare a parte, è quella dei **soggetti giuridici immateriali** (o «incorporali»), solitamente (ma goffamente) denominata al giorno d'oggi delle «persone giuridiche» (tali perché distinte dai soggetti dotati di fisicità corporea, cioè dalle cd. «persone fisiche»).

La categoria fu costituita da taluni **enti non corporali**, privi cioè di alcune tra le qualificazioni regolari di ogni altro soggetto giuridico, ma risultanti: *a*) dall'aggregazione societaria di certi soggetti per la costituzione di un patrimonio speciale e per il suo impiego a determinati fini; *b*) oppure dalla destinazione a determinati fini di un patrimonio speciale a se stante, cioè non oggetto della titolarità di altri soggetti giuridici. Il termine usuale per designare la prima ipotesi è oggi quello di «associazione» (ma anche di «corporazione» o di «società»); il termine usuale per designare la seconda ipotesi è oggi quello di «fondazione». Le **caratteristiche comuni** ad entrambe furono (e sono tuttora) due: *a*) quella di essere considerate soggetti di diritto privato (le associazioni in quanto titolari di un patrimonio speciale ben distinto da quello dei suoi membri, le fondazioni in quanto patrimoni titolari di se stessi); *b*) quella di avere, a causa della mancanza di fisicità corporea, una capacità giuridica non estesa al di là della sfera patrimoniale, e piú precisamente al di là della sfera economica (quindi, con inettitudine ai rapporti familiari e parafamiliari e con forti limitazioni in materia successoria e in altri campi).

(*a*) Per quanto riguarda le **associazioni**, di altro non si trattò, a mente dei Romani non meno che di noi moderni, che di «società umane» (cioè di aggregazioni di soggetti giuridici in un'organizzazione societaria) sottostanti alle regole del diritto privato. Il loro modello strutturale fu costituito dalla società politica (dunque, pubblica) denominata «*populus Romanus Quiritium*». Ad esso guardarono i giuristi della tarda età preclassica e dell'età classica per chiedersi: *a*) se il *populus* potesse entrare a guisa di privato anche in taluni rapporti privati (es.: di vendita dei prodotti dei proprî fondi, assunzione di obbligazioni attive o passive con soggetti privati ecc.); *b*) se altre corporazioni sufficientemente compatte potessero avere, almeno in parte, rilevanza giuridica privata. Al primo quesito la risposta (diversamente da ciò che oggi generalmente si ritiene in ordine agli stati moderni) fu negativa, in considerazione del fatto che il popolo sovrano non poteva perdere in nessuna contingenza la sua supremazia nei confronti dei privati. Al secondo quesito la risposta fu invece cautamente positiva, e dette luogo al riconoscimento di due sottospecie di soggetti giuridici associativi: *a*) quella dei municipi e delle colonie; *b*) quella dei collegi e dei sodalizi.

(*a*1) **Municipî e colonie** (anche detti complessivamente *civitàtes* o *universitàtes*) erano enti pubblici minori che si riteneva potessero assumere, in certe ipotesi ben determinate, la veste di soggetti giuridici pri-

vati: i primi (*municipia*) erano comunità cittadine non romane sottoposte al «protettorato» della repubblica e fruenti di un'autonomia interna nei confronti dei loro cittadini (*munícipes*); le seconde (*coloniae*) erano comunità create da Roma nel territorio dell'impero romano fruenti del pari di autonomia e si suddividevano in colonie romane (*civium Romanorum*) e colonie latine [n. 10]. Questi enti parastatali erano equiparati ai soggetti giuridici privati («*privatorum loco habèntur*») ed era loro pertanto concesso di compiere ogni attività, anche processuale, limitatamente alle relazioni giuridiche di carattere economico: o a mezzo dei proprî funzionari di governo; o (in singoli casi) a mezzo di speciali agenti (*actores*); o infine, in età piú tarda, a mezzo di stabili organi rappresentativi (*curatòres* o *sýndicî*).

(*a*2) I **collegi** (*collegia*) e i **sodalizî** (*sodalitates*) erano consociazioni (denominate anche, meno propriamente, «*societàtes*» o «*còrpora*»): gli uni consistenti prevalentemente in confraternite a scopo di culto in comune, e quindi spesso con la finalità di garantire una sepoltura ai membri (*collegia funeratícia*); gli altri consistenti prevalentemente in circoli a fini di ricreazione e di mutua assistenza dei soci. La loro ragion d'essere era che si trattava di aggregazioni di gente dai mezzi economici limitati (*societates tenuiòrum*), o di umili esercenti di arti e mestieri (*corpora artíficum*) ispirate al concetto che l'unione (in qualche misura) fa la forza e basate generalmente su una convenzione sociale trasfusa in uno statuto scritto, che disciplinava l'organizzazione e il funzionamento del gruppo (*lex collegii vel sodalicii*).

La concezione dei *collegia* come enti diversi dalle persone dei soci e come soggetti autonomi di rapporti giuridici si profilò soltanto agli inizi dell'età classica, per effetto di una legge Giulia sui collegi fatta votare da Augusto in un anno imprecisato: legge che (a quanto sembra) volle far fronte al pullulare di associazioni mascheranti attività di opposizione politica o addirittura di violazione dell'ordine pubblico, e che pertanto dispose lo scioglimento di tutti i collegi esistenti, facendo salvo un ristretto numero di società di antica e nobile tradizione e subordinando la costituzione di nuovi enti corporativi a requisiti minimi tra loro conformi e ad autorizzazione espressa del senato (cui piú tardi fu equiparata quella del principe). La rappresentanza processuale dei collegi «autorizzati» (*collegia lícita*) fu conseguentemente regolata dall'editto pretorio.

(*b*) Per quanto riguarda le **fondazioni**, è da ritenere che, almeno in periodo classico, la soggettività giuridica non sia stata loro mai chiaramente riconosciuta. Comunque i casi che solitamente si adducono sono quelli delle opere pie (di beneficenza) e dell'eredità giacente [n. 94].

(*b*[1]) L'ipotesi delle **pie cause** o «opere pie» (*píae càusae*) era quella di patrimonî destinati per testamento a scopi duraturi di pietà e affidati per questo fine (*causa*) ad un ente corporativo o ad un ufficio (la chiesa, il vescovo ecc.) aventi la qualità giuridica di successori a causa di morte (eredi, legatari, fedecommissari [n. 90-96]). Proprio perciò la giurisprudenza classica ritenne che, anche quando il testatore (il cd. «fondatore») non lo avesse espressamente disposto, il lascito entrasse a far parte del patrimonio generale del soggetto giuridico destinatario dei beni e che quest'ultimo fosse caricato dell'onere (a titolo di *modus* [n. 19]) di realizzare gli scopi prefissati dal fondatore. Le cose non mutarono di molto in età postclassica, nella quale il propagarsi della beneficenza privata e pubblica sotto l'influsso della religione cristiana portò sopra tutto alla creazione di numerosi ospizî di vario genere (per vecchi, per poveri, per pellegrini ecc.). Solo Giustiniano compí passi decisivi sulla via del riconoscimento della soggettività giuridica alle istituzioni di beneficenza, accordando loro la capacità di ricevere legati e fedecommessi per testamento e quella di stare in giudizio in nome proprio e a mezzo di rappresentanti.

(*b*[2]) L'ipotesi dell'**eredità giacente** (*herèditas iàcens*) era quella del patrimonio successorio in attesa di essere accettato o rifiutato dal chiamato all'eredità (quindi provvisoriamente senza titolare [n. 94]). A rigor di diritto, il compendio patrimoniale era da considerarsi una *res nullius*, una cosa di nessuno, della quale il primo venuto aveva il potere di impossessarsi, ma sin dalla età classica si avvertí l'opportunità, sia pure limitatamente a casi ed a fini del tutto speciali, di trattare l'*hereditas iacens* come provvisoriamente sostitutiva essa stessa del soggetto giuridico che avrebbe finito per acquistarla. Muovendo da questi spunti, la giurisprudenza e gli imperatori postclassici furono lentamente portati a ravvisare in essa una sorta di soggetto giuridico «provvisorio». Giustiniano completò il processo evolutivo affermando senza mezzi termini che l'*hereditas iacens* fosse in ogni caso equiparabile al titolare del patrimonio in cui si sostanziava («*dominae locum òbtinet*»).

12. ***Gli oggetti giuridici.*** — Relativamente agli oggetti giuridici privati esistono nel diritto romano tracce, assai piú evidenti che altrove, di un notevole distacco tra la considerazione del fenomeno nella pratica e la riflessione giurisprudenziale sul fenomeno stesso. Ragion per cui, volendosi rappresentare nella sua integrità la materia degli oggetti giuridici privati, è necessario: da un lato, indicare i requisiti degli stessi, cosí come effettivamente risultano dallo studio diretto dell'ordinamento; dall'altro, riferire la teoria dell'oggetto giuridico privato nella limitata e imperfetta formulazione «naturalistica» della giurisprudenza romana.

I **requisiti normali degli oggetti giuridici**, cioè i requisiti normalmente necessari per assumere il ruolo di oggetto giuridico privato, di fonte di interessi per il soggetto attivo di un rapporto, risultano essere stati i seguenti: *a*) la concretezza; *b*) l'utilità; *c*) la limitatezza; *d*) la disponibilità privata; *e*) l'estraneità al soggetto attivo del rapporto.

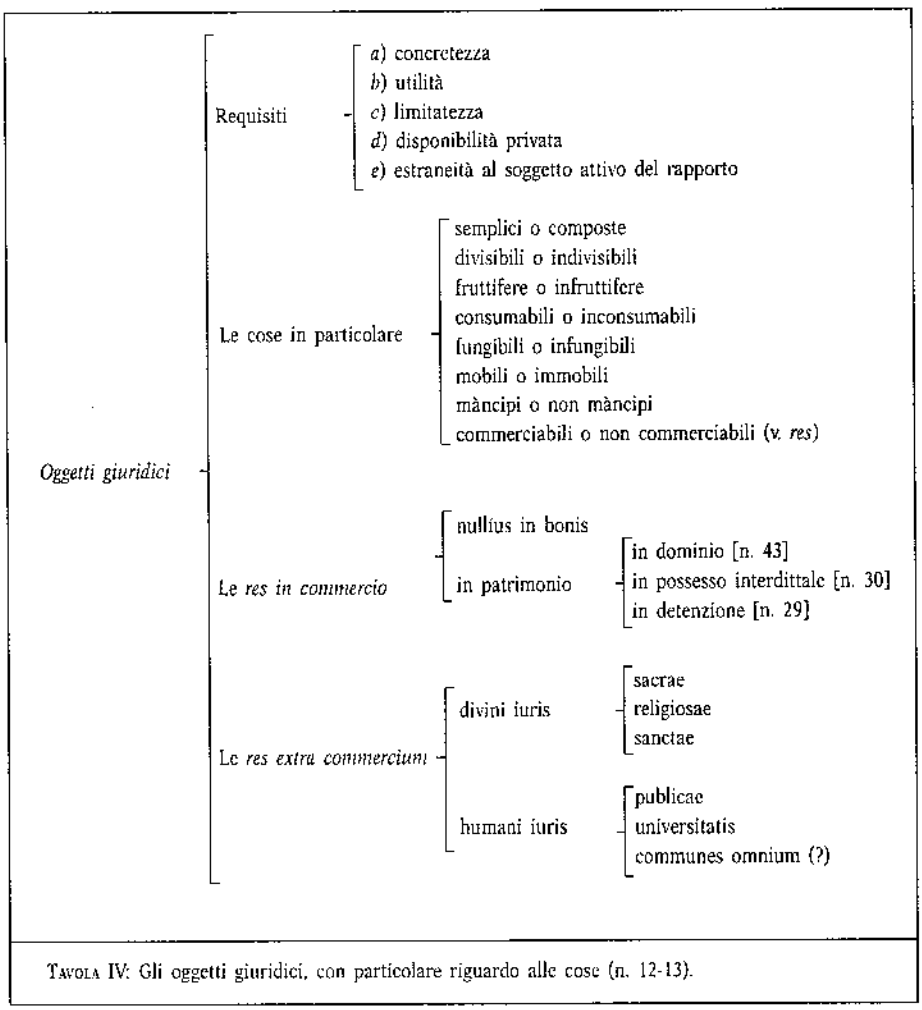


TAVOLA IV: Gli oggetti giuridici, con particolare riguardo alle cose (n. 12-13).

(*a*) Il requisito della **concretezza** stette a significare che l'oggetto giuridico, per essere tale, doveva appartenere al mondo della realtà sensibile, cosí come questa storicamente si presentava all'esperienza dei romani. Non costituivano, pertanto, oggetto di rapporti giuridici (pubblici e privati) le manifestazioni della vita sovrumana (es.: l'ambrosia di cui si cibavano gli dei) o di quella extraterrestre (es.: il suolo facente parte di un altro pianeta), né erano considerati oggetti giuridici alcune manifestazioni della realtà sensibile che, allo stadio di sviluppo della esperienza romana, non erano state ancora individuate (es.: l'energia idraulica ecc.).

(*b*) Il requisito della **utilità** stette a significare l'attitudine dell'oggetto a soddisfare un bisogno della vita di relazione, e piú precisamente una esigenza dei soggetti del rapporto giuridico.

(*c*) Al requisito dell'utilità si connetteva strettamente il requisito della **limitatezza**, nel senso della limitata, ristretta, insufficiente disponibilità dell'oggetto per i bisogni umani: donde derivava nei soggetti l'interesse ad accaparrarsi l'oggetto giuridico, a sottrarlo alla disponibilità comune di tutti i consociati per poterne trarre personale utilità.

(*d*) Il requisito della **disponibilità privata** stette a significare che poteva costituire oggetto di rapporti giuridici privati, e quindi elemento del patrimonio del soggetto giuridico, soltanto ciò che ai rapporti privati non fosse estraneo per sua natura o non fosse autorevolmente sottratto dall'ordinamento (es.: le vittime dei sacrificî religiosi, la preda bellica, gli edifici pubblici ecc.).

(*e*) Il requisito dell'**estraneità al soggetto attivo del rapporto** stette a significare che tutto e tutti (beninteso, se provvisti dei requisiti precedentemente illustrati) potevano costituire oggetto di rapporti giuridici privati, all'infuori di chi avesse in quei rapporti la posizione di soggetto attivo. In altri termini, secondo il diritto privato romano (sia pure con limitazioni e attenuazioni sempre piú accentuatesi lungo il corso del periodo classico e di quello postclassico), il nòvero degli oggetti giuridici non si limitò alle **entità extra umane** (cose materiali e animali subumani), ma si estese agli **schiavi** (*servî*), ai **liberi sottoposti ad altrui potestà** (*liberi alieno iuri subiecti*) e **persino ai soggetti**, cioè agli individui familiarmente autonomi (*sui iuris*): a questi ultimi però (si aggiunga subito) se ed in quanto fossero sottoposti solo temporaneamente ad un diritto assoluto altrui oppure fossero vincolati entro i ristretti limiti di un'obbligazione (*obligatio*) al diritto relativo di un altro soggetto.

La possibilità che il ruolo di oggetti giuridici (non addirittura di «cose», si badi) fosse coperto persino da soggetti giuridici (purché non si trattasse dello stesso soggetto attivo) non solo non contrasta con la logica astratta, ma può essere spiegata sul piano della storia. Basta tener presente che, alle origini, nel sistema del diritto quiritario (*ius Quiritium*), altro diritto soggettivo non era riconosciuto ai soggetti che la potestà (*potèstas*) assoluta: sia su cose, sia anche su liberi e cittadini e perfino su taluni altri soggetti (quali gli *addicti* e i *nexi* [n. 10]). In prosieguo la qualifica di oggetti giuridici rivestita da alcuni soggetti quando fossero sottoposti ad altri soggetti giuridici non fu mai smentita, ma venne solo

progressivamente mitigata, tenendosi anche conto del fatto che molte volte la subordinazione aveva carattere temporaneo o parziale e che, in ogni caso, essa non implicava l'acquisizione del patrimonio del sottoposto da parte dell'avente potestà: alla morte del sottoposto il suo patrimonio, ben distinto da quello dell'avente potestà, andava infatti ai successori di lui stesso in quanto soggetti giuridici, non all'avente potestà. Di qui il mai completo abbandono di una concezione che la giurisprudenza romana classica non considerò certo favorevolmente, ma nemmeno riuscí a rimuovere del tutto, come non riuscí a rimuoverla la stessa giurisprudenza postclassica. Ancora in diritto giustinianeo le potestà su individui liberi rimasero formalmente riconosciute, e perfino l'obbligazione di un soggetto verso un altro fu vista come qualcosa di piú intenso e coartante del semplice dovere incombente sul soggetto passivo («*necessitate adstringi*»).

13. *Le cose.* — La sempre piú accentuata riluttanza della giurisprudenza romana, a partire quanto meno dal periodo classico, verso la inclusione dei soggetti giuridici nel novero dei possibili oggetti di rapporti giuridici privati si tradusse in un concentrarsi della riflessione giurisprudenziale sugli oggetti giuridici aventi il carattere di «cose» (*res*), cioè di entità **estranee ai soggetti giuridici, anzi a tutti gli uomini liberi**. Pur non disconoscendosi e non contestandosi, in punto di realtà, la possibilità che anche le persone libere e persino le persone normalmente dotate di soggettività giuridica potessero essere assunte come oggetti di rapporti giuridici, in sede di riflessione teorizzatrice l'attenzione dei giuristi si concentrò essenzialmente sulle cose. E per **cosa** (*res* o *bona*, «beni») furono intesi: *a*) in senso stretto, le entità materiali e gli animali subumani; *b*) in senso lato, anche gli schiavi.

Delle cose le fonti offrono alcune utili **classificazioni** sulla base dei seguenti criterî distintivi: *a*) composizione; *b*) divisibilità economica; *c*) produttività; *d*) consumabilità; *e*) surrogabilità; *f*) trasportabilità; *g*) funzione sociale; *h*) disponibilità privata; *i*) appartenenza privata.

(*a*) In base al criterio della **composizione** si distinse tra: cose semplici, cose materialmente composte e cose economicamente composte. Cose **semplici** erano ritenute quelle create unitarie dalla natura, alitate da un unico soffio naturale (*quae uno spiritu continèntur*), come uno schiavo, un cavallo, un tronco d'albero, un blocco di marmo (anche se trasformato in statua). Cose **materialmente composte** (cd. *universitates rèrum*) erano rite-

nute quelle costituite mediante l'artificiale unificazione di piú cose semplici (*quae ex plúribus inter se cohaerèntibus constant*), come un edificio, una nave, un vestito. Cose **economicamente composte** erano ritenute quelle materialmente distinte tra loro, ma idealmente accomunate per l'attuazione di una finalità economica unitaria (*quae ex pluribus inter se distantibus constant*), come un gregge, una mandria, un armento, una biblioteca.

(*b*) In base al criterio della **divisibilità economica** si distinse tra: cose divisibili e indivisibili. Cose (semplici o composte) **divisibili** erano ritenute quelle suscettibili di ripartizione materiale in parti (*partes*) aventi funzione corrispondente e utilità economica proporzionale al tutto (es.: un fondo, una casa, un pezzo di pane). Cose **indivisibili** (*res quae sine intèritu dívidi non possunt*, cose che non possono essere divise senza andare distrutte) erano ritenute quelle insuscettibili di ripartizione nel senso predetto (es.: un animale vivo, una pariglia di cavalli addestrata, una macchina), cioè quelle che ad essere materialmente divise perdessero la funzione e il valore originari.

Diversa dalla parte di cosa è la **pertinenza**, cioè la cosa (autonoma) durevolmente destinata al servizio o all'ornamento di un'altra cosa. Di questo concetto i romani fecero applicazione in moltissimi casi: vasi oleari infissi nel terreno, statue ornamentali del giardino ecc. Si discute se ne abbiano fatto applicazione anche riguardo all'attrezzatura di un fondo o di un magazzino di lavoro artigianale o di vendita: arnesi da lavoro, animali e cosí via (cd. «scorte» dell'azienda).

(*c*) In base al criterio della **produttività** si distinse tra: cose fruttifere e cose infruttifere. Cose **fruttifere** erano ritenute quelle capaci di dare piú o meno periodicamente un prodotto materiale economicamente autonomo: caso fondamentale quello dei «frutti» (*fructus*), casi derivati quelli dei fiori, del latte, dei nati da animali subumani, della lana da tosatura periodica, del legname da taglio di boschi cedui, dei prodotti minerari ecc. Cose **infruttifere** erano conseguentemente quelle incapaci di produzione materiale. Non erano considerati frutti, diversamente dal giorno d'oggi, gli «interessi» (*usúrae*) versati per i capitali in danaro [n. 61].

(*d*) In base al criterio della **consumabilità** si distinse tra: cose consumabili e cose inconsumabili. Cose **consumabili** (*quae usu consumúntur* o *tollúntur*) erano intese quelle che per essere usate dovevano necessariamente andar perdute da chi le usasse: perdute o perché trasferite ad altri soggetti, o perché materialmente distrutte, o perché trasformate. Non solo, dunque, le derrate alimentari e simili, ma anche il danaro (che si utilizza spendendolo) o le materie prime (che si utilizzano trasformando-

le). Cose **inconsumabili** erano intese quelle suscettibili di uso ripetuto e praticamente illimitato (es.: fondi, quadri, vestiti).

In età postclassica le cose deteriorabili, cioè le cose inconsumabili che fossero però più o meno rapidamente deperibili con l'uso ripetuto (*quae usu minuúntur*: per esempio i vestiti), passarono a costituire una sorta di categoria intermedia tra le cose consumabili e quelle inconsumabili. Piuttosto che come cose inconsumabili, esse furono però trattate come cose consumabili.

(*e*) In base al criterio della **surrogabilità** si distinse tra: cose fungibili e cose infungibili. Cose **fungibili** furono ritenute quelle individuabili attraverso la loro appartenenza ad un tipo, ad un genere più o meno esteso («*quae in genere suo functiònem recípiunt*»). Per esse quindi non aveva rilevanza la individuabilità di ciascuna, ma rilevava solo il peso o il numero o la misura entro i limiti del tipo di appartenenza (*res quae pòndere número mensura consístunt*: es., il danaro, le derrate), sí che non sorgeva problema se venivano surrogate o sostituite tra loro. Cose **infungibili** furono intese quelle individuate nella loro specifica identità (*singula corpora*: es., un certo cavallo, un determinato schiavo), e quindi tali da non poter essere surrogate le une con le altre.

(*f*) In base al criterio della **trasportabilità** si distinse tra: cose **immobili** (*res immòbiles, immobília*), cioè non trasportabili da un punto all'altro (es.: un fondo, un edificio, il bagno installato in un edificio), e cose **mobili** (*res mobiles, mobília*), cioè trasportabili da un luogo all'altro o addirittura semoventi (*res semoventes*, es.: un cavallo).

(*g*) In base alla loro **funzione sociale**, si differenziarono le cose **màncipi** (*res màncipi*) dalle cose **non màncipi** (*res nec màncipi*): distinzione di fondamentale importanza sino a tutto il periodo classico, ma decaduta in età postclassica e abolita da Giustiniano. **Màncipi** erano le cose che in età arcaica avevano formato oggetto del rapporto di mancipio (*mancipium* [n. 28]), per il fatto di essere strettamente collegate alle necessità di vita della famiglia: i terreni facenti parte del territorio romano (*fundi in agro Romano*: quest'ultimo passato a coincidere, nel corso del periodo preclassico, con tutto quanto l'*ager Italicus*), gli schiavi (*servi*), gli animali da briglia e da soma (*animalia quae collo dorsòve domàntur*: cavalli, buoi, asini, muli) e, per motivi che risulteranno a loro tempo [n. 51], le antichissime servitú rustiche di passaggio (*iter, via, actus*) e di acquedotto (*aquaedúctus*). Per questa essenziale funzione ricoperta in antico dalle cose mancipi il dominio quiritario (*dominium ex iure Quiritium*) sulle stesse non poteva essere trasferito mediante semplice consegna (*traditio*), ma solo me-

diante formale mancipazione (*mancipatio*) (o anche mediante cessione giudiziaria [*in iure cessio*]). Ma attraverso un'evoluzione postclassica coronata da una riforma giustinianea la «consegna» (*traditio*: anticamente riferibile alle sole *res nec màncipi*) valse anche per il trasferimento della proprietà sulle antiche cose mancipi.

(*b*) In base al criterio della **disponibilità privata** (cd. «commerciabilità») si distinse tra: cose commerciabili e incommerciabili. Cose **commerciabili** (*res in commercio*, anche dette *res in patrimonio*) furono ritenute le cose di cui i privati potessero disporre nei loro rapporti, cioè le cose che fossero idonee a costituire oggetto del patrimonio dei privati. Cose **incommerciabili** (*res extra commercium*, anche dette *res extra patrimonium*) furono definite le cose sottratte alla disponibilità privata e quindi inidonee a far parte di un patrimonio privato. In commercio erano, in altri termini, tutte le cose che il costume o i provvedimenti di governo non qualificassero incommerciabili, escluse dai rapporti giuridici privati.

Quanto alle **cose incommerciabili**, la categoria fu, a sua volta, suddivisa da alcuni giuristi in due branche: quella delle *res extra commercium divini iuris*; quella delle *res extra commercium humani iuris*.

(*b*1) *Res* (*extra commercium*) ***divini iuris*** erano quelle tipicamente destinate a soddisfare esigenze religiose. Tali furono: *a*) le «*res sacrae*», dedicate da un provvedimento di governo o da un'autorevole delibera sacerdotale al culto pubblico (templi, arredi sacri, are ecc.); *b*) le «*res religiosae*», destinate dai privati al culto dei defunti («*dis Manibus relictae*»: tra cui il terreno funerario e i sepolcri); *c*) le «*res sanctae*»; appartenenti alla comunità tutta intera e poste sotto la protezione degli dei (le porte e le mura della città, le strisce di separazione tra fondi privati ecc.).

(*b*2) *Res extra commercium* ***humani iuris*** erano quelle non destinate a soddisfare esigenze religiose, ma sottratte alla disponibilità privata per considerazioni di opportunità sociale. Tali furono: *a*) le «*res publicae*», amministrate dagli organi di governo statali e destinate all'uso collettivo e a finalità di interesse pubblico (*ager publicus* e pubbliche strade, acquedotti, fiumi, edifici, schiavi, danaro ecc.); *b*) le «*res universitàtis*», appartenenti a comunità municipali o coloniarie e analogamente destinate a finalità di interesse collettivo. Ma è subito da aggiungere che sopra tutto l'«*àger publicus*» (cioè il complesso delle terre italiche e provinciali di pertinenza statale) era «concesso» di sovente ai privati a titolo di possesso (come «*ager occupatorius*»), contro il pagamento di un canone almeno virtuale, dando vita ad istituti di vario tipo dei quali parleremo a suo tempo.

(*b*3) Posizione ambigua ebbero le *res communes omnium*, cioè le cose illimitatamente a disposizione di tutti (l'aria, il mare, l'acqua piovana ecc.). Taluni giuristi, anziché qualificarle come entità prive del carattere di oggetti giuridici (perché mancanti del requisito della limitatezza), le inclusero tra le *res extra commercium* e le ar-

ricchirono del *lítus maris* (lido del mare, battigia), che era invece piuttosto una *res publica*.

(*i*) In base al criterio dell'**appartenenza privata** le cose in commercio (e quindi astrattamente in patrimonio dei soggetti del privati) si distinsero, al loro interno, in: *a*) **cose di effettiva appartenenza privata** (*res in bonis alicuius*), cioè concretamente appartenenti in punto di diritto ad uno specifico soggetto privato; *b*) **cose di nessuno** (*res nullíus in bonis*, o *res nullius*), cioè cose che non appartenessero o non appartenessero piú, in concreto, a nessun privato [n. 44 *sub g*].

La **condizione delle cose di appartenenza privata** poteva consistere in una di queste tre specie: *i*[1]) essere oggetto di **dominio** (civile, pretorio, provinciale [n. 43-48]); *i*[2]) essere oggetto di **possesso interdittale** (*possessio ad interdicta*) riconosciuto dal pretore a certi soggetti in certe situazioni [n. 30]; *i*[3]) essere oggetto di **detenzione** (*possessio naturalis*), esercitata in luogo del domino e con pieno riconoscimento della situazione giuridica di domino della cosa [n. 29].

CAPITOLO III

LA REALIZZAZIONE PACIFICA DELL'ORDINE PRIVATO

SOMMARIO: 14. L'ordine giuridico privato. — 15. La capacità di agire. — 16. Gli atti di autonomia privata. — 17. La struttura dei negozi giuridici. — 18. La volontà nei negozi giuridici. — 19. Le clausole accidentali dei negozi giuridici. — 20. La sostituzione nell'attività negoziale.

14. *L'ordine giuridico privato.* — Il risultato cui tende l'ordinamento giuridico con le sue normative è la **realizzazione dell'ordine giuridico**, cioè il concreto assetto e l'effettivo svolgimento della vita sociale secondo le esigenze poste dal diritto. A tal fine non basta la predisposizione degli schemi in cui deve riversarsi la vita sociale, cioè dei rapporti giuridici e delle loro strutture. Occorre in piú l'indicazione degli «effetti» specifici collegati agli avvenimenti che il diritto ritiene rilevanti e dell'opportuna «disciplina» di tali avvenimenti. Risultato, detto comunemente del **diritto vivente**, al quale si perviene di regola in modo **pacifico** (cioè mediante la realizzazione delle norme di condotta), eccezionalmente in modo **coattivo** (cioè attraverso la realizzazione delle norme sanzionatorie).

Gli **effetti giuridici**, in cui si realizza un ordine conforme al diritto, sono di tre tipi, a seconda che implichino: *a*) la costituzione di nuovi rapporti giuridici (effetti **costitutivi**); *b*) la estinzione di rapporti giuridici preesistenti (effetti **estintivi**); *c*) la modificazione, in qualche loro dato caratteristico (cioè nei soggetti o nell'oggetto), di rapporti giuridici già esistenti (effetti **modificativi**). Tra gli effetti modificativi piú importanti e diffusi vi sono quelli detti della **successione nel patrimonio** di un soggetto giuridico estinto per sua morte naturale o per sua esclusione dal novero dei soggetti (cioè per sua svalutazione giuridica [n. 8]), ma di esso ci occuperemo nel capitolo finale della presente trattazione (cap. XV, n. 90-96).

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

TAVOLA V: Quadro generale dell'ordine giuridico privato e delle sue cause (n. 14-19).

Cause efficienti dell'ordine giuridico, cioè degli effetti giuridici, sono gli accadimenti indicati appunto come tali dalle norme giuridiche. Questi fenomeni si dicono **fatti giuridici** e si classificano distinguendo tra fatti involontari e volontari e suddividendo questi ultimi in leciti e illeciti.

I **fatti giuridici involontari** sono quelli il cui verificarsi è indipendente dalla volontà dei futuri o attuali titolari del rapporto riguardo al quale siano chiamati ad esercitare la loro influenza, ma dipende: *a*) dall'ordine naturale delle cose (cd. «fatti naturali»: es., la nascita o la morte di un soggetto, il perimento naturale di un oggetto giuridico); *b*) oppure dalla volontà di un soggetto del tutto estraneo (cd. «atti del terzo»: es., la requisizione di un oggetto di appartenenza privata da parte dell'autorità amministrativa). I **fatti giuridici volontari**, anche detti più sinteticamente **atti giuridici**, sono quelli il cui verificarsi è determinato dalla volontà dei futuri o degli attuali titolari del rapporto riguardo al quale siano chiamati ad esercitare la loro influenza, e possono essere: *a*) **leciti**, se il comportamento in cui consistono è esplicitamente o implicitamente permesso dall'ordinamento giuridico; *b*) oppure **illeciti**, se il comportamento in cui consistono è esplicitamente o implicitamente vietato dall'ordinamento giuridico.

Ma non finisce qui. L'ordinamento giuridico non precisa sempre quali siano gli effetti da ricollegare ai fatti giuridici. A tacer d'altro, questo metodo sarebbe troppo macchinoso e ingombrante, esponendo inoltre l'aggregato sociale al pericolo di ridursi ad un'alienante «catena di montaggio»: esso viene pertanto adottato solo in ordine ai fatti giuridici involontari ed agli atti giuridici illeciti. Quindi, per quanto riguarda i **fatti involontari**, l'ordinamento non manca mai di stabilire: *a*) se e quale rapporto di debito essi costituiscano, modifichino od estinguano (basti pensare agli effetti ricollegati alla nascita o alla morte); *b*) oppure se e quale rapporto di responsabilità (di responsabilità cd. «oggettiva») essi eventualmente costituiscano. Per quanto poi riguarda gli **atti illeciti**, del pari esso non manca mai di stabilire: *a*) quale rapporto di responsabilità (cd. «soggettiva») essi costituiscano; *b*) in più, quale misura di volontarietà si richieda nell'autore affinché sia responsabile dell'atto (per esempio: la pura volizione del fatto posto in essere, detta usualmente «colpa»; oppure anche la specifica intenzione di produrre con quel fatto un preciso effetto ingrato all'ordinamento, detta usualmente «dolo»).

In ordine agli **atti giuridici leciti** l'ordinamento si comporta invece in maniera meno rigorosa: di regola, esso lascia infatti ai soggetti una certa sfera (sia pure non illimitata) di «discrezionalità» nella determinazione

degli effetti da conseguire. Di qui la distinzione degli atti giuridici leciti in due categorie: *a)* la categoria dei **meri atti giuridici**, i cui effetti sono esattamente prefissati dall'ordinamento, ma il cui compimento è rimesso alla libera decisione dei soggetti; *b)* la categoria degli **atti giuridici di autonomia**, che sono invece quelli di cui non solo il compimento, ma anche gli effetti sono di volta in volta voluti e indicati dai soggetti. Gli atti giuridici di autonomia si usano denominare «provvedimenti» se relativi al diritto pubblico, «negozi giuridici» (dal latino *negotium*, affare) se relativi al diritto privato.

L'**ordine giuridico privato romano**, anche se non fu mai esplicitamente inquadrato nei termini di cui sopra dalla giurisprudenza dei tempi, possiamo dire senza eccessi di dubbio che a tale inquadratura sostanzialmente corrisponde. Perciò fermeremo la nostra attenzione, prima di passare alla descrizione analitica degli istituti positivi, solo su tre argomenti che meritano un'illustrazione specifica: *a)* il presupposto della «capacità di agire» (oppure della «mera capacità di agire») richiesto per i fatti giuridici volontarî; *b)* il regime degli «atti di autonomia privata»; *c)* il regime degli atti e negozi intesi ad ottenere, con l'aiuto della giurisdizione statale, la realizzazione coattiva dell'ordine giuridico. Dei primi due argomenti ci occuperemo in questo capitolo, del terzo ci occuperemo nel capitolo successivo.

15. *La capacità di agire.* — I **fatti giuridici volontari** (sia leciti sia illeciti) non sono seriamente concepibili come tali (come «volontari») se vengono posti in essere da chi non abbia una dose minima di capacità di volerli. Anche se si è soggetti giuridici, e si gode pertanto di «capacità giuridica», si può non avere (o non avere ancora, o non avere momentaneamente) l'idoneità a volere liberamente il fatto che materialmente si determina (si pensi ai casi estremi del bambino in fasce o dell'adulto privo, sia pure transitoriamente, di sanità mentale). Ecco perché il diritto privato romano (cosí come, del resto, il diritto romano pubblico e ogni ordinamento giuridico delle nazioni civili antiche e moderne) ritenne essere presupposto indispensabile dell'agire giuridico la cd. **capacità di agire**, cioè la capacità psico-fisica d'intendere e di volere l'atto che si compisse, e ritenne pertanto che gli atti compiuti da un incapace di agire fossero privi di utilizzabilità giuridica.

Di regola, per lo meno sino a tutto il periodo classico, non si richiese che la capacità di intendere e di volere esistesse in concreto, non si seguí

cioè il sistema (che sarebbe stato, oltre tutto, assai pregiudizievole per la speditezza della vita giuridica) di accertare caso per caso se l'agente, al momento preciso della commissione dell'atto fosse effettivamente capace di intenderlo e di volerlo (se avesse insomma la cd. «capacità naturale» di agire). Fu ritenuta sufficiente, salvo evidenza contraria (es.: uno stato di chiara ubriachezza), la **capacità astratta di agire**, cioè la sussistenza nell'agente, al momento della commissione dell'atto, di alcuni requisiti che astrattamente, in considerazione della normalità dei casi, facessero ragionevolmente indurre la sua idoneità fisica e mentale. Solo nel tardo periodo classico, e maggiormente nel periodo postclassico, si profilò sempre piú accentuata la tendenza a controllare in concreto, ove sorgessero dubbi o contestazioni in proposito, il concorso dell'effettiva capacità di intendere e di volere: la tendenza a ritenere invalido l'atto che risultasse concretamente compiuto in istato, sia pur momentaneo, di incapacità naturale.

In ciò il diritto romano non fu lontano da quello che è l'orientamento prevalente dei diritti moderni. Va segnalata invece la differenza tra diritto privato romano e ordinamenti giuridici moderni, in ordine alla titolarità della capacità di agire, la quale fu riconosciuta non soltanto ai soggetti giuridici, ma talvolta anche a persone totalmente prive di soggettività. Ragion per cui bisogna distinguere tra: *a*) capacità di agire «regolare», cioè dei soggetti; *b*) «mera» capacità di agire di taluni non soggetti.

(*a*) **Requisiti della capacità di agire regolare** furono, in età storica: *a*) l'età pubere; *b*) l'appartenenza al sesso maschile; *c*) la normalità psichica e fisica.

(*a*[1]) La **pubertà** (*pubèrtas*) si aveva per conseguita, secondo l'opinione dominante, con il compimento degli anni 14 per i maschi e degli anni 12 per le femmine: gli «impuberi» (*impúberes*: maschi o femmine che fossero) erano privi della capacità di fare testamento [n. 91] e della capacità di compiere atti illeciti (quindi erano privi della responsabilità per i delitti [n. 84] che avessero commessi), mentre per la commissione di atti leciti erano approssimativamente differenziati in: *a*) infanti (*infantes*), inetti a parlare distintamente («*qui fari non possunt*») e quasi infanti (*infantiae pròximi*, atti a esprimersi, ma non in modo sufficientemente affidabile); *b*) fanciulli (*infantia maiores*), ormai parlanti (*fantes*) con una certa affidabilità nella loro ragionevolezza. Gli ultrasettenni potevano compiere validamente tutti quegli atti che determinassero un sicuro incremento del patrimonio loro destinato (es.: l'occupazione di una cosa di nessuno, l'accettazione di una liberalità), ma per ogni altro atto negoziale (cioè per le

assunzioni di obbligazioni, per le liberalità e le rinunce, per la concessione di garanzie patrimoniali) la loro manifestazione di volontà era necessaria, ma non sufficiente, perché doveva essere integrata dalla conforme volontà del tutore (*auctòritas tutoris* [n. 39]).

(*a²*) L'appartenenza al **sesso maschile** rilevava per il fatto che l'appartenenza al sesso femminile era, come sappiamo [n. 9], causa di soggettività giuridica limitata e comportava, dopo il raggiungimento della *pubertas*, la sottoposizione del soggetto alla tutela delle donne (*tutela mulierum* [n. 40]). La donna (pubere) era capace solo di atti illeciti (dei quali era quindi responsabile) e, nella sfera del lecito, di fare testamento; per il resto, almeno a rigor di diritto, era pari ad un impubere maschio ultrasettenne.

(*a³*) La **normalità psichica e fisica** mancava ai soggetti giuridici che versassero in certe condizioni piú o meno gravi di minorazione e che appunto perciò, limitatamente alla durata ed alla estensione del loro stato di minorazione, erano sottoposti a «*cura*», a curatela dei loro interessi [n. 41-42]. Le principali categorie erano costituite: *a*) dal pazzo evidente (*furiosus*); *b*) dal dissipatore dei beni di famiglia (*pròdigus*); *c*) dalle persone minorate (*dèbiles persònae*), affette appunto da qualche deficienza fisica (mutismo, sordità, cecità ecc.); *d*) dai puberi di ambo i sessi che fossero minori di venticinque anni (*minòres viginti et quinque annorum*).

(*b*) Una **mera capacità di agire**, analoga nei requisiti a quella sopra descritta, venne largamente riconosciuta anche ai sottoposti a patria potestà (*alieni iuris*: *filii familiarum, liberi in mancipio, uxores in manu*) e persino agli schiavi (*servi*). Si trattò di un'**eccezione alla regola** per cui la capacità di agire aveva per suo presupposto la capacità giuridica; ma lo strappo fu motivato da opportunità pratiche e fu giustificato dalla considerazione che i «sottoposti a potestà» (*patria* o *dominica* che fosse) erano pur sempre esseri umani (*personae* [n. 8]). Pertanto, se il sottoposto aveva approssimativamente gli stessi indici della capacità di intendere e di volere che erano richiesti per la piena capacità di agire dei soggetti, egli fu ammesso, talora senza nemmeno la necessità di una specifica autorizzazione del padre o del padrone, a compiere validamente una triplice serie di operazioni giuridiche: *a*) taluni atti che implicassero un incremento del patrimonio del padre o padrone; *b*) taluni atti che implicassero per quest'ultimo un decremento del patrimonio; *c*) taluni atti che implicassero addirittura una situazione di debito (mai però di credito) per lo stesso sottoposto.

(*b¹*) L'ammissione dei sottoposti al compimento di taluni atti che implicassero un **incremento del patrimonio del padre o padrone** fu pre-

vista già dal diritto civile antico. In forza di esso, i sottoposti: *a*) potevano intervenire, forse senza neanche l'autorizzazione del padre o padrone, nei negozi traslativi di dominio [n. 44] o costitutivi di rapporti assoluti su cosa altrui [n. 49], quando vi figurassero in veste di acquirenti o beneficiarî, essendo implicito che l'incremento patrimoniale relativo avrebbe avvantaggiato automaticamente il padre o padrone; *b*) potevano acquistare il possesso [n. 59-30] di una cosa, essendo implicito che l'atto sarebbe andato a vantaggio del padre o padrone; *c*) potevano anche rivestire i panni del creditore (*stipulans*) a favore del padre o padrone nel negozio di stipulazione (*stipulatio* [n. 67]), ma presumibilmente solo dietro autorizzazione (*iussum*) di quest'ultimo. Il diritto civile, invece: *a*) escludeva che i sottoposti, pur se autorizzati, compissero validamente per il padre o padrone atti (leciti) di alienazione o atti determinativi di obbligazioni (quindi di passività patrimoniale) a suo carico; *b*) stabiliva che per ogni atto illecito (*delictum*) effettuato da un sottoposto (non importa se in stato di incapacità di intendere e di volere) la responsabilità primaria ricadesse sempre, inevitabilmente, sul padre o padrone, al quale era solo concesso di liberarsene mediante «dazione a castigo» (*noxae datio*) del sottoposto all'offeso o ad un terzo che si assumesse per lui la responsabilità stessa [n. 84].

(*b*^{2}) L'ammissione dei sottoposti al compimento di taluni atti leciti che implicassero un **decremento del patrimonio del padre o padrone** fu prevista solo dal diritto onorario e dalla connessa riflessione giurisprudenziale del tardo periodo preclassico e del successivo periodo classico. Stante il larghissimo ricorso che si faceva alla cooperazione dei sottoposti piú capaci (sia *filii* che *servi*) nella vita commerciale, il pretore ritenne equo che questi ultimi creassero obbligazioni a carico dei loro padri o padroni, quanto meno nei limiti delle «autorizzazioni» (esplicitamente o implicitamente) ricevute o delle «contropartite attive» agli stessi procurate. I creditori dei sottoposti furono perciò abilitati ad esercitare contro i rispettivi padri o padroni le cd. «azioni adiettizie» (*actiones adiecticiae qualitatis* [n. 16]). Lungo questa via si giunse sino al punto di ammettere che il sottoposto, purché espressamente autorizzato, ben potesse alienare a terzi un cespite del patrimonio del padre o padrone utilizzando il negozio non solenne della «consegna» (*traditio*) ed altri modi di alienazione a forma libera [n. 44].

(*b*^{3}) L'ammissione dei sottoposti all'assunzione di **obbligazioni passive in proprio** (cioè obbligazioni a proprio nome e a proprio carico) costituí ovviamente il caso limite. A nostro avviso: *a*) la «responsabilità prima-

ria da atto illecito» del sottoposto (e quindi la possibilità ch'egli fosse convenuto in giudizio) fu addossata direttamente ai figli ed agli schiavi solo dal diritto tardo classico e postclassico, in connessione con la decadenza delle azioni nossali; *b)* circa le «obbligazioni da atto lecito», bisogna invece distinguere tra la situazione del figlio maschio e quella degli altri sottoposti (*filiae*, *liberi in mancipio*, *nepotes*, *servi*): mentre questi ultimi rimasero in ogni tempo incapaci di obbligare se stessi (sia per il presente sia per il futuro) e furono ritenuti vincolati verso chi avesse fatto loro credito solo da un'«obbligazione naturale» (*obligàtio naturalis* [n. 59]) alla (eventuale) restituzione, il **figlio maschio** (e di primo grado), essendo prevedibilmente futuro successore del padre, usufruí di un trattamento speciale. Egli fu, infatti, sin dall'età classica, considerato capace di assumere obbligazioni in proprio (*pro se*), pur se probabilmente non poteva essere citato in giudizio per il mancato loro adempimento e pur se sicuramente non poteva essere assoggettato ad esecuzione forzata (cioè a *ductio* personale o a *bonorum venditio* [n. 26]). Solo per le obbligazioni da mutuo (*mutuum* [n. 70]) si ammise il creditore a convenirlo in giudizio di cognizione per ottenerne la condanna, sí da predisporre per tempo l'eventuale processo esecutivo; ma l'intervento di un senatoconsulto Macedoniano del sec. I d. C. indusse il pretore a concedere al figlio un'eccezione (cd. *exceptio SC. Macedoniani*) intesa a paralizzare anche l'azione creditoria.

16. ***Gli atti di autonomia privata.*** — Gli atti di autonomia del diritto privato, piú precisamente denominati da noi moderni **negozi giuridici** (da *negòtium*, che significa, ripetiamo, affare privato), causarono almeno i quattro quinti dell'ordine giuridico romano e furono largamente intuiti e analizzati dai giuristi romani (sopra tutto a partire dal tardo periodo preclassico). Ma la ricostruzione di una loro disciplina unitaria, che variò peraltro non poco da un periodo all'altro (sopra tutto da quello classico a quello postclassico), è frutto di un ardito (e rischioso) tentativo compiuto dalla storiografia giusromanistica moderna allo scopo di collegare in un tutto organico nozioni a prima vista isolate.

Dato che noi non riteniamo affatto inopportuno (come invece ritengono altri autori) ricorrere allo **schema del negozio giuridico** per chiarire le idee intorno alla vita del diritto privato romano, pensiamo sia utile mettere ben in chiaro che esso: *a)* era un «atto giuridico», cioè rientrava nella categoria generale degli «atti», dei fatti giuridici posti in essere volontariamente dai soggetti (presupponendo, dunque, la «capacità di

agire» di chi lo compisse); *b*) era un atto giuridico «lecito», cioè non vietato, né sanzionato dal diritto (implicava dunque che, se il soggetto giuridico intendesse realizzare un cd. «negozio giuridico illecito», indirizzato cioè ad un fine vietato dal diritto, l'ordinamento giuridico reagisse in varî modi: o dichiarando il negozio privo di ogni effetto, o riducendo la sua operatività ai soli effetti leciti, o anche talvolta limitandosi a punire l'autore del negozio per il cattivo uso che avesse fatto dell'autonomia riconosciutagli); *c*) era un atto giuridico lecito produttivo di «effetti ordinativi» (relativi cioè esclusivamente a mettere ordine tra gli interessi del suo o dei suoi autori); *d*) era un atto giuridico lecito produttivo di effetti ordinativi «determinati dal suo o dai suoi autori» (espresso, dunque, da soggetti autorizzati esplicitamente o implicitamente dall'ordinamento a stabilirne gli effetti); *e*) era un atto giuridico lecito, produttivo di effetti ordinativi «conformi alla volontà manifestata dal suo o dai suoi autori» (subordinato, dunque, alla manifestazione esteriore della volontà, cioè alla «forma» che la volontà assume per essere riconoscibile dai terzi); *f*) era infine un atto giuridico lecito produttivo di effetti ordinativi conformi, oltre che alla volontà manifestata dall'autore o dagli autori, anche alla cd. «causa», cioè alla «funzione pratica che esso era obbiettivamente in grado di realizzare».

Tanto premesso, è chiaro che, se di questo schema del negozio giuridico non funzionava il meccanismo, si verificava una **mancanza o impedimento paralizzante**. Mentre per indicare tale fenomeno i diritti moderni sogliono ricorrere ai concetti di «validità» ed «efficacia» (e quindi a quelli di invalidità o nullità e di inefficacia) del negozio, i giuristi di Roma, nella loro consueta tendenza al pratico, fecero ricorso principalmente al parametro, indubbiamente imperfetto, dell'**utilità giuridica dell'atto**, o meglio della sua «utilizzabilità» ai fini della produzione di effetti giuridici. In altre parole, i romani (e per essi i giuristi) ragionarono così: per ogni azione umana «giuridicamente rilevante» ciò che è necessario e sufficiente accertare è se essa sia effettivamente atta alla produzione di effetti giuridici o sia invece, alla resa dei conti, inetta a produrre gli effetti voluti e sia quindi «inefficace». Il negozio efficace, pur potendo essere al limite anche talvolta irregolare, era pertanto qualificato **utile** (*utile*); il negozio inefficace (valido o invalido che fosse) era invece qualificato **inutile** (*inutile*, *inàne*, *nullíus momènti* ecc.). Quanto al «negozio inutile», si distingueva tra inutilità iniziale o sopravvenuta, parziale o totale, temporanea o perpetua: se l'inutilità era totale e perpetua, sí che non vi fosse pos-

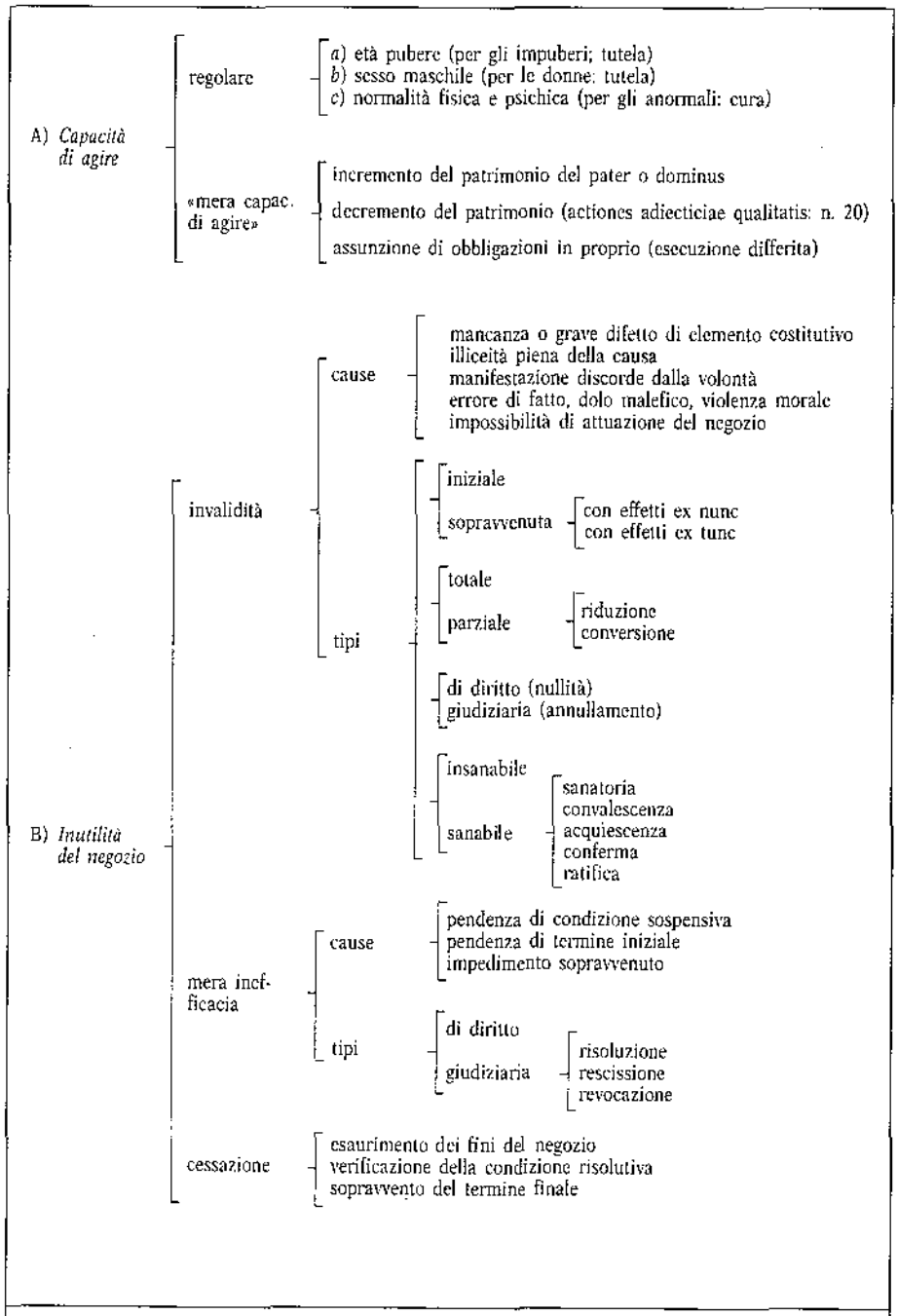


TAVOLA VI: A) La capacità di agire (n. 15 e 20). - B) L'inutilità del negozio giuridico (n. 16-19).

sibilità alcuna di una futura, anche parziale, produttività di effetti giuridici, si parlava anche (ma in senso puramente figurato) di atto che vale zero, cioè di atto che è lo stesso che niente («*quod nullum esse vidètur*», o addirittura «*quod nullum est*», o «*quod non est*»).

Cause di inutilità degli atti negoziali furono: *a*) la contrarietà ai divieti del fato e prima ancora di quelli del diritto; *b*) la mancanza di requisiti indispensabili alla vita dell'atto negoziale; *c*) l'inutilizzazione giurisdizionale.

(*a*) Il negozio contrario al «fato» (*fas*), cioè il **negozio nefasto** (*nèfas* o *nefàrium*), era ovviamente sempre e del tutto inutilizzabile. Per il negozio contrario al diritto (*ius*), cioè per il **negozio ingiusto** (*iniustum*), bisogna invece rilevare che: l'atto negoziale contrario al diritto civile antico (detto anche «*iniustum*» in senso stretto) era anch'esso completamente inutilizzabile al pari di quello nefasto; l'atto negoziale contrario ai provvedimenti normativi di governo (*leges publicae, senatusconsulta, constitutiones principàles*) era o diventava inutilizzabile solo se ciò fosse esplicitamente disposto da quei provvedimenti, fatte salve l'eventuale comminazione di penalità per chi lo utilizzasse e la possibilità per gli interessati di ottenerne l'inutilizzazione giurisdizionale.

(*b*) Il **negozio incompleto**, mancante di un elemento costitutivo o di altro requisito prescritto dall'ordinamento, era inutilizzabile sino al momento in cui l'elemento o requisito mancante si realizzasse o a partire dal momento in cui esso venisse a mancare. Nella prima ipotesi, che richiama il concetto della cd. «invalidità iniziale», si parlava talvolta anche di «negozio imperfetto» (*negotium imperfectum* [n. 73]), volendosi con ciò intendere che il negozio era già chiaramente prefigurato dal concorso di molti tra i requisiti occorrenti, ma non poteva dirsi giunto ancora a compimento (a «*perfectio*»); nella seconda ipotesi, che richiama il concetto della cd. «invalidità sopravvenuta», il negozio, da completo che era, diveniva non piú utilizzabile, cioè (se si vuole ricorrere a questa analogia) incontrava il momento della sua morte.

(*c*) Il **negozio disattivato** era quello inizialmente utile, ma reso inutile successivamente mediante un provvedimento giurisdizionale «costitutivo» [n. 21] richiesto da chi avesse interesse alla sua inutilizzazione (mediante *denegatio actionis, exceptio, restitutio in integrum* o addirittura mediante esplicito «annullamento»). Fu per questa via che in qualche modo si profilò, in periodo postclassico, il concetto oggi corrente di «annullabilità» (o «impugnabilità») del negozio.

La giurisprudenza romana dei tempi storici (a partire da quella preclassica) fu sempre orientata verso il **principio di utilizzazione negoziale**, cioè verso il principio di «conservazione del negozio» (sopra tutto se *mortis causa*), piuttosto che verso la caducazione delle manifestazioni di autonomia privata. La **sanatoria dei vizi** inficianti un atto giuridico venne, di solito, attuata: o sotto specie d'interpretazione cd. «correttiva», oppure sfruttando la peculiarità di essere il diritto privato costituito dalla concorrenza di diversi sistemi giuridici (e, in particolare, dalla concorrenza del *ius civile* e del *ius honorarium*) nel regolamento in modi diversi delle stesse fattispecie. Accadde perciò, non infrequentemente, che negozi invalidi o inefficaci per il primo sistema fossero resi utilizzabili nella vita giuridica sulla base del sistema concorrente e viceversa. E quando non parve possibile far ricorso ad una sapiente interpretazione ovvero ai mezzi processuali messi a disposizione dal pretore (*denegatio actionis, exceptio* ecc.) la giurisprudenza sollecitò l'emanazione di provvedimenti normativi che autorizzassero procedimenti conservativi di atti giuridicamente non vitali.

A voler sintetizzare, le **tecniche di utilizzazione dei negozi malformati** elaborate dalla giurisprudenza furono prevalentemente: *a*) quella della riduzione del negozio; *b*) quella della convalidazione; *c*) quella della conversione.

La **riduzione del negozio** si verificava tutte le volte in cui il negozio fosse parzialmente inutile, ma le sue finalità (o talune sue finalità) potessero essere realizzate con quanto in esso vi fosse di utilizzabile, lasciando inalterato il tipo di atto posto in essere: in tal caso, si considerava inesistente la parte inutile e si conservava quella sana (*«utile per inutile non vitiàtur»*: ciò che è utile non viene viziato per via di ciò che è inutile).

La **convalidazione del negozio** (o «validità sopravvenuta») derivò dalla prassi (e poi dal concetto) dell'annullabilità: essa si aveva per decadenza del mezzo concesso per ottenere l'annullamento (cd. «convalescenza» del negozio), o per acquiescenza da parte di chi avrebbe avuto il potere di chiedere l'annullamento, oppure per ratifica o conferma o reintegrazione dell'atto nella totalità dei suoi requisiti, o infine per sanatoria dei vizi dell'atto disposta dal provvedimento di governo (cd. «conservazione legale»).

La **conversione del negozio** si verificava tutte le volte in cui il negozio fosse totalmente e perpetuamente inutile, ma ciò non ostante, sempre che la volontà dell'autore o degli autori non fosse chiaramente contraria, potessero essere almeno in parte realizzati con i suoi elementi, idoneamente acconciati in un altro stampo negoziale, i fini pratici che esso tendeva a realizzare.

In **diritto postclassico** le tecniche accennate di consolidazione degli atti giuridici furono precisate, discriminate ed autorizzate, almeno in teoria, su piú larga scala. In particolare, numerosi furono i casi di «riduzione» dei negozi per invalidità parziale e quelli di «convalidazione» degli stessi per scomparsa di elementi originariamente invalidanti (o non piú valutati come incidenti indelebilmente sull'atto). Senonché l'utilizzazione dei negozi giuridici perse la sua natura di procedimento interpretativo (empirico, sí, ma proprio per ciò facilmente attuabile nelle piú disparate fattispecie), e si cristallizzò in schemi rigidi: schemi suggestivi in astratto, ma in pratica di difficile applicazione.

17. *La struttura dei negozi giuridici.* — Come abbiamo visto dianzi, gli **elementi essenziali** di ogni negozio giuridico possono ridursi a tre: *a*) la «volontà» dell'autore (o degli autori), la quale è indirizzata da chi la pone in essere, non solo al compimento dell'atto in sé, ma anche alla determinazione dei suoi effetti ordinativi; *b*) la «forma» (o «manifestazione»), la quale riveste esteriormente la volontà e la rende perciò conoscibile agli altri soggetti dell'ordinamento; *c*) la «causa» (causa «finale»), la quale è la funzione oggettiva dell'atto, cioè lo scopo che esso è concretamente in grado di realizzare (anche se l'autore voglia qualcosa di piú o di diverso). Dei tre elementi parleremo in quest'ordine: forma, causa, volontà, riservando la trattazione di quest'ultima al paragrafo successivo [n. 18].

(*a*) Lo studio dell'elemento della **forma negoziale** invita a ritenere, sia pure induttivamente, che nei tempi piú antichi, e particolarmente nel sistema originario del diritto quiritario, la distinzione tra mero atto giuridico e negozio giuridico non fu ancora posta, né fu addirittura proponibile. Come vedremo essere avvenuto per le azioni giudiziarie esercitate a difesa dei proprî diritti [n. 22], cosí anche per gli atti extragiudiziari compiuti allo scopo di determinare vicende giuridiche (cioè la produzione, la modificazione e l'estinzione dei rapporti giuridici) gli effetti furono fatti dipendere esclusivamente dai loro modi d'essere estrinseci, dalla loro **stilizzazione esteriore**, insomma dalla loro «forma», senza che assumessero alcuna rilevanza la causa e la volontà intrinseche al comportamento dell'autore: era sufficiente che essi fossero autorevolmente indicati ai cittadini dai sacerdoti «pontefici» (*pontífices*) nell'esercizio della loro attività di assistenza ai privati. La lenta **emersione della struttura completa** del «negozio giuridico» ebbe inizio, solo nell'ambito del periodo arcaico avanzato e si chiarí e articolò, sia pure disordinatamente, solo nei periodi successivi.

Nel diritto privato classico e postclassico si può comunque dire con sicurezza che la regola sempre piú diffusa passò ad essere quella della **forma libera** degli atti negoziali: gli autori dei negozi erano, di norma, liberi di manifestare le loro volontà nel modo (verbale, gestuale, scritto) che meglio credessero. Le vecchie formalità caddero pertanto progressivamente in disuso, anzi in età postclassica furono in gran parte addirittura abolite: i soggetti giuridici o evitarono di farvi ricorso, preferendo negozi a forma libera, oppure le ridussero a «clausole di stile» inserite tanto per far intendere che anche la formalità civilistica era stata, ad ogni buon conto, soddisfatta e tanto per poter assicurare ai diritti nascenti dal negozio an-

che la tutela delle azioni civilistiche (es.: l'*actio ex stipulatu*) connesse ai negozi formali del vetusto diritto civile.

Tuttavia, mentre si verificava questo progressivo scadimento delle vecchie forme civilistiche, andò diffondendosi, dapprima nella prassi negoziale classica e postclassica e poi anche nelle normative del diritto nuovo postclassico, una nuova specie di formalità: la **scritturazione** (*scriptúra*), cioè, la traduzione in documenti scritti delle volontà negoziali. I negozi di maggior rilievo non furono dunque lasciati al labile ricordo connesso ad una manifestazione meramente orale o gestuale della volontà dei loro autori. Dapprima gli autori usarono corredarli di una forma scritta a pure finalità di dar prova dell'atto (*ad probationem*); di poi, in età postclassica, fu lo stesso ordinamento ad esigere, naturalmente in ordine ai negozi di piú spiccata importanza sociale, che la forma scritta fosse «vincolata», quindi obbligatoria, talvolta non solo a fini di prova, ma addirittura come requisito di esistenza dell'atto (*ad substantiam*).

I **negozi formali** (cioè a forma vincolata) del diritto privato classico e postclassico saranno descritti nei capitoli V-XIV, ma è opportuno sin d'ora distinguerli in quattro gruppi: *a*) negozi librali; *b*) negozi verbali; *c*) negozi documentali; *d*) negozi a forma complessa.

(*a*[1]) I **negozi librali** (o «*gesta per aes et libram*») erano quelli derivanti dall'antichissimo diritto quiritario e dal pur esso molto antico negozio della «mancipazione» (*mancipatio*) precivilistica [n. 28]. Essi servivano a far acquistare ad un soggetto giuridico (il *mancipio accipiens*) diritti assoluti sui sottoposti liberi, sulle cose màncipi, sul patrimonio, eventualmente sulla stessa persona di un altro soggetto giuridico consenziente. Siccome tali negozi si compivano con la cooperazione di un portatore di bilancia (*libripens*: da *libra*, bilancia), il quale in antico pesava il bronzo non coniato (*aes rude*) dato in cambio dell'oggetto acquistato, furono usualmente qualificati «librali». Tali: la mancipazione [n. 44], l'autovincolamento come *nexus* [n. 10], il pagamento librale [n. 62].

(*a*[2]) I **negozi verbali** erano caratterizzati dalla pronuncia di precise e inderogabili espressioni orali (*certa verba*). Anche quando la pronuncia di queste formule si verificava davanti a testimonî (ed è da credere che fosse un'ipotesi praticamente frequentissima) la testimonianza degli astanti e la documentazione scritta del negozio (cioè la *testàtio*) non costituivano requisiti sostanziali. Il campo di esplicazione dei negozi verbali fu duplice: *a*) quello della costituzione, modificazione od estinzione di rapporti obbligatori sopra tutto mediante «stipulazione» (*stipulatio* [n. 67]); *b*) quello delle solenni disposizioni di ultima volontà nel «testamento» [n. 91]. L'inverso (l'*actus contrarius*) della stipulazione, utilizzato per estinguere il rapporto obbligatorio da esso creato, fu la cd. «accettilazione verbale» (*acceptilatio verbis* n. 62]).

(*a*[3]) I **negozi documentali** erano caratterizzati da una forma vincolata scritta [n. 69], possono suddistinguersi in tre gruppi: *a*) un primo gruppo costituito dal-

l'antichissima «*expensilatio*» e dalla cd. «*acceptilatio litteris*» che ne costituiva l'inverso; *b*) un secondo gruppo costituito dai «chirografi» (*chirographa*) e dalle «singrafe» (*syngraphae*); *c*) un terzo gruppo costituito da quelle svariate «scritturazioni» (*instrumenta*) che passarono ad essere richieste, sopra tutto in età postclassica, talora a fini di prova e talora a fini di sostanza, per le disposizioni di ultima volontà, per le donazioni, per i trasferimenti immobiliari e per altri negozi di particolare rilievo: scritture connotate solitamente dal fatto della partecipazione all'atto di un certo numero di testimonî, di ciascuno dei quali portavano i suggelli personali ed eventualmente le sottoscrizioni.

(*a*[4]) I **negozi a forma complessa**, taluni di origine assai risalente, talaltri di formazione classica o addirittura postclassica, vanno distinti in due gruppi: *a*) un primo gruppo costituito da negozi in cui concorrevano formalità di diverso tipo; *b*) un secondo gruppo costituito da negozi in cui si verificava, per l'importanza dell'atto, la partecipazione ad esso di soggetti o di enti pubblicistici. Tali la «*in iure cessio*» [n. 44], la «*manumissio censu*» [n. 46], il «*testamentum calatis comitiis*» [n. 91], l'«*adrogatio*» [n. 34], l'«*emancipatio*» [n. 34], il «*testamentum per aes et libram*» [n. 91], gli «*instrumenta*» di cui si è detto.

(*b*) La rilevanza della **causa negoziale** (cioè della «funzione oggettiva») nei negozi del *ius privatum* ebbe inizio, ovviamente, solo in coincidenza con l'epoca e con le occasioni in cui la forma perse in Roma il suo carattere esclusivistico originario: dunque, in approssimativa coincidenza con il passaggio dal periodo arcaico a quello preclassico (sec. V-IV a. C.). Anzi va aggiunto che, sebbene la fine dell'esclusivismo della forma abbia implicato in linea astratta la possibilità di una rilevanza giuridica sia della causa sia della volontà, in concreto l'emersione dell'elemento causale deve aver **preceduto** a sua volta di parecchio, negli interessi della giurisprudenza romana, quella dell'elemento della **volontà negoziale**. Fino al periodo preclassico già piuttosto avanzato (diciamo pure: fino alle nuove impostazioni determinate dal nascente diritto civile nuovo e poi dal diritto onorario) raramente si ebbe cura, in sede di interpretazione del negozio, di andare oltre la scorza esteriore della manifestazione: sicché, quando sorgevano questioni piú sottili circa la vera portata del negozio (circa la sua vera attitudine a produrre certi effetti giuridici, e non altri), si procedeva, ma nel contempo ci si limitava, all'accertamento della funzione oggettiva dell'atto, vale a dire all'accertamento di quella che noi oggi sogliamo denominare la causa negoziale.

Ad ogni modo, tralasciando altre induzioni piú minute e perciò appunto piú incerte, veniamo all'**assetto del diritto privato classico e postclassico**. In esso la causa rivelò la sua importanza sotto un duplice aspetto: *a*) ai fini della qualificazione dell'atto negoziale come lecito, e quindi come

produttivo di effetti giuridici conformi alla volontà manifestata dal suo autore; *b*) ai fini della sua «individuazione tipica», e quindi ai fini della determinazione del regolamento ad esso applicabile.

(*b*1) Ai fini della **qualificazione come negozio lecito** occorreva che la causa negoziale non fosse chiaramente ritenuta come «illecita». La **illiceità** si verificava nelle seguenti ipotesi: *a*) contrarietà della causa ai «principî fondamentali del diritto privato»: casi del «negozio nefando» (*negotium nefàrium*, contro i principî dettati dal *fas* divino) e del «negozio ingiusto» (*negotium iniústum*, in senso stretto); *b*) contrarietà della causa a taluni «provvedimenti di governo» (e cioè, per antonomasia, alle *leges*): casi dei «negozi illegittimi» (*negotia contra legem*) e dei «negozi in frode alla legge» (*negotia in fraudem legis*: solo apparentemente leciti, ma diretti in realtà ad aggirare un divieto di legge); *c*) contrarietà della causa alle «regole del buon costume» (*boni mores*: quindi *negotia túrpia*).

(*b*2) Ai fini della precisa **individuazione dei varî negozi** (leciti) la causa serviva a distinguere: *a*) i «negozi di gratificazione» o «a titolo gratuito» (con prestazione di una sola parte verso l'altra) dai «negozi di corresponsione» o «a titolo oneroso» (con prestazioni reciproche tra le parti); *b*) i negozi (di corresponsione) «a prestazioni disuguali» da quelli «a prestazioni uguali»; *c*) negozi «a prestazioni corrispettive» da quelli «a prestazioni non corrispettive».

I **negozi a prestazioni corrispettive** (anche detti, dal greco «sinallagmatici») erano quei negozi plurilaterali a titolo oneroso che implicassero una interdipendenza tra gli obblighi (e le prestazioni relative) delle parti. A seconda del modo in cui tale interdipendenza si verificava, si distinguevano tre specie di **sinàllagma**: *a*) il «sinàllagma genetico», quando l'obbligo di una parte verso le altre sorgeva solo se ed in quanto sorgessero gli obblighi reciproci delle altre parti; *b*) il «sinàllagma condizionale», quando l'obbligo assunto da una parte verso le altre si estingueva se si estinguessero gli obblighi assunti dalle altre parti nei suoi confronti; *c*) il «sinàllagma funzionale», quando l'esecuzione della prestazione di una parte implicava la necessità che fossero eseguite le controprestazioni delle altre parti.

Di notevole rilevanza fu il fenomeno delle **cause a negozi plurimi**, cioè di certe funzioni sociali che non disponevano di corrispondenti e specifiche strutture negoziali, ma che potevano essere espletate mediante il ricorso ai piú diversi e svariati negozi (astratti o causali che fossero).

Gli esempi piú vistosi sono tre: *a*) il caso della **causa di dote** (*causa dotis*), cioè della funzione sociale (molto sentita nei ceti medio-alti della società romana) avente

ad oggetto la costituzione di una «dote» (*dos*): causa che disponeva di tre possibilità di realizzazione negoziale [n. 37]; *b*) il caso della **causa transazionale** (*causa transactionis*), cioè della funzione sociale, resa sempre piú frequente dall'incremento della vita degli affari, avente ad oggetto la chiusura di una lite mediante reciproche concessioni tra le parti: caso che poteva realizzarsi in molteplici modi negoziali e che solo in periodo classico avanzato dispose (nei limiti, peraltro, del cd. «*do ut*») anche di un apposito negozio bilaterale (la cd. *transactio* [n. 80]); *c*) il caso della **causa di donazione** (*causa donationis*), cioè della funzione sociale avente ad oggetto una «liberalità», l'incremento del patrimonio di un beneficiario (il «*donatàrius*») per effetto di un corrispondente decremento del patrimonio di un beneficiante (il «*donàtor*»), senza che vi fosse nessuna ragione di debito del secondo verso il primo («*nullo iure cogente*»): finalità, quest'ultima, che, sino a quando una decisa svolta non fu impressa dall'imperatore Costantino in periodo postclassico per il «patto di donazione» (*pactum donationis* [n. 79]), poté essere realizzata mediante il ricorso a negozi di ogni tipo, anche se formalmente a titolo oneroso (negozi traslativi del dominio o costitutivi di altri diritti reali, negozi costitutivi di obbligazioni del donante verso il donatario, negozi estintivi di obbligazioni del donatario verso il donante o persino verso un terzo creditore del donatario). Per disposizione dell'autorevole legge Cincia (*de donis et munèribus*, 204 a. C.) furono tuttavia proibite le «donazioni smodate» (cioè al di sopra di un certo limite: il cd. *modus legis Cinciae*) tra «estranei» (non parenti, affini od altre persone di stretta familiarità), sia che avessero carattere di liberalità motivate esclusivamente dal piacere di arricchire il beneficiario (*dòna*), sia che avessero carattere di liberalità motivate da doveri impegnativi solo sul piano sociale (*múnera*: es., regali di nozze, regali di compleanno, contributi del liberto a spese eccezionali sostenute dal patrono, «palmarî» o premi speciali offerti dai clienti agli avvocati in auspicio del loro maggiore impegno o in rapporto al felice esito della loro difesa).

18. *La volontà negoziale.* — Nei negozi del diritto privato il terzo e piú importante elemento essenziale, quello della **volontà dell'autore o degli autori**, non riuscí mai, sino a tutto il periodo classico (dunque, sino verso il sec. III d. C.), ad acquistare un carattere di completa autonomia rispetto alla forma: mai cioè fu considerata la volontà come qualcosa di completamente distinto dalla manifestazione. Prevalse, nelle valutazioni della giurisprudenza preclassica e classica, l'opinione secondo cui il soggetto giuridico che pone in essere un negozio, anche se non vuole veramente ciò che manifesta, tuttavia non può non rendersi conto del fatto che gli altri soggetti giuridici hanno ogni buona ragione di fare **affidamento sulla manifestazione esteriore** e che pertanto egli è, di regola, responsabile di averla effettuata. Solo in età postclassica, e piú a titolo di cerebrine esercitazioni di scuola che non a fini di pratiche applicazioni al diritto vigente, si manifestò l'orientamento verso una netta distinzione tra volontà interna

e manifestazione esterna, e si sviluppò pertanto il problema delle cause e degli effetti di una discordanza tra manifestazione e volontà. Ma anche quando si giunse ad affermare nel piú rigido dei modi che il negozio non vale nulla se la forma non corrisponde alla volontà reale del suo o dei suoi autori, subito si aggiunse che questo principio subisce un correttivo in due sensi: sia per la menzionata necessità di tutelare l'«affidamento altrui», sia per l'opportunità di sanzionare il comportamento non adeguatamente responsabile di chi manifesta troppo alla leggera una volontà inesistente o diversa da quella reale.

(*a*) La prima e piú vistosa conseguenza dello stretto **collegamento tra volontà e manifestazione** fu costituita dall'esclusione della possibilità che una volizione, per quanto seria essa fosse, avesse rilevanza giuridica quando non si accompagnasse ad un qualche segno esteriore e inequivoco della sua esistenza e del suo contenuto. Anche i negozi a forma libera dovevano sfociare in una manifestazione comunque rivelatrice della volontà interna. Il **silenzio**, o piú in generale la «inespressione della volontà» (cioè la mancanza di esteriorizzazione della stessa, a mezzo di gesti o di comportamenti concludenti), era indicativo di nulla, e perciò impediva la nascita del negozio a vita giuridica. Dal che non soltanto derivò la irrilevanza della «riserva mentale» (*reservàtio mèntis*), ma derivò altresí, almeno in diritto preclassico e classico, la esclusione del cd. «negozio tacito», cioè del negozio dedotto presuntivamente dal fatto che un soggetto avesse interesse a porlo in essere e non avesse in alcun modo manifestato la volontà di rinunciarvi.

(*a*[1]) Quando fosse a tutti chiaro sin dal primo momento che una certa manifestazione negoziale non corrispondeva ad una reale volontà o corrispondeva ad una volontà diversa da quella manifestata, si parlò solitamente di **negozio fittizio** (*negotium imaginàrium*) o si usarono locuzioni equivalenti (negozio messo in atto «*dícis causa*», cioè a titolo puramente nominale, oppure «*pro forma*», cioè sul piano dell'apparenza). Nelle ipotesi di «negozi totalmente fittizi», cioè palesemente privi di serio contenuto di volontà non trovava luogo nessun effetto giuridico diretto o indiretto: tali erano i casi della volontà manifestata in sede di recitazione teatrale (*iòci càusa*), a fini puramente didattici o esemplificativi (*docendi causa*), a titolo di pura cortesia (*urbanitàtis causa*), durante un'evidente accesso d'ira (*iracúndiae causa*), per esclusivo effetto della violenza altrui (*propter vim absolútam*). Nell'ipotesi di «negozi parzialmente fittizi» si procedeva, se ed in quanto possibile, all'utilizzazione del negozio per conversione [n. 16].

Una specie rilevantissima di negozi fittizi era quella dei **negozi indiretti**, cioè palesemente intesi a creare un effetto giuridico diverso da quello indicato dalla manifestazione esterna: ipotesi nelle quali trovava luogo (se lecito) l'effetto giuridico indiretto. Si trattava, di solito: *a*) di negozi di antica data che erano stati adattati a diverse esigenze posteriori (si pensi alla mancipazione [n. 44], che da originario negozio di scambio di una cosa mancipi con un controvalore espresso in bronzo da pesare divenne in tempi storici un negozio traslativo del dominio anche a titolo gratuito o contro il pagamento di una simbolica moneta di minimo valore); *b*) oppure di negozi di data relativamente recente riversati alla meglio entro forme antiche (si pensi alla compera fittizia del patrimonio ereditario effettuata nel procedimento del testamento librale [n. 91]). Fenomeni tutti spiegabili al lume del tradizionalismo caratteristico dei Romani.

(*a*2) Quando mancasse la evidenza del negozio fittizio, quando cioè vi fosse una **discordanza non evidente tra volontà e manifestazione**, l'orientamento dominante, sopra tutto in età preclassica e classica, fu di non tenerne conto, e quindi di riconoscere come valido il negozio apparente. Tuttavia, sia pure **in casi singoli** e non come regola generale, si ritenne inutile il «negozio apparente» (e quindi inesistente la volontà manifestata, oppure valida la diversa volontà reale dell'autore o degli autori del negozio), purché concorressero questi tre requisiti: che la causa della discordanza (cioè la *vis absoluta*, l'errore di manifestazione ecc.) venisse **chiaramente provata**; che il comportamento dell'autore della manifestazione (interessato ad ottenere piú tardi l'inutilizzazione del negozio) apparisse **oggettivamente scusabile**; che non fossero lesi gli **interessi dei terzi** estranei al negozio. Spunti, questi, che solo nell'evoluzione post-romana si sono trasformati in regole di diritto.

In particolare, se in relazione ad un negozio bilaterale fosse intervenuto occultamente tra le parti un **accordo simulatorio** (inteso ad evitare in tutto o in parte la produzione degli effetti scaturenti dal negozio apparente), già la giurisprudenza classica manifestò una certa inclinazione (esaltata poi dalla giurisprudenza postclassica) a conferirgli rilevanza tra le parti: nel senso cioè che, ove della simulazione si fosse data sicura prova, il negozio apparente (simulato) valeva di fronte ai terzi, ma era privo di effetti (in tutto o in parte) tra i suoi coautori, per i quali valeva il negozio realmente voluto (e dissimulato).

Ipotesi del tutto anomala di accordo simulatorio fu costituita dalla **intesa fiduciaria** (*fiducia*), cioè dalla corrispondenza puramente fiduciaria tra la volontà di due o piú soggetti per determinare, tra loro o rispetto a terzi, effetti giuridici non previsti dall'ordinamento giuridico. Le esplicazioni principali di questa ipotesi furono due: *a*) quella del vero e proprio «accordo» tra due soggetti viventi, in forza del

quale il primo (cd. «fiduciante») affidava fiduciariamente al secondo (cd. «fiduciario») il compito di porre nel nulla totalmente o parzialmente, dopo qualche tempo o subordinatamente a certe condizioni, gli effetti di un negozio intervenuto tra i due [n. 57 e 70]; *b*) quella della volontaria adesione del fiduciario (anche senza un preventivo accordo intervenuto col fiduciante) alla richiesta rivoltagli dal fiduciante di distribuire i beni ricevuti in eredità da costui nei modi dallo stesso indicati (caso, ad esempio, del «fedecommesso» [*fideicommissum*: n. 96]). A rigor di diritto le richieste dei fiduciarî non erano vincolanti per i fiduciarî: tuttavia, in talune evenienze particolarmente diffuse nel costume sociale, una tutela piú o meno vasta fu accordata ai beneficiarî, nei modi che vedremo a suo tempo, sopra tutto dal diritto onorario e dal diritto nuovo dei principî.

(*b*) I problemi piú gravi, oltre tutto perché relativi ad ipotesi assai frequenti, furono sollevati dalla **formazione viziosa della volontà manifestata**, cioè dal fatto che un soggetto si fosse indotto ad un negozio (unilaterale o plurilaterale) senza la indispensabile libertà di valutazione o di decisione. La rilevanza sempre piú accentuata di queste ipotesi si manifestò a partire dal periodo preclassico, in correlazione col diffondersi della vita degli affari e col connesso moltiplicarsi delle questioni sollevate, a riflessione piú fredda, dalle vittime della malformazione della volontà. Il diritto civile offrí in proposito possibilità di reazione molto scarse, salvo che nei casi in cui la giurisprudenza riscontrasse errori vistosi nei quali fosse incorso per sua inefficienza l'autore del negozio, e ne deducesse l'inutilità totale o parziale del negozio stesso. Molto piú avanti si spinse il diritto onorario a causa della frequente e vasta iniziativa dei magistrati giusdicenti di intervenire contro coloro che eventualmente l'errore, o piú in generale il vizio del volere, lo avessero scientemente provocato, o almeno favorito, in un altro soggetto (in una «vittima» del loro comportamento non corretto, sostanzialmente illecito). Di qui la distinzione, divenuta sempre piú netta e piú articolata nel corso del periodo classico, tra le ipotesi: *a*) di dolo malevolo; *b*) di violenza morale; *c*) di errore non causato né da dolo né da violenza morale.

(*b1*) Per **dolo malevolo** (*dolus màlus*) si intese il comportamento inescusabilmente malizioso di un soggetto (*decèptor*, raggiratore), nei riguardi di un altro soggetto (*decèptus*, raggirato), con cui fosse in trattative o in rapporti giuridici già costituiti, esercitato allo scopo e con gli effetti di indurlo ad un'azione pregiudizievole ai proprî interessi («*omnis calliditas fallacia machinatio ad circumvenièndum fallèndum decipièndum àlterum adhìbita*»). L'azione del raggiratore consisteva nell'aver superato i limiti di una tollerabile «abilità negoziale» nella cura dei proprî interessi (cioè i li-

miti del cd. *dolus bonus*), creando apparenze esteriori o situazioni psicologiche tali da portare la vittima a prendere decisioni chiaramente contrarie alla propria utilità economica e inducendola quindi, nel caso piú frequente, a concludere un negozio del tutto antieconomico. A questa larghissima accezione della figura del dolo si giunse, dalla giurisprudenza preclassica e classica, non senza resistenze e discussioni; ma è certo che, quando vi si pervenne, la repressione onoraria relativa costituí un'utilissima difesa contro le piú svariate violazioni del principio di correttezza nelle relazioni intersoggettive [n. 87].

In età classica i mezzi giuridici intesi a combattere il *dolus malus* erano tre: *a*) l'«eccezione di dolo» (*exceptio doli*); *b*) la «reintegrazione della vittima decretata dal magistrato» (*in integrum restitutio ob dolum*); *c*) in ultima analisi, l'«azione di dolo» (*actio de dolo*) penale. Ma sia precisato subito che questi mezzi si applicavano solo alle ipotesi (piú gravi) di **dolo determinante** (*dolus causam dans*), cioè di dolo che avesse determinato il soggetto a concludere un negozio che mai avrebbe altrimenti concluso. Ai casi di «dolo incidentale» (*dolus* [*malus*] *incidens*), cioè di raggiro che avesse indotto un soggetto a concludere il negozio a condizioni piú onerose di quelle che avrebbe diversamente voluto, sarebbe stato eccessivo applicare rimedi troppo radicali e si provvide caso per caso, con espedienti varî, al fine di realizzare una «riduzione» delle condizioni negoziali ad equità.

(*b*2) Per **violenza morale** (*vis compulsiva*) ovverossia per «timore negoziale» (*metus*), si intese la situazione di oppressione psichica in cui taluno (il *coàctus*, il «costretto») avesse compiuto un'attività giuridica, e in particolare un'attività negoziale, subendo la ingiusta minaccia [n. 87] di altra persona (controparte di un negozio bilaterale o terzo estraneo al negozio). Non sempre, ovviamente, il timore negoziale aveva rilevanza giuridica: solo se esso era stato determinato dalla minaccia di un male notevole (alla persona stessa del *coactus* o alle persone di suoi stretti congiunti) e solo se il male minacciato aveva carattere di illecito morale o giuridico, il pretore ritenne iniquo che la vittima della minaccia subisse le conseguenze di una attività svolta in istato di menomazione della sua volontà. Pertanto egli concesse anche alla vittima (al *coactus*): *a*) un'«eccezione di timore» (*exceptio metus*); *b*) una «reintegrazione d'autorità» (*in integrum restitutio ob metum*); *c*) un'«*actio quod metus causa*» penale.

(*b*3) L'**errore di fatto** (*èrror facti*) fu concepito come la ignoranza totale o parziale di una circostanza di fatto, dalla quale fosse dipesa la decisione del soggetto a concludere il negozio. Non si sottilizzò circa il punto

se l'errore avesse determinato piuttosto la formazione della «volontà» negoziale, che un'inesatta «manifestazione» della stessa o l'«incomprensione» della manifestazione di una controparte: comunque fossero andate le cose, la giurisprudenza classica fu decisamente orientata nel considerare inutile (nel senso di invalido) ogni negozio a forma libera, se risultasse chiaramente provato che l'autore o uno soltanto dei suoi autori vi si fosse indotto a séguito di una qualsivoglia cognizione falsa della situazione di fatto relativa, cioè a séguito di un errore di fatto. Furono però richiesti all'uopo, almeno in linea di massima, due requisiti: *a*) che l'errore fosse «essenziale», cioè tale da potersi ragionevolmente escludere che senza di esso il negozio sarebbe stato concluso; *b*) che l'errore fosse altresí «scusabile», cioè tale da potersi ragionevolmente tollerare in una persona di normale intelligenza e diligenza. Un negozio esclusivamente derivato da un errore di fatto, per di piú oggettivamente scusabile, fu ritenuto, in altri termini, un fatto incompatibile con la serietà della vita giuridica, un negozio inutilizzabile non soltanto dal soggetto caduto in abbaglio, ma anche (trattandosi di negozio giuridico bi- o plurilaterale) dalle controparti, specie quando l'errore fosse da queste ultime, con una dose normale di diligenza, autonomamente «riconoscibile». Il che dalla giurisprudenza postclassica non soltanto fu ribadito, ma fu addirittura elevato a dogma valevole indistintamente per ogni specie di negozio, anche se a forma vincolata: dogma espresso solitamente dicendo che la volontà dell'errante è nulla («*errantis nulla volúntas est*»).

Le numerose ipotesi di *error facti* considerate nelle fonti romane possono essere approssimativamente catalogate nelle seguenti categorie: *a*) «*error in corpore*», cioè errore nella identificazione dell'oggetto giuridico cui il negozio si riferisse, che era normalmente rilevante; *b*) «*error in substantia*», cioè errore sulle qualità essenziali dell'oggetto, che era anche esso normalmente rilevante; *c*) «*error in quantitate*», cioè errore sulle dimensioni quantitative dell'oggetto, che era ritenuto rilevante sopra tutto nei casi in cui risultasse che l'oggetto era di dimensioni (e valore) inferiori al previsto; *d*) «*error in persona*», cioè errore sulla identificazione del soggetto giuridico a cui il negozio si riferisse, che aveva rilevanza specialmente nei negozi conclusi «*intúitu personae*», vale a dire essenzialmente perché riferiti ad un certo soggetto; *e*) «*error in negotio*», cioè errore nella adozione del tipo di negozio considerato (es.: una vendita invece di una locazione), che era normalmente rilevante, salvo quando l'equivoco vertesse unicamente sulla denominazione formale del negozio (cd. «*error in nomine*»); *f*) «*error in demonstratiòne*», cioè errore nella designazione esteriore di un soggetto o di un oggetto giuridico, senza che ne derivasse equivoco circa la sua identificazione, che era normalmente irrilevante («*falsa demonstratio non nocet*», la falsa designazione non nuoce).

Assolutamente inescusabile (anzi addirittura irrilevante giuridicamente) fu sempre dichiarato, in tutto il corso del diritto romano, l'**errore di diritto** (*error iuris*), cioè l'ignoranza totale o parziale di una norma giuridica (*ignoràntia iuris non excúsat*). Furono solo ammesse risicate eccezioni per particolari categorie di soggetti meno atti ad una perfetta conoscenza dell'ordinamento giuridico: le donne, i minori di età, i militari, i villici.

19. *Le clausole accidentali dei negozi giuridici.* — Larga ed approfondita elaborazione, causa la loro grande diffusione nella pratica, ebbero in diritto romano talune **clausole accidentali** dei negozi giuridici: clausole cosí dette (*accidentàlia negotii*) perché non essenziali all'esistenza del negozio, ma inserite in esso per esclusiva decisione dell'autore o degli autori dello stesso. Per esempio: la clausola che limita la normale misura di responsabilità di un contraente in caso di suo inadempimento contrattuale; la clausola che esclude la esigibilità del credito in determinate contingenze o in un certo periodo di tempo; e cosí via dicendo.

Le clausole accidentali giunsero a distinguersi, nel corso del periodo classico in **due categorie** ancor oggi generalmente riconoscibili nei diritti moderni: *a*) quella delle clausole influenti sulla efficacia del negozio, tali cioè da far dipendere la efficacia (o inefficacia) del negozio da una determinata circostanza; *b*) quella delle clausole non influenti sulla efficacia del negozio, che si limitavano a collegare al negozio, in via accessoria, altri effetti giuridici (es.: la comminatoria di una penale nell'ipotesi del verificarsi di una certa circostanza).

(*a*) Tra le **clausole non influenti** sulla efficacia del negozio ebbe larga applicazione la **clausola modale**, utilizzata solo nei negozi a titolo gratuito (es.: attribuzioni testamentarie, donazioni). Essa consisteva nella imposizione al destinatario della gratificazione di un «modico onere» (*modus*): tale (per la sua modicità) da non trasformare l'atto stesso in atto di corresponsione (es.: obbligo di erigere un monumento funebre al beneficiante, di devolvere una quota dei beni ricevuti a giuochi pubblici ecc.). Se l'onerato non adempiva l'obbligo modale, il negozio di gratificazione era, di regola, egualmente efficace, sicché per costringere l'onerato all'adempimento o al risarcimento dovette farsi ricorso ad espedienti varî. Espedienti di creazione degli stessi autori del negozio furono, ad esempio: la stipulazione di una penalità che il beneficiario si impegnava a pagare in caso di mancato adempimento, l'imposizione di multe sepolcrali a carico del legatario inadempiente. Espedienti di creazione giurisdizionale furono: la ripulsa dell'azione (*denegatio actionis*) del legatario che chiedesse la cosa legata all'erede senza aver adempiuto l'onere, l'imposizione al beneficiato di una preventiva promessa cautelativa, il trattamento della disposizione testamentaria modale come «fedecommesso» a favore del bneficiario del *modus*.

(*b*) **Influenti sulla efficacia del negozio** furono la clausola terminale e la clausola condizionale, il cui pieno riconoscimento avvenne a séguito di lenta progressione e fu portato a compimento solo nel periodo postclassico.

(*b*[1]) La **clausola terminale** stabiliva che l'efficacia totale o parziale del negozio dipendesse da una circostanza futura ma certa (certa nel verificarsi, se non anche nel momento in cui si sarebbe verificata) detta **termine** (*dies*). Si distingueva, quindi: *a*) tra termine «certo nel se e nel quando» (*dies «certus an et quando»*) e termine certo nel se, ma incerto nel quando (*dies «certus an incertus quando»*); *b*) tra termine «iniziale» (*dies a quo*), determinante l'inizio dell'efficacia del negozio, e termine «finale» (*dies ad quem*), determinante la fine dell'efficacia del negozio.

(*b*[2]) La **clausola condizionale** stabiliva, a sua volta, che l'efficacia totale o parziale del negozio dipendesse da una circostanza futura ed incerta, detta **condizione** (*condicio*). Si facevano in proposito tre ordini di classificazione: *a*) tra condizioni «positive» e «negative», a seconda che l'avvenimento condizionante consistesse nel verificarsi (es.: «se la nave arriverà») o nel non verificarsi (es.: «se la nave non arriverà») di un fatto; *b*) tra condizioni «casuali», «potestative» e «miste», a seconda che il verificarsi o non verificarsi della circostanza dipendesse dal caso (o dalla volontà di un terzo), oppure dalla volontà di una delle parti del negozio, o infine da ambedue queste cause (es.: «se sposerai Tizia»); *c*) tra condizioni «sospensive» (*quibus suspènditur*), determinanti l'inizio degli effetti negoziali (e quindi la sospensione del negozio in attesa del loro verificarsi), e condizioni «risolutive» (*quibus resòlvitur*), determinanti la cessazione degli effetti negoziali.

Non tutti i negozi erano, peraltro, passibili di sottoposizione a termine o condizione. Alcuni tra essi, gli *actus legitimi*, diventavano privi di valore (nulli) se corredati di clausola condizionale o terminale: per esempio i negozi librali [n. 17], con esclusione del testamento. L'istituzione di erede (*heredis institutio* [n. 91]) poteva essere invece sottoposta a condizione, ma non a termine: la clausola terminale che fosse ad essa apposta si aveva come non scritta.

(*b*[3]) In ordine agli **effetti delle clausole terminali e condizionali**, bisogna distinguere tra: *a*) la fase della «pendenza» della circostanza sul negozio, che si concretava in un periodo di tempo piú o meno lungo intercorrente tra la creazione del negozio e il verificarsi della circostanza; *b*) il momento della «verificazione della circostanza», della sua venuta in essere. Durante la **pendenza della circostanza** il negozio versava in uno «stato di attesa»: dunque, trattandosi di circostanze sospensive il negozio era provvisoriamente inefficace, trattandosi di circostanze risolutive il negozio

era provvisoriamente efficace. Con la **verificazione della circostanza**, la sorte degli effetti negoziali si precisava, sicché: *a*) trattandosi di circostanze sospensive il negozio acquistava efficacia; *b*) trattandosi di circostanze risolutive il negozio perdeva efficacia (e conseguentemente cadeva nel nulla). In ambedue i casi ora detti l'effetto decorreva, di regola, dal momento della verificazione della circostanza (*ex nunc*, «da adesso»).

L'**impossibilità sopravvenuta dell'avvenimento condizionante** (es.: la nave che doveva venire dall'Asia è andata a fondo) determinava, ovviamente, l'invalidità del negozio sospensivamente condizionato e la definitiva validità del negozio risolutivamente condizionato. Per ovviare a talune conseguenze inique di questa ipotesi, si affermò già nel periodo classico il principio che la condizione (sospensiva) si dovesse ritenere realizzata a titolo di finzione giuridica nei seguenti casi: *a*) quando la verificazione di essa fosse stata dolosamente impedita da chi avesse interesse ad evitarla; *b*) quando la verificazione di una condizione potestativa o mista fosse stata impedita da una circostanza casuale (o dal rifiuto del terzo di cui fosse richiesta la cooperazione), pur essendo stato fatto tutto il possibile per farla verificare dalla persona tenuta al suo compimento.

(*c*) La particolare complessità delle ipotesi di clausola condizionale implica che si faccia parola di alcune **figure anomale di condizioni** (cioè di avvenimenti condizionanti») quali: quelle apparenti; quelle terminali; quelle meramente potestative; quelle impossibili.

(*c1*) **Condizioni apparenti**, tutte da considerarsi come non apposte al negozio perché superflue, erano: le circostanze già richieste dall'ordinamento (cd. *condiciones iuris*, meglio dette: «presupposti giuridici») e perciò superfluamente nominate dalle parti (es.: «lego 100 a Tizio se il mio *heres voluntarius* [n. 94] accetterà»); le condizioni «soggettivamente incerte» ma oggettivamente certe (es.: «se il re dei Parti è vivo»); le condizioni riferite al presente o al passato (*condiciones «in praèysens vel in praetèritum collàtae»*), cioè non riferite al futuro (es.: «ti dono 100 se la mia nave è già giunta dall'Asia»), che erano anch'esse, in sostanza, condizioni solo soggettivamente incerte.

(*c2*) **Condizioni terminali** erano le circostanze future ma certe (nel se o eventualmente anche nel quando), le quali erano in sostanza dei termini ed appunto perciò funzionavano come termini (es.: «ti darò cento se Tizio morrà», che val dire «ti darò cento nel momento in cui Tizio morrà»).

(*c3*) **Condizioni meramente potestative**, che determinavano sin dal principio l'assoluta inutilizzabilità (invalidità) del negozio, erano le circo-

stanze future e incerte, ma rimesse alla esclusiva volontà dell'unico autore del negozio (es.: «ti darò cento se vorrò») o dei suoi coautori (es.: «ti vendo il fondo Corneliano se ci troveremo d'accordo»), oppure di quello tra i suoi coautori che dovesse subire per effetto del negozio un sacrificio patrimoniale (l'alienante di un diritto o l'assuntore di una obbligazione).

(*c*[4]) **Condizioni impossibili** (*condiciones impossibiles*) erano le circostanze di cui si sapeva sin da principio che non si sarebbero mai potute realizzare (es.: «ti darò cento, se toccherai il cielo col dito»): contro l'ovvia conseguenza che esse comportassero l'invalidità sin dall'inizio del negozio la prevalente giurisprudenza classica ammise tuttavia che nei negozi a causa di morte la clausola relativa dovesse ritenersi come non apposta (*«vitiatur sed non vitiat»*) in considerazione del fatto che il negozio non era piú rinnovabile a causa della morte dell'autore.

Alle condizioni impossibili furono equiparate le **condizioni (potestative) illecite** (*contra ius*) o **turpi** (*contra bonos mores*), per il fatto che subordinavano l'efficacia del negozio ad un'attività inammissibile da parte di un uomo onesto e corretto (es.: commettere un omicidio, prostituirsi, impegnarsi ad una prestazione mediante quell'atto essenzialmente libero e spontaneo che era e doveva essere il giuramento).

(*d*) Un caso di condizione propria, ma con effetti aberranti fu quello della **condizione potestativa negativa senza limiti di tempo**, cioè della condizione sospensiva negativa rimessa alla volontà della persona che traesse vantaggio dal negozio (es.: «lego cento a mia moglie se non si sposerà»). In questa ipotesi gli effetti del negozio non si sarebbero potuti produrre prima della morte del beneficiato, perché non prima di allora si sarebbe avuta la sicurezza del verificarsi della condizione (nell'esempio: mancate nuove nozze). Ad evitare questo inconveniente, il giurista Quinto Mucio Scevola (sec. I a. C.) suggerí ai pretori la prassi, largamente utilizzata, di concedere ai beneficiati l'immediato godimento delle attribuzioni loro fatte, purché promettessero solennemente ai controinteressati, mediante una stipulazione pretoria [n. 26] (cd. *cautio Muciana*), il ripristino della situazione originaria (*restitútio*) nell'ipotesi che compissero in avvenire l'attività dedotta negativamente in condizione.

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

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

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

Questi istituti ebbero nel diritto privato romano un campo di applicazione piuttosto limitato e frammentario. Il principio da cui partivano i Romani (legati come erano ad una atavica concezione «autarchica», autosufficiente della famiglia) fu il principio dell'**esclusivismo dell'agire negoziale**, e cioè il principio che l'attività negoziale potesse e dovesse essere esplicata, con l'aiuto dei suoi sottoposti (figli e schiavi), esclusivamente dal soggetto giuridico che vi avesse interesse, salvo che vi fossero speciali ragioni di necessità o di convenienza acché la gestione degli affari familiari fosse espletata da altri per conto od eccezionalmente anche in nome di lui. I casi di necessità o di convenienza della gestione degli affari familiari per mezzo di un rappresentante diretto o indiretto si accrebbero indubbiamente col passare dei secoli, tuttavia non giunsero mai ad un numero e ad una consistenza tali da schiudere l'orizzonte a quella che è la visuale moderna: la visuale per cui è del tutto indifferente che il negozio giuridico (fatta eccezione per taluni atti «personalissimi», come il testamento) sia posto in essere, piuttosto che dall'interessato, da un rappresentante per lui.

La **storia dell'emersione della rappresentanza** (*negotiorum alienorum gestio*), nei limiti in cui la conobbe il diritto privato romano, può essere condensata nei cenni che seguono.

(*a*) Nel sistema del **diritto civile antico** (*ius civile vetus*), sorto in correlazione ad un'economia agricola familiare di tipo autarchico, fortemente restía agli scambi, il principio esclusivistico fu disapplicato solo in casi di stretta necessità (es.: quello del curatore del pazzo) e nelle ipotesi affini di particolare convenienza quali quelli, già indicati a suo tempo [n. 15], dei **sottoposti** (liberi o schiavi) che compissero affari in luogo del padre o del domino quando costoro fossero impegnati in guerra o nella vita politica.

Ai soggetti giuridici **estranei alla famiglia** era pertanto interdetto, non solo di compiere atti diminutivi del patrimonio di un altro soggetto, ma anche di compiere atti accrescitivi (cioè comportanti acquisti) di quel patrimonio («*per extraneam personam adquiri non potest*», si disse). È peraltro probabile che si sia andato affermando nella pratica quotidiana, sin dagli inizi del sec. III a. C., il ricorso da parte dei soggetti giuridici ad un particolare tipo di soggetto estraneo, affinché li aiutasse ed eventualmente li supplisse nell'amministrazione familiare: il **procuratore** o sovrintendente (*procuràtor*) che era solitamente un liberto [n. 10] il quale esercitava, con la palese fiducia del patrono, mansioni di «factotum» (*procuràtor omnium bonorum*): talora perché espressamente nominato dal patrono e talaltra perché spontaneamente indottosi a curarne gli affari, sopra tutto in ipotesi di sua assenza forzata, a causa del rapporto di patronato.

(*b*) La situazione cominciò ad essere alquanto diversa con la formazione del sistema del **diritto civile moderno** (*ius civile novum*): sistema, come sappiamo, venuto in essere in un'epoca di scambi economici assai intensi e caratterizzato da negozi a forma libera. L'uso, per non dire la necessità, di concludere «negozi a distanza», tra soggetti che non fossero tra loro a personale contatto (*inter absèntes*), valorizzò il ricorso allo scambio di messaggi o all'invio di sostituti materiali, cioè alla negoziazione per lettera (*per epistulam*) o per mezzo di messaggero (*per nuntium*).

Ma non bastava. Spesso occorreva che alla negoziazione a distanza provvedessero, con latitudine di poteri e di iniziative, persone di fiducia in qualità di rappresentanti quanto meno indiretti. Di qui, nel quadro di una vasta rete di rapporti di affari coperta dal contratto di mandato [n. 77], l'affermazione del **mandato nell'interesse del mandante** (cd. *mandatum mea gratia*). Questa prassi agevolò notevolmente l'inserimento parziale dell'istituto del procuratore nel diritto privato: quando il procuratore fosse stato espressamente incaricato del compimento di determinati affari (uno o anche piú) dal soggetto giuridico interessato agli stessi (nel caso quindi del cd. «*procuràtor unius rei*»), era pronta a coprirlo la veste giuridi-

ca di mandatario, con conseguente possibilità di esercizio delle azioni da mandato (*actiones mandati*) tra l'interessato (cd. *dominus negotii*) e lui.

(*c*) Ma il varco piú ampio alle ipotesi di rappresentanza fu aperto dal sistema del **diritto onorario** e dalla connessa riflessione giurisprudenziale preclassica e classica. Le novità furono approssimativamente tre. Un primo gruppo di istituti fu costituito dai **rappresentanti processuali**, di cui parleremo piú oltre [n. 25 *sub a*]: il *còqnitor* (vero e proprio rappresentante diretto) e il *procuràtor ad litem* (rappresentante invece indiretto, e piú precisamente mandatario della parte). Un secondo gruppo di istituti fu costituito da tutta una serie di ipotesi di **rappresentanza indiretta del padre o del domino** da parte dei loro sottoposti (dotati di «mera capacità di agire») o anche, per estensione, da parte di estranei: ipotesi caratterizzate dalla concessione pretoria delle cd. «azioni adiettizie» (*actiònes adiecticiae qualitatis*). Un terzo gruppo fu infine costituito dagli istituti tra loro connessi del **procuratore generale** (*procurator omnium bonorum*) e del **gestore spontaneo d'affari** (*negotiorum gestor*).

(*c*1) Le cd. **azioni adiettizie** (*actiones adiecticiae qualitatis*) furono tutta una serie di azioni concesse nei confronti dei soggetti giuridici (maschi e femmine) ai creditori dei loro sottoposti (figli, schiavi) e di estranei ad essi strettamente subordinati: *a*) l'azione esercitoria; *b*) l'azione istitoria; *c*) l'azione tributoria; *d*) l'azione da benestare; *e*) l'azione per il peculio; *f*) l'azione per il ricavo. La ragion d'essere di queste azioni fu che il sottoposto di un soggetto giuridico (cioè principalmente il suo discendente libero o il suo schiavo), oppure il soggetto estraneo che a lui fosse peraltro palesemente e strettamente subordinato in una certa impresa commerciale, avessero scopertamente compiuto un negozio in qualità di curatori dei suoi interessi, cioè per conto di lui o comunque nella sfera della sua potestà o delle sue direttive. Il fenomeno non poteva non coinvolgere la responsabilità dell'interessato (detto, per antonomasia, il «*dòminus* [*negotii*]») verso i creditori ed era considerato pertanto, se non come un'ipotesi di rappresentanza diretta vera e propria, almeno come un'ipotesi avente una forte approssimazione al concetto di rappresentanza diretta.

L'**azione esercitoria** (*actio exercitòria*) ebbe applicazione nell'ipotesi che un «armatore» di impresa commerciale marittima (*exèrcitor navis*) avesse preposto palesemente (cioè in modo che fosse chiaro a tutti) un suo figlio, un suo schiavo o un suo dipendente al comando di una nave (in qualità di *magíster navis*, capitano della nave), incaricandolo per conseguenza di compiere le operazioni di affari connesse con questa funzione: funzione che portava spesso il sottoposto in luoghi assai distanti da Roma e di fronte a problemi economico-commerciali da risolversi su due

piedi. Per le obbligazioni assunte dal «capitano» nell'esercizio della sua funzione il creditore aveva azione per l'intero (*in solidum*) contro l'armatore (l'*exercitor navis*).

L'azione istitoria (*actio institoria*) ebbe applicazione nell'ipotesi che un soggetto giuridico avesse preposto palesemente (cioè in modo che fosse chiaro a tutti) un figlio, uno schiavo o un estraneo (*servus* altrui o persona libera), alla gestione di una bottega (*tabèrna*) o di una qualunque sua impresa commerciale fuori dell'ambito del commercio marittimo. Il nome di azione istitoria derivò dal fatto che *institor* («preposto») veniva usualmente chiamato l'addetto alla gestione delle botteghe: ciò che lo differenziava da un mandatario era la notorietà rispetto ai terzi della preposizione all'attività commerciale (*praepositio negotiationi*).

L'azione tributoria (*actio tributòria*: in traduzione approssimativa, «azione di attribuzione di parti») si applicò nell'ipotesi che un figlio o schiavo avesse impiegato, in tutto o in parte, in un certo affare, il «peculio» (*peculium* [n. 34]) a lui concesso dal titolare della potestà, essendo quest'ultimo a conoscenza della sua specifica iniziativa. Se in dipendenza dell'affare si determinava uno stato di insolvenza, i creditori erano ammessi ad ottenere dal pretore che il compendio del peculio (la cd. *merx peculiaris*) ed i suoi eventuali successivi incrementi formassero oggetto di una «distribuzione» proporzionale fra tutti (di una *adtribútio* a ciascun creditore di una quota proporzionale al suo avere). Di compiere la ripartizione era incaricato, ovviamente, il soggetto giuridico titolare del patrimonio di cui la *merx peculiaris* faceva parte: l'*actio tributoria* era intesa appunto alla sua condanna nel caso che egli avesse dolosamente attribuito meno del dovuto ad uno o piú creditori.

L'azione da benestare (*actio quod iussu*) fu concessa al creditore di un figlio o schiavo contro il rispettivo padre o padrone nell'ipotesi che l'affare fosse stato compiuto per esplicito benestare dello stesso: nell'ipotesi cioè che il soggetto avesse dato un espresso ordine (*iussum*) al sottoposto, facendolo in qualunque modo sapere al creditore. All'autorizzazione preventiva era equiparata la successiva ratifica (*ratihabitio*).

L'azione per il peculio (*actio de peculio*) fu accordata ai creditori del figlio o dello schiavo contro il padre o padrone, nell'ipotesi che costui, pur non avendo preposto il suo subordinato ad un esercizio commerciale e pur non avendolo autorizzato ad un certo affare col contraente, avesse comunque assegnato al sottoposto la gestione di un peculio. I creditori del sottoposto erano in tal caso ammessi ad agire contro il padre o padrone nei limiti del patrimonio peculiare (*dumtàxat de peculio*).

L'azione per il ricavo (*actio de in rem verso*) fu una variante dell'azione per il peculio. Posto che un figlio o un schiavo privi di peculio, avendo contratto un'obbligazione, avessero «riversato» in tutto o in parte il ricavo dell'affare (ad esempio, la somma ottenuta in mutuo) nel patrimonio (nella «*res*») del loro padre o padrone, si ammetteva il creditore ad agire contro quest'ultimo in ordine al ricavo da lui introitato e nei limiti dello stesso.

(*c*2) Per **gestione di negozio** in senso stretto (*libera negotiorum alienorum gestio*) si intese dai giuristi la cd. «gestione d'affari» spontanea, cioè

l'assunzione spontanea della rappresentanza (indiretta) di un interessato al negozio (*dominus negotii*) impedito di attendere ai proprî affari. Su questo istituto, nella sua veste di fonte di rapporti obbligatorî, ci fermeremo piú in là [n. 82]. Qui basti mettere in rilievo che il diritto onorario riconosceva un'azione «diretta» al titolare dell'affare ed un'azione «contraria» al gestore dell'affare: per effetto di questo riconoscimento era possibile, nella maggior parte dei casi, attribuire conseguenze giuridiche anche alle ipotesi di preposizione di un procuratore (*praepositio procuratoria*).

Nel periodo classico avanzato, e ancor piú decisamente in età postclassica, quando la giurisprudenza romana pervenne alla concezione dell'ammissibilità di un mandato generale, la preposizione procuratoria si riversò quasi integralmente entro gli stampi del mandato o, per converso, della gestione di negozio. Il soggetto che avesse accettato la *praepositio procuratoria* fu qualificato come ***verus procurator*** (procuratore effettivo) e trattato come *mandatarius*, ammettendosi senza difficoltà che potesse essere sia un *procurator omnium bonorum* (generale) sia un *procurator unius rei* (speciale). Il soggetto che non avesse avuto la *praepositio*, ma che in compenso avesse già dato inizio all'attività gestoria nell'interesse del *dominus negotii*, fu equiparato al *negotiorum gestor* e qualificato ***falsus procurator*** (procuratore apparente). Per «*procurator*» in senso proprio si intese, insomma, colui che amministrasse gli affari di un altro su mandato dello stesso («*qui aliena negotia mandatu domini administrat*»).

CAPITOLO IV

LA REALIZZAZIONE COATTIVA DELL'ORDINE PRIVATO

Sommario: 21. La realizzazione coattiva dell'ordine privato. — 22. Le procedure delle azioni di legge. — 23. Le procedure formulari. — 24. La struttura delle formule processuali. — 25. Lo svolgimento del processo formulare. — 26. Gli istituti complementari delle procedure formulari. — 27. Le procedure straordinarie.

21. ***La realizzazione coattiva dell'ordine privato.*** — La realizzazione coattiva dell'ordine giuridico privato (o, detto in altri e piú precisi termini, l'esercizio vittorioso del «potere di azione» da parte del soggetto privato che ne fosse titolare) segnò anche nell'ordinamento giuridico romano, cosí come in varî altri ordinamenti antichi, il fenomeno di un graduale **passaggio dall'autotutela alla tutela statale**: dalla difesa del diritto soggettivo operata direttamente dal soggetto giuridico suo titolare contro chi gli resistesse, e desse pertanto luogo ad una controversia o «lite» (*lis*) tra i due, alla difesa del diritto soggettivo operata dal titolare con l'ausilio degli organi statali di giurisdizione.

Questo processo di transizione si verificò tuttavia in Roma assai piú lentamente, e in certo senso imperfettamente, che altrove. Infatti sin verso la fine del periodo classico il **sistema dell'autotutela** non solo non era scomparso, ma era considerato tuttora, almeno in linea astratta, la regola: e ciò anche se in concreto i soggetti giuridici privati trovavano ormai piú comodo e sicuro ricorrere, col favore di un regime di governo (quello del principato) sempre piú marcatamente autoritario, agli istituti della tutela statale. Solo in periodo postclassico poté parlarsi, su imposizione del diritto nuovo dei príncipi, di una **tutela statale esclusiva**, che quasi del tutto escludesse l'alternativa dell'autotutela, con conseguente piena affermazione del cd. «processo giurisdizionale».

Le linee essenziali del **processo giurisdizionale** furono, in ogni tempo, queste. Gli organi del potere sanzionatorio (*iurisdictio*) si mettevano all'opera solo se ed in quanto ricevessero una precisa «domanda di giustizia» di un soggetto giuridico nei confronti di altro soggetto con lui in lite. In tale caso, assicurando alla controparte la possibilità del contraddittorio, essi prendevano notizia del fatto o dei fatti da interpretare e giungevano ad una di queste due conclusioni: o che il potere di azione vantato dal richiedente era davvero esistente, oppure che non lo era. Ne conseguí che il **termine «azione»** (*actio*) venne usato non solo per designare il potere di azione vero e proprio (cd. **azione sostanziale** [n. 3]), ma anche per designare la pura e semplice domanda di giustizia (cd. **azione processuale**), cioè la dichiarazione (forse fondata e forse no) che un soggetto (il cd. «attore») faceva ad altro soggetto recalcitrante (il cd. «convenuto») di essere titolare del potere di azione nei suoi confronti, rimettendo in pari tempo agli organi della giurisdizione il controllo del buon fondamento di questa asserzione e, subordinatamente, la tutela del proprio diritto.

Sulla base della specifica richiesta formulata con l'**azione processuale**, si distinguevano e si distinguono tuttora tre tipi di processo giurisdizionale: *a*) il **processo di cognizione** (o «di accertamento» o «dichiarativo»), promosso da un'«azione di accertamento», cioè da un'azione rivolta ad ottenere: a^1) la dichiarazione autoritaria della esistenza (o inesistenza) di una situazione giuridica controversa cioè il **mero accertamento** della stessa (es.: che Tizio è creditore di Caio; che Stico non è schiavo); a^2) oppure un **accertamento con condanna** del soccombente a fare ciò che deve fare (es.: a Caio, essendo accertato che è debitore di Tizio, si ordina di effettuare il pagamento); a^3) o anche un **accertamento con effetti costitutivi**, cioè costituente di per se stesso, senza necessità di un comportamento che l'attore o il convenuto debbano porre in atto, una modificazione dell'ordine giuridico (es.: annullamento di un atto, previo riscontro di un vizio della volontà); *b*) il **processo di esecuzione** promosso da un'«azione esecutiva» rivolta ad ottenere la materiale, effettiva esecuzione di un diritto già accertato in un precedente processo di cognizione, oppure anche accertato extraprocessualmente (es.: mediante esplicito riconoscimento da parte del soggetto passivo); *c*) il **processo cautelare** promosso da una «azione cautelare» rivolta ad ottenere misure di preventiva garanzia (di «precauzione») in vista della successiva ed indipendente decisione di un processo di accertamento o di esecuzione ancora in corso o addirittura ancora da iniziare.

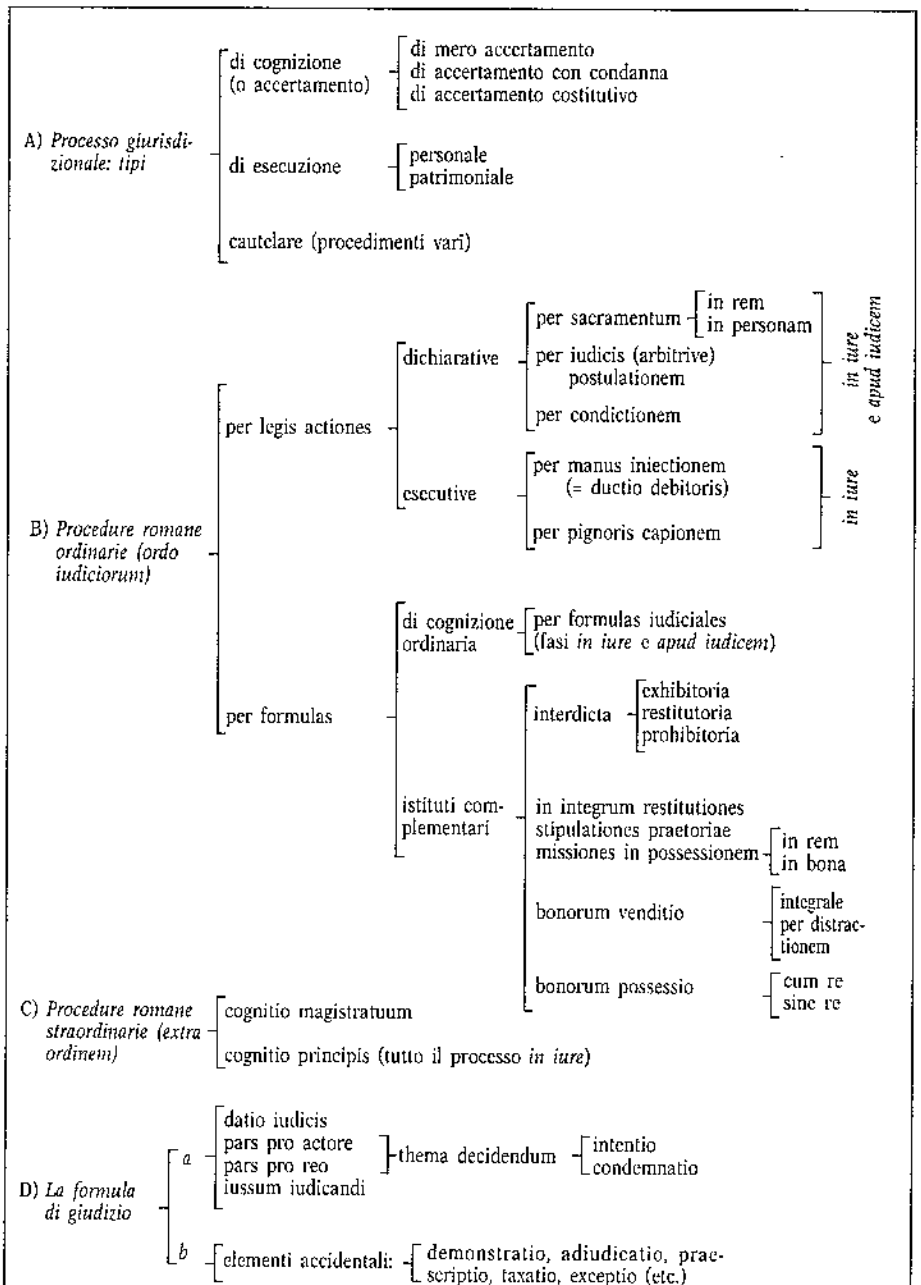


TAVOLA VII: A) I tipi di processo giuridizionale (n. 21). – B) Le procedure ordinarie: per azioni di legge (n. 22) e formulari (n. 23-26). – C) Le procedure straordinarie (n. 27) – D) Struttura delle formule giudiziali (n. 24).

I **sistemi procedurali** che si seguirono (ma che per qualche tempo coesistettero e si fecero concorrenza tra loro) furono, nel lungo arco di tempo della storia di Roma, i seguenti tre: *a*) quello delle «procedure basate su azioni di legge» (*per legis actiones*); *b*) quello delle «procedure a impianto formulare») (*per formulas*); *c*) quello delle «procedure straordinarie» (*extra ordinem*). Il terzo sistema, dilagato in periodo classico e in periodo postclassico, va denominato «straordinario» (fuori dell'ordinario) a causa del fatto che gli altri due costituivano la «giustizia privata ordinaria» (*ordo iudiciorum privatorum*) e furono sino alla fine riconosciuti formalmente come tali.

22. *Le procedure delle azioni di legge.* — Le procedure realizzate per **mezzo di azioni di legge** (*per legis actiones*) furono quelle originarie del diritto romano. Gli spunti di esse furono indubbiamente assai antichi ed espressero lo sviluppo di pratiche di autodifesa formatesi nel seno dell'originario diritto dei Quiriti; tuttavia solo le leggi delle XII Tavole, per esaudire una delle piú pressanti istanze della plebe, si preoccuparono di tradurre e in parte di trasformare le antiche forme di autodifesa e le varie pratiche procedurali derivatene in organici e ben determinati procedimenti giurisdizionali, creandone anche di nuovi. Leggi successive del periodo preclassico perfezionarono ed arricchirono ulteriormente il sistema, e fu principalmente in considerazione di questo penetrante intervento legislativo che i Romani usarono parlare di «azioni di legge», di azioni derivanti da leggi. Senonché il tempo passò anche per loro. A partire dal sec. III a. C. si diffuse infatti una crescente insofferenza del vetusto e ormai troppo rigido sistema procedurale: insofferenza che dette luogo alla pratica di evitarlo mediante il ricorso a decisioni arbitrali esclusivamente private suggerite dalla giurisprudenza e spesso avallate dagli stessi magistrati giusdicenti, a cominciare dal pretore urbano. L'affermarsi di queste nuove procedure (denominate, per ragioni che esporremo piú in là, come procedure formulari) segnò la sempre piú rapida decadenza delle azioni di legge, sino a quando una legge Giulia di Augusto (del 17 a. C.) in gran parte le abolí [n. 23].

(*a*) Le **caratteristiche generali** del sistema procedurale delle azioni di legge si riducono a tre punti sicuri: a^1) tutti i procedimenti (sia dichiarativi che esecutivi) si fondavano su una affermazione solenne del proprio diritto da parte dell'attore e su un'opposizione (o su una contrapposta affermazione solenne del proprio diritto) da parte del convenuto: il tutto da svolgersi **davanti al magistrato giusdicente** (*in iure*); a^2) il magistrato giusdicente,

se riteneva certo e incontestabile il diritto dell'attore o se il convenuto desisteva dall'opposizione, **ordinava l'esecuzione** del diritto dell'attore; se riteneva chiaramente infondata o inaccoglibile la domanda dell'attore, **denegava l'azione** di quest'ultimo; se infine riteneva dubbia e da meglio approfondire la questione propostagli ordinava che intervenissero due o piú testimoni (*testes*) della lite (*litis contestatio*) e **rimetteva le parti al giudizio** di un privato degno di fiducia; *a3*) in quest'ultima ipotesi si apriva un piú o meno lungo **procedimento davanti al giudice** (*apud iudicem*), che si chiudeva con una sentenza (*sententia*) di costui.

Il **procedimento** ***in iure*** (cosí detto perché si svolgeva nel luogo in cui il magistrato sedeva su un palco detto *tribúnal* e ivi impersonava l'autorità del *ius*), serviva ad instaurare la controversia nei suoi termini formali ed appunto perciò reclamava come indispensabile la presenza di ambo le «parti» contrapposte: pertanto, se il convenuto rifiutava di seguire l'attore davanti al magistrato giusdicente quando riceveva da lui la «citazione in giudizio» (la *vocatio in ius*), l'attore, dopo aver fatto constatare il rifiuto da testimonî, poteva trascinarlo *in ius* a viva forza (operando nei suoi confronti una «presa corporale», cioè una *manus iniectio* stragiudiziale), salvo che intervenisse uno speciale garante (denominato *vindex*) ad assumersi la personale responsabilità della sua comparizione ad altra data. Trovandosi finalmente i due davanti al magistrato (*in iure*), se quest'ultimo riteneva opportuno la remissione al giudice, la ***litis contestatio*** (letteralmente: la presa di conoscenza da parte di piú testimonî) era il momento conclusivo essenziale acché il giudice fosse informato in modo preciso e incontestabile dei termini della controversia (*lis*).

Il **giudice** (*iudex*) o l'**arbitro** (*arbiter*) del **procedimento di accertamento** era solitamente unico ed era un privato cittadino prescelto dal magistrato tra i nominativi iscritti in un'aggiornata «lista generale» di persone atte (e disposte) alla funzione giudicante (*album iúdicum*) e senza avere particolare riguardo alle sue cognizioni giuridiche, richiedendosi piú che altro in lui qualità di equilibrio e buon senso. Tuttavia si formarono nell'antica Roma anche due **collegi giudicanti specializzati**, che venivano eletti dai comizi tributi per tutto l'anno di carica del pretore: *a*) il collegio dei **centumviri** (*centúmviri*), i quali giudicavano (talvolta al completo e talvolta in commissione ristretta) talune controversie di maggiore risonanza sociale (prevalentemente, questioni ereditarie [n. 93]); *b*) il collegio dei **decemviri giudiziali** (*decémviri stlitibus iudicandis*), i quali erano veri e proprî magistrati minori e avevano il duplice compito di presiedere i giudizi centumvirali e di decidere in linea esclusiva tutte le delicatissime questioni di accertamento della libertà o schiavitú di un individuo (cd. «processi di libertà» [n. 46]).

La **sentenza** (*sententia iudicis*) con cui si chiudevano i processi di cognizione, anche se emessa su investitura ricevuta dal magistrato giusdicente, era pur sempre un atto proveniente da un privato (o, nel caso dei centumviri e decemviri, da magistrati di minimo livello): essa non poteva quindi coartare oltre certi limiti la persona del soccombente e non poteva, in particolare, imporre a quest'ultimo di restituire al-

l'avente diritto l'oggetto da lui illecitamente appreso o di compiere a favore dell'avente diritto la prestazione da lui illecitamente ineseguita. Per conseguire la soggezione del soccombente occorreva, in altri termini, ricorrere con un'**azione esecutiva** (in particolare, con quella «per presa corporale», *per manus iniectionem*) di nuovo all'autorità del magistrato giusdicente, sempre che lo stesso soccombente non si decidesse di sua volontà a fare quello che in un primo tempo si era rifiutato di fare. Tutto ciò spiega, in concomitanza con le peculiarità dell'azione cognitoria piú antica (quella sacramentale), come mai si originò il principio caratteristico (e in certo modo sorprendente) per cui, fatti salvi certi casi eccezionali, la sentenza non potesse avere «effetti costitutivi» né potesse comportare una «condanna specifica», cioè ad eseguire la prestazione dovuta (cd. *condemnatio in ipsam rem*: per esempio, la condanna alla restituzione del maltolto), ma desse luogo solo ad una **condanna pecuniaria** (*condemnatio pecuniaria*), cioè al comando di pagare una somma di danaro corrispondente al valore dell'oggetto in contestazione o della obbligazione non eseguita.

(*b*) Le **azioni di legge**, intese come «procedure giurisdizionali» (come *modi agendi*), furono in tutto le seguenti cinque.

(*b1*) L'**azione di legge sacramentale**, con ricorso ad un «giuramento sacrale» (*legis actio sacramenti* o *per sacramentum*), fu la procedura piú antica, da cui derivarono molte caratteristiche dei procedimenti successivi. La sua peculiarità fu che davanti al giusdicente (cioè *in iure*) l'attore, trovandosi di fronte all'opposizione del convenuto, lo sfidava con un giuramento sacro (*sacramentum*) avente come «posta» il sacrificio agli dei di un certo numero di capi di bestiame o, in tempi piú evoluti, una certa somma di danaro (somma da versarsi al tempio di Saturno, ove era custodito l'erario pubblico), per il caso che risultasse il proprio torto, purché altrettanto facesse la controparte: se la sfida (la *provocatio sacramento*) non era accettata, il torto veniva ad essere implicitamente riconosciuto dallo sfidato, sí che l'attore poteva passare a chiedere l'esecuzione; se la sfida era accettata, ciascuna delle due parti procedeva alla solenne promessa sacrale della «posta sacramentale» (*summa sacramenti*). Chiuso il procedimento *in iure* con la «constatazione dei testimonî» della lite (*litis contestatio*), nel successivo procedimento il giudice era investito del còmpito di accertare se fosse conforme al diritto il giuramento dell'una piuttosto che quello dell'altra parte (*utrius sacramentum iustum, utrius iniustum*). L'autore del giuramento infondato veniva quindi a subire in una volta sola due effetti pregiudizievoli: *a*) quello di dover pagare all'erario la somma promessa; *b*) quello di essere riconosciuto implicitamente in debito verso l'attore del valore della controversia (controversia al cui accertamento il giudice aveva dovuto necessariamente procedere per stabilire quale dei due giuramenti fosse ingiusto).

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

Nell'**azione sacramentale relativa a una cosa** (*actio sacramenti in rem*) il procedimento *in iure* si articolava in quattro momenti: *a*) anzi tutto, le due parti, contendendo circa la titolarità di un diritto assoluto su un oggetto giuridico esterno alle loro persone (generalmente una *res*, ma eventualmente anche un *filiusfamilias*, un *servus* ecc.), si presentavano entrambe davanti al magistrato, e quella che deteneva materialmente l'oggetto in contestazione (detto per metonímia la *lis*) lo portava seco (o almeno, trattandosi di cose immobili o non facilmente trasportabili, portava seco un frammento o un simbolo di esso); *b*) secondariamente, ciascuna parte muoveva verso l'oggetto conteso (*in rem*), toccandolo con una festuca (*vindicta*) in segno di padronanza, e pronunciava la solenne dichiarazione di esserne l'avente diritto (*vindicatio*), ma il magistrato ordinava ad ambedue di lasciar stare l'oggetto («*mittite ambo rem*»); *c*) in terzo luogo, le parti, asserendo ciascuna che l'altra avesse fatto una *vindicatio* antigiuridica (con *iniuria*) e accordandosi solo nella stima del valore della *lis*, si sfidavano con il *sacramentum* e passavano a formularlo solennemente facendosi forti della garanzia dei *praedes sacramenti* [n. 66]; *d*) infine, il magistrato assegnava a sua scelta il possesso provvisorio dell'oggetto (*vindiciae*) ad una fra le parti (*addictio vindiciarum*), in favore della quale prestavano garanzia altri *praedes* (i *praedes litis et vindiciarum*), facendosi luogo alla *litis contestatio*. Nel successivo procedimento *apud iudicem*, il giudicante privato stabiliva, in base alle prove addotte da ciascun *vindicans* a sostegno della sua pretesa, quale dei due giuramenti fosse fondato e condannava il soccombente al pagamento della *summa sacramenti*: se soccombeva quella tra le due parti cui già fosse stato negato il possesso provvisorio dell'oggetto conteso, l'oggetto rimaneva a buon diritto nelle mani del possessore interinale; se invece soccombeva il possessore interinale, l'oggetto conteso doveva essere da lui consegnato alla controparte, e qualora egli si sottraesse a tale obbligo la controparte aveva il diritto di chiederne esecutivamente il controvalore in danaro.

Nell'**azione sacramentale relativa alla persona del convenuto** (*actio sacramenti in personam*) le due parti contendevano circa la esistenza o meno di un rapporto relativo (*obligatio*) tra loro, cioè circa l'esistenza di un potere dell'una sulla persona dell'altra, limitatamente ad una certa «prestazione» [n. 61]. Pertanto l'attore, ritenendo che il convenuto fosse *obligatus* nei suoi confronti, affermava solennemente *in iure* la necessità (l'*oportère*) che il convenuto compisse la prestazione (di *dare*, di *facere*, o anche di *non facere*): se il convenuto negava, i due si sfidavano reciprocamente al giuramento per un importo garantito dai *praedes sacramenti*. Il procedimento *apud iudi-*

cem aveva caratteristiche e implicazioni analoghe a quelle dell'*actio sacramenti in rem*: condanna del convenuto alla *summa sacramenti* e conseguente obbligo di lui al pagamento del controvalore della prestazione, oppure assoluzione del convenuto.

(*b2*) **L'azione di legge per richiesta di un giudice o di un arbitro** (*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*) fu introdotta dalle XII Tavole per due fattispecie specifiche: *a*) a tutela di chi vantasse un credito di danaro promessogli mediante una solenne *sponsio* [n. 67]; *b*) a tutela del coerede che chiedesse la divisione del patrimonio ereditario nei confronti degli altri coeredi (*actio familiae erciscundae*) [n. 94]. Successivamente la procedura fu estesa alle altre azioni divisorie (*actio communi dividundo* [n. 32] e *actio finium regundorum* [n. 45]). Ad evitare il dispendio implicato dal *sacramentum*, l'attore, dopo aver dichiarato la sua pretesa ed aver udito il diniego del convenuto, passava a rivolgere la parola direttamente al magistrato, chiedendogli di nominare senz'altro un giudice che decidesse circa il suo buon diritto di creditore, oppure un arbitro che avesse il potere eccezionale di effettuare a titolo costitutivo una giusta divisione del patrimonio o della cosa comune e di assegnare a ciascuno il diritto assoluto sulla parte spettantegli.

(*b3*) **L'azione di legge per ricomparizione** (*legis actio per condictionem*) fu introdotta nel sec. III a. C. da una legge Silia in ordine ai crediti di somme di danaro e fu estesa da una posteriore legge Calpurnia ai crediti di cose determinate. L'attore, dopo aver dichiarato la sua pretesa ed aver udito il diniego del convenuto, intimava a quest'ultimo un appuntamento (*condictio*) davanti al magistrato di lí ad almeno trenta giorni, allo scopo di farsi assegnare dal giusdicente un giudice che decidesse circa il suo buon diritto. Questo invito ultimativo era, il piú delle volte, sufficiente a indurre il debitore a pagare prima del termine (in occasione, ad esempio, di uno dei mercati settimanali, o *núndinae*, che avrebbero avuto luogo nel frattempo) e tornava comunque utile per mettersi quanto meno d'accordo tra le parti circa la persona del giudice da proporre al magistrato per la nomina.

(*b4*) **L'azione di legge per presa corporale** (*legis actio per manus iniectionem*: da non confondere con la *manus iniectio* stragiudiziale, cioè con quella intesa a trascinare il convenuto *in ius*, di cui già si è detto) aveva carattere di azione esecutiva generale e consisteva in ciò. L'attore, avendo portato davanti al pretore il convenuto, affermava solennemente di aver diritto ad una somma alla cui prestazione il convenuto era obbligato in virtú di un «titolo esecutivo», cioè di una causa tale da non aver

bisogno di accertamenti giudiziali: di fronte al persistere dell'insolvenza dell'obbligato, egli dichiarava altresí di volersi impadronire di lui a titolo di sua responsabilità. A questo punto, proprio perché un accertamento del debito non era necessario, il magistrato pronunciava l'assegnazione in semiprigionia (*addíctio*) dell'obbligato all'attore.

(*b5*) L'**azione di legge per rivalsa** (*legis actio per pignoris capionem*) fu praticata solo per certi crediti incontestabili di carattere pubblicistico (es.: il credito dell'esattore di imposta, del *publicànus*, contro il *civis* tenuto a pagargli il tributo) ed ebbe caratteri specialissimi. Essa consisteva nel prendere (*càpere*) una cosa mobile dell'*obligatus* (anche non *in iure* e anche in *dies* non *fasti*) a titolo di diretta rivalsa del credito (*pignus*), accompagnando l'impossessamento con la pronuncia di una formula solenne, che rimane però sconosciuta.

23. *Le procedure formulari.* — Le «procedure formulari» (dette *per formulas iudiciales* o anche *per concepta verba*) furono quelle formatesi inizialmente davanti al tribunale del pretore peregrino per risolvere le controversie tra romani e stranieri, alle quali non erano ovviamente applicabili le procedure civilistiche delle azioni di legge. Esse vennero piú tardi adottate dal pretore urbano nelle controversie tra cittadini relative sia agli istituti del diritto civile nuovo sia alle controversie relative ai rapporti del diritto civile antico. Il loro riconoscimento ufficiale venne fatto da una legge pubblica, la legge Ebuzia (*lex Aebutia de formulis*, 130 a. C.?), la quale presumibilmente stabilí che, se due cittadini si fossero accordati per litigare con ricorso alle formule magistratuali (*per formulas*), in tal caso non fosse ammesso pentirsene, e in particolare non fosse lecito promuovere successivamente un'azione di legge in ordine alla stessa questione (*de eàdem re*). La loro vittoria sulle azioni di legge fu decretata, nel quadro del riordinamento processuale pubblico e privato promosso da Augusto, solo dalla legge augustea sui giudizi privati (*lex Iulia iudiciorum privatorum*) del 17 a. C., la quale peraltro non toccò l'azione di legge a carattere esecutivo per presa corporale (*per manus iniectionem*) e fece salve le procedure sacramentali di accertamento riservate al giudizio dei *centumviri* (procedure che avevano frattanto acquisito un'importanza tutta particolare a causa dell'intraprendenza innovatrice del collegio centumvirale [n. 93]). Ma, a sua volta, il trionfo della procedura formulare non andò, sul piano pratico, oltre la fase augustea del principato, cioè oltre gli inizî del sec. II d. C.: la decadenza delle magistrature giusdicenti repubblicane di fronte al principe ed alla sua organizzazione favorí, in periodo classico avanzato e in periodo postclassico, la concorrenza sempre piú

estesa esercitata, nel quadro del nuovo diritto imperiale, dalle procedure straordinarie (*cognitio extra ordinem*).

(*a*) Le **caratteristiche generali** delle procedure formulari di accertamento furono solo in parte diverse da quelle delle azioni di legge. Il processo cognitorio, di regola, fu del pari distinto in due «fasi», quella davanti al magistrato (*in iure*) e quella (eventuale) davanti al giudice (*apud iudicem*), ed il procedimento giudiziale corrispose anch'esso, in buona sostanza, a quello del sistema processuale piú antico.

Mutò invece notevolmente il **procedimento davanti al magistrato** (*in iure*). Le parti non si recavano piú a pronunciarvi dichiarazioni solenni e rigide (*certa verba*) scelte entro un numero ristrettissimo di formulazioni predeterminate, ma ricorrevano al magistrato giusdicente per discutere tra loro e con lui, informalmente, la questione concreta (spesso del tutto nuova) che le divideva; dopo di che il magistrato, valutando con criterî di sano equilibrio (*aèquitas*) le opposte ragioni, manifestava se ed entro quali limiti avrebbe dato sfogo alla pretesa dell'attore, se e sino a che punto avrebbe sostenuto le difese del convenuto. Alla fine si perveniva, tra parti e magistrato, alla impostazione concordata (*conceptio verbòrum*) di una specifica **formula di giudizio** (*fòrmula iudicii*, detta anche, per breviloquenza, *iudícium*) alla quale si sarebbe dovuto attenere il giudicante; ed è ovvio (e già, del resto, sappiamo) che solo quando una certa regola di giudizio, relativa ad un certo tipo di questione, si fosse sufficientemente consolidata, essa passava ad essere recepita nell'editto magistratuale a titolo di formula del suo editto (*formula edicti*), cioè come «schema» di giudizio già predisposto per ogni futura questione dello stesso tipo.

L'**essenza del processo** stava dunque nella «convenzione trilaterale» da cui scaturiva di volta in volta la regola di giudizio (*iudicium*). Quando si fosse pervenuti all'accordo, l'attore, facendosi forte della implicita approvazione del magistrato, scandiva a voce ben chiara al convenuto la formula di giudizio concordata (*iudicium concèptum*) ed il convenuto dichiarava dal canto suo di accettarla (il che si diceva «*dictàre et accípere iudicium*»). Sulla base di tale accordo a tre, cui si usò applicare per tradizionalismo l'antico termine di **contestazione della lite** (*litis contestatio*), il magistrato giusdicente emetteva un decreto (*iussum iudicandi*) con cui incaricava il giudice di procedere al giudizio.

(*b*) La conoscenza delle procedure formulari, ancor piú di quella delle *legis actiones*, è essenziale per lo studio del diritto privato: non solo perché molta parte di quest'ultimo si formò o si sviluppò in sede processuale

(e fu quindi rappresentata dalla giurisprudenza classica sotto le vesti delle azioni processuali relative alle varie situazioni giuridiche attive); ma anche perché le procedure straordinarie non accantonarono il linguaggio del processo formulare, anzi lo recepirono in gran parte, modificandolo solo nei limiti delle nuove modalità giurisdizionali. È alle procedure formulari, quindi, che occorre far capo per intendere alcune fondamentali distinzioni tra le azioni processuali che rimasero totalmente o parzialmente in uso sino a Giustiniano.

Le distinzioni che è opportuno tenere d'occhio sono le sei che seguono.

(*b*[1]) La distinzione tra **azioni civili e onorarie** era basata sulla provenienza della tutela processuale. Le «azioni civili» (*actiones civiles*) erano fondate su norme del *ius civile* (*vetus* o *novum*) o su provvedimenti integrativi dello stesso (*leges, senatusconsulta*), e quindi «competevano» al soggetto giuridico che le invocasse per il solo fatto che si fosse concretamente verificata la fattispecie prevista dall'ordinamento («*actionem competere*» dicevano solitamente per esse i giuristi). Le «azioni onorarie» («*actiones honorariae*») erano quelle che, pur se promesse nell'*edictum* magistratuale, dipendevano in concreto, volta per volta, da una concessione (*datio*) del magistrato giusdicente (sí che i giuristi solitamente dicevano di esse «*actionem dari*»).

(*b*[2]) La distinzione tra **azioni reali e personali** si ricollegava all'antica differenziazione tra *legis actio sacramenti in rem* e *in personam*. «Azioni reali» (*actiones in rem*, anche dette *vindicationes*) erano quelle volte alla difesa di un diritto assoluto contro l'aggressione di chicchessia. «Azioni personali» (*actiones in personam*, anche dette, per la stretta parentela con la piú recente tra le azioni di legge, *condictiones*) erano quelle volte alla difesa di un diritto relativo.

(*b*[3]) La distinzione tra **azioni reipersecutorie, penali e miste** riguardava l'oggetto della pretesa dell'attore. Le «azioni reipersecutorie» (*actiones reipersecutoriae*: *quibus rem persèquimur*) erano rivolte ad ottenere il controvalore di ciò che fosse dovuto all'attore o a lui appartenesse: il controvalore, e non la *res*, a causa del principio della pecuniarietà della condanna. Le «azioni penali» (*actiones poenales*: *quibus poenam tantum persèquimur*) erano rivolte ad ottenere il pagamento all'attore di una ammenda pecuniaria, di una «penale» (*poena*: generalmente un multiplo del valore della cosa). Le cd. «azioni miste» (*actiones mixtae*: *quibus et rem et poenam persèquimur*) erano intese in una sola volta sia all'ottenimento del controvalore sia a quello dell'ammenda pecuniaria.

(*b*[4]) La distinzione tra **azioni di stretto diritto, di buona fede e arbitrarie** aveva riguardo alle funzioni decisorie conferite con il *iudicium* al giudicante (*officium iudicis*). Le «azioni di stretto diritto» (*actiones stricti iuris*, anche dette *iudicia stricta*) erano azioni personali (non *in rem*) caratterizzate da un *iudicium* che enunciava un obbligo del convenuto avente un contenuto certo e determinato: se il giudice perveniva alla convinzione del buon diritto dell'attore, egli non poteva fare altro che condannare il convenuto al preciso importo pecuniario già indicato dal *iudicium*. Le «azioni di buona fede» (*actiones bonae fidei*, anche dette *bonae fidei iudi-*

cia) erano azioni civili e personali (non *honorariae* e non *in rem*) il cui *iudicium* attribuiva al giudice un largo margine di valutazione discrezionale, e cioè il potere di stabilire a suo criterio tutto quanto il convenuto fosse tenuto a dare o fare in base ai princìpî della buona fede (*quídquid dare facere oportet ex fide bona*). Le «azioni arbitrarie» (*actiones arbitrariae*, anche dette *iudicia arbitraria*) erano azioni personali o reali il cui *iudicium* attribuiva al giudice, per l'ipotesi che si convincesse del buon diritto dell'attore, il potere di far precedere alla condanna un esplicito avvertimento (*pronuntiàtio*) con il quale rendeva noto alle parti le conclusioni cui era pervenuto e dava in particolare al convenuto la scelta (*arbitrium de restituèndo*) tra il subire la condanna pecuniaria o il ripristinare (*restitúere*) spontaneamente lo stato giuridico da lui alterato (e quindi essere assolto).

(*b5*) La distinzione tra ***iudicia legitima*** e ***imperio continentia*** acquistò peculiare rilevanza per effetto della legge Giulia del 17 a. C. Si applicò ad ogni specie di azione formulare (sia *civilis* che *honoraria*, sia *in rem* che *in personam*) e riguardò la struttura delle relative «regole di giudizio» (dei *iudicia concepta*). I *iudicia* furono definiti *legítima* («legittimi») se si trovassero ad avere le seguenti tre caratteristiche: *a*) di riguardare una *lis* intercorrente tra un attore e un convenuto ambedue cittadini romani; *b*) di essere relativi ad un processo celebrato a Roma-centro (non oltre la prima pietra miliare dall'urbe); *c*) di rimettere la decisione ad un giudice unico che fosse cittadino romano (e non alla decisione di piú *recuperatores* o di un *iudex* non romano). *Iudicia quae imperio continentur* («delimitati dall'*imperium* magistratuale») furono conseguentemente denominati gli altri. In ordine ai *iudicia legitima* la legge Giulia stabilí, per dare un tempo congruo all'espletamento del processo, che la sentenza potesse essere pronunciata entro 18 mesi dalla data della *litis contestatio*; per gli altri *iudicia* valse invece la regola generale che la *sententia iudicis*, essendo fondata su un conferimento di poteri da parte di un certo determinato magistrato giusdicente, dovesse essere pronunciata entro l'anno di carica del magistrato che avesse emesso il decreto relativo: scaduti i termini per la pronuncia della sentenza, si verificava infatti (salva conferma del magistrato subentrante) l'estinzione del procedimento *apud iudicem* per cd. «morte della lite» (*mors litis*).

(*b6*) La distinzione tra **azioni dirette e utili** (*actiones directae* e *actiones utiles*) viene qui costruita, su suggestione di terminologie romane, allo scopo di far differenza tra: le azioni civili chiaramente identificate nei loro contenuti e nei loro limiti e dette anche perciò **azioni dirette** (*actiones directae*, cioè azioni «rettilinee»); e i molteplici **adattamenti utilitaristici** che delle azioni dirette furono fatti dal *ius honorarium* (e in parte dalla stessa *cognitio extra ordinem*) per poterle indirettamente impiegare, piú o meno deformandole, al di fuori ed al di là della sfera di applicazione loro propria (donde la terminologia di *utiliter agere*). Tra le **azioni utili** (azioni, potremmo dire, «di ripiego») possono essere segnalate: *a*) quelle con una **trasposizione di soggetti**, che consisteva nell'invitare il giudice ad emettere la sua sentenza tra attore e convenuto sulla base dell'accertamento di un rapporto intervenuto non tra loro due, ma tra uno di essi ed altri o esclusivamente tra altri (generalmente in veste di loro rappresentanti o di loro sottoposti privi di capacità giuridica [n. 20]): il che si otteneva (come sarà piú chiaro tra poco) indicando nella *condemnatio*

il nome delle parti processuali, ma indicando nella *intentio* il nome dei veri protagonisti (e responsabili) del rapporto controverso; *b*) quelle con la **finzione di un requisito civilistico** (cd. *fictio iuris civilis*) che consisteva nell'invitare il giudice a condannare (o ad assolvere) il convenuto, dando fittiziamente per scontata la esistenza di un requisito del *ius civile* in realtà inesistente (es.: l'*actio Publiciana* del domino pretorio [n. 47]); *c*) quelle con l'**imitazione estensiva di un'*actio* originaria**, che consisteva nel creare un'azione sostanzialmente nuova, ma giustificata dal fatto di essere costruita sul modello formale di un'azione preesistente relativa ad un caso analogo (es.: le *actiones ad exemplum actionis legis Aquiliae*, concesse dal pretore in ordine a fattispecie di danneggiamento non perseguibili sulla base letterale della *lex Aquilia de damno dato* [n. 87]).

24. *La struttura delle formule processuali.* — La struttura delle formule processuali era estremamente duttile ed era per di piú ridotta a poche frasi essenziali (con l'uso di termini particolarmente significanti) le quali rendevano peraltro opportuno il ricorso delle parti e dei loro stessi difensori in giudizio ai consigli tecnici dei giureconsulti. Senza addentrarci nella giungla di questa materia, che non è indispensabile per una visione elementare del diritto privato romano, ci limiteremo a qualche cenno sui seguenti argomenti: *a*) le componenti del cd. *iudicium*; *b*) gli elementi essenziali del suo «merito»; *c*) gli elementi accidentali dello stesso.

(*a*) Le **componenti della formula giudiziale** erano, da un punto di vista logico, anche se non sempre sul piano della struttura formale, quattro: *a*[1]) l'**assegnazione del giudice** (*datio iúdicis*, *iudicis nominàtio*), che era il provvedimento di designazione della persona o delle persone incaricate dal magistrato giusdicente, su accordo o con l'assenso dei litiganti, di emettere la sentenza; *a*[2]) la **parte a favore dell'attore** (*pars pro actore*), che indicava quale fosse la tesi sostenuta dall'attore e formulava l'ipotesi che risultassero fondati gli argomenti addotti a sostegno di essa (ed infondati quelli eventualmente addotti in contrario, a titolo di «eccezione», dal convenuto), invitando conseguentemente il giudice ad emettere il provvedimento richiesto dall'attore; *a*[3]) la **parte a favore del convenuto** (*pars pro reo*), che formulava l'ipotesi inversa e alternativa rispetto a quella precedente, cioè l'ipotesi che non risultassero fondati gli argomenti addotti dall'attore (o risultassero fondati quelli eventualmente addotti in contrario dal convenuto), invitando conseguentemente il giudice a lasciare indenne il convenuto, cioè ad assolverlo; *a*[4]) l'**ordine di giudicare** (*iussum iudicandi*), che era il provvedimento con il quale il magistrato giusdicente investiva pubblicamente il giudicante privato della funzione di giudicare

in sua vece e di emettere, a conclusione della propria attività e in conformità della propria opinione (*sententia*) sulla questione esaminata, un «provvedimento decisorio» della lite (cioè: una *condemnàtio*, un'*absolùtio*, un'*adiudicàtio*).

A maggior chiarimento, ecco come si presentava, riducendola allo stretto essenziale e scegliendola tra le piú diffuse, una regola di giudizio del processo formulare: «Sia giudice della causa Tizio. Se (in base all'istruttoria da compiere) ti sembrerà che la pretesa vantata da Aulo Agerio (l'attore) nei confronti di Numerio Negidio (il convenuto) sia fondata, allora tu, giudice Tizio, condanna Numerio Negidio a pagare ad Aulo Agerio la somma *x*; se invece ciò non ti sembrerà, assolvilo. Nella mia qualità di magistrato giusdicente investo (esplicitamente e pubblicamente) Tizio della potestà di giudicare (in ordine alla predetta questione)».

(*b*) Il **merito della formula di giudizio** (cioè quella parte della regola di giudizio nella quale si puntualizzava la questione che esigeva, che «meritava» di essere esaminata dal giudice) era, naturalmente, costituito dalle parti a favore, rispettivamente, dell'attore e del convenuto. Tra i vari elementi che potevano confluire in esso due erano gli **elementi essenziali**: la **tesi attrice** (*intèntio*) e la **richiesta di condanna o assoluzione** del convenuto (*condemnàtio*).

(*b*[1]) L'*intentio* («tesi attrice»), avendo lo scopo di identificare l'azione sostanziale vantata dall'attore, doveva, di solito, enunciare chiaramente tre punti: *a*) i soggetti del rapporto di responsabilità (cd. *personae*); *b*) l'atto illecito (del convenuto o di altri) che aveva dato causa alla costituzione del rapporto di responsabilità (cd. *causa petendi* del corrente linguaggio moderno); *c*) la situazione giuridica attiva (e piú precisamente il potere di azione) in ordine a cui si chiedeva pertanto il provvedimento giurisdizionale di tutela (cd. *petitum*, sempre del linguaggio modernamente in uso). Essa poteva essere: *a*) *in ius concepta* («riferita a un diritto»), se era formulata con riguardo ad un rapporto o ad una situazione giuridica soggettiva, riconoscibili dalle locuzioni tipiche «*ius esse* (*actori*)» o «*dare* (*facere*) *oportere* (*reum*)» (per esempio: «*rem qua de agitur ex iure Quiritium A.i A.i esse*»; oppure «*N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia dare oportere*»); *b*) *in factum concepta* («riferita ad un fatto»), se era formulata con riguardo non ad un preciso diritto soggettivo, ma ad una fattispecie ritenuta degna di tutela dal magistrato, anche se non era prevista o esattamente prevista dal diritto vigente: nel qual caso era dal *factum* descritto nell'*intentio* che scaturiva l'invito al giudice affinché condannasse o assolvesse.

(*b*[2]) La *condemnatio* (termine comprensivo, per breviloquenza, sia della richiesta di condanna sia della richiesta di assoluzione) poneva in evidenza: in primo luogo, il destinatario del provvedimento (che, nelle formule con trasposizione di soggetti, non coincideva col soggetto o coi soggetti dell'azione sostanziale); in secondo luogo, la concreta *sententia iudicis* richiesta dall'attore (cd. *petitum* processuale). In particolare il *petitum* processuale (di condanna) era sempre riferito ad una somma di danaro; tuttavia, poteva esservi: *a*) una *condemnàtio certa* (o *certae*

pecuniae), relativa ad una somma di danaro predeterminata nello stesso *iudicium* (es.: «*N.m N.m A.o A.o sestertium decem milia condemnàto*»); *b*) una *condemnàtio incerta*, relativa ad una somma di danaro da determinarsi dal giudice. Piú in particolare, nell'ipotesi di *condemnatio incerta* i «criterî di decisione» cui il giudice era invitato ad attenersi nella determinazione della *summa condemnationis* erano principalmente quattro: «*quanti ea res est* (*erit, fuit*), *tantam pecuniam condemnato*» (cioè l'invito a condannare a «quanto la *res* litigiosa» vale al momento della *litiscontestatio*, oppure varrà al momento della sentenza, oppure valse al momento dell'atto contestato); «*quanti A.i A.i interest* (*intèrerit, intèrfuit*), *tantam pecuniam condemnato*» (cioè l'invito a condannare a «quanto è, sarà, o fu l'interesse dell'attore»); «*quidquid dare facere* (eventualmente: *ex fide bona*) *oportet, eius condemnato*» (cioè l'invito a condannare a «tutto ciò che deve essere dato o fatto dal convenuto», eventualmente «secondo buona fede»); «*quantum iudici aequum* (*et bonum*) *videbitur, tantae pecuniae condemnato*» (cioè l'invito a condannare a «quanto il giudice riterrà equo [e ben fatto]»).

(*c*) **Elementi accidentali**, cioè eventuali, della formula giudiziale furono: *c*[1]) la **descrizione** (*demonstràtio*), che era una clausola mediante cui si chiarivano e dettagliavano i termini di fatto della questione; *c*[2]) l'**aggiudicazione** (*adiudicatio*), propria dei giudizi divisorî, che era una clausola con cui si dava al giudice il potere di assegnare in dominio quiritario ai singoli dividenti le parti di un oggetto comune [n. 32]; *c*[3]) la **delimitazione** (*taxàtio*), che era una clausola con cui si limitava entro un certo *maximum* l'importo pecuniario della condanna; *c*[4]) la **premessa** (*praescríptio*) che era una clausola, inserita a titolo preliminare, con cui si limitava e si precisava il campo di estensione dell'azione generalmente per poter riservare ad altro futuro processo la possibilità di contendere sugli argomenti esclusi; *c*[5]) l'**eccezione** (*exceptio*), che era una clausola, inserita subito dopo l'*intentio* su richiesta del convenuto, la quale serviva a subordinare la condanna, oltre che all'accertamento del diritto dell'attore, anche alla constatazione della infondatezza («*nisi paret*», se non pare) di una circostanza che secondo il convenuto fosse tale da rendere inefficace o comunque processualmente inoperante quel diritto (per esempio, la condanna del mutuatario al pagamento della somma ricevuta in prestito poteva essere fatta dipendere, oltre che dalla validità del mutuo, dalla inesistenza o dalla infondatezza di un patto di non esigere il pagamento [n. 79] vantato a propria difesa dal convenuto): se l'eccezione risultava fondata, il convenuto veniva dunque assolto.

Un'importante suddistinzione delle *exceptiones* era quella in perentorie e dilatorie. «*Exceptiones peremptoriae*» («eccezioni perentorie»; letteralmente, «mortifere») erano le eccezioni di cui il convenuto poteva disporre in ogni momento e in ogni circostanza al fine di paralizzare l'azione avversaria: ad esempio, l'*exceptio pacti*

de non petendo opposta all'*actio* del creditore che si fosse impegnato *ex pacto* a non esigere mai piú il debito. Le «*exceptiones dilatoriae*» («eccezioni dilatorie») erano quelle di cui il convenuto poteva giovarsi solo in certi periodi di tempo o in certe circostanze, sí che l'attore poteva evitarle (e vincere la causa) se aveva l'accortezza di non promuovere l'azione in quei periodi di tempo o in quelle circostanze. Se poi l'attore, malgrado l'opposizione di una *exceptio dilatoria* (si pensi all'ipotesi di un convenuto che eccepisse il patto di inesigibilità del credito sino ad un certo termine), anziché ritrarsi o modificare il suo atteggiamento per poterla evitare, insisteva nell'azione proposta, giungendo cosí alla *litiscontestatio*, non solo il convenuto andava assolto, ma l'azione non poteva piú riproporsi.

Clausole affini all'*exceptio*, che articolavano ulteriormente la dialettica del giudizio, erano: la *replicatio* dell'attore all'*exceptio* del convenuto (che eliminava, se fondata, l'efficacia dell'*exceptio* e riportava quindi alla necessità di condannare il convenuto ove risultasse fondata l'*intentio*); la *duplicatio* del convenuto contro la *replicatio*; la *triplicatio* dell'attore contro la *duplicatio* ecc.

25. *Lo svolgimento del processo formulare.* — Lo svolgimento del processo formulare, dalla iniziale citazione in giudizio proposta dall'attore sino alla esecuzione coattiva della sentenza che il convenuto-soccombente non avesse voluto eseguire, verrà qui di seguito sommariamente descritto a puro titolo di sussidio informativo.

(*a*) **Parti processuali** (*partes*, o anche *litigatores, adversarii*) erano di regola, nei ruoli di attore e di convenuto, gli stessi soggetti del rapporto giuridico litigioso (cioè del rapporto in ordine al quale era insorta controversia): salvo eccezioni che abbiamo visto a suo tempo parlando della «mera capacità di agire» [n. 15 e 20], erano dunque esclusi dal processo coloro che mancassero di soggettività giuridica (*filii, servi*, taluni *peregrini*). Se vi era **concorso di due o piú persone** nella posizione di parte attrice o di parte convenuta, era ammesso (e in taluni casi era necessario) che esse agissero congiuntamente nel cd. **litisconsorzio** attivo o passivo (*consortium eiúsdem litis*). Non era richiesta l'«assistenza tecnica» delle parti ad opera di **patrocinatori** (*defensores*) versati in materia giuridica, ma in ordine ai casi piú delicati e complessi le parti non trascuravano né di munirsi del *responsum* favorevole di qualche rinomato giurista, né di ricorrere alla abilità dialettica e alla facondia di *advocati, patroni, oratores*.

Quanto alla **presenza delle parti** *in iure* e *apud iudicem*, essa non era, di regola, indispensabile: vi furono anzi casi di «sostituzione necessaria» nell'attività processuale per i soggetti immateriali e per gli incapaci di agire, mentre furono previste, al di fuori di quei casi, possibilità di **sostituzione volontaria** [n. 20], cioè decisa dalla parte stessa al fine di essere esentata dal parlare personalmente o addirittura dal presentarsi in giudizio, in due ipotesi: *a*) quando la parte si presentasse almeno una volta *in iure* per indicare alla controparte un suo uomo di piena fiducia, il cd. *còg̀nitor* (letteralmente: conoscitore, stretto conoscente), come suo rappresentante

diretto e questa nomina fosse accettata (oltre che dal *cognitor*) dall'avversario; *b*) quando, in assenza della parte, si presentasse *in iure* un terzo, asserendo di essere procuratore speciale (*procuràtor ad litem*) o addirittura amministratore generale (*procurator òmnium bonorum*) della parte stessa ed assumendosene, subordinatamente al consenso della controparte, la rappresentanza indiretta.

(*b*) Il **procedimento** *in iure* («davanti al magistrato»), considerato nel suo sviluppo normale, aveva inizio con la comparizione delle parti davanti al magistrato ed aveva termine con la *litiscontestatio*.

La **comparizione del convenuto** era richiesta dall'attore, come già per la *legis actio*, mediante la *in ius vocatio* (citazione): atto di invito, che creava un obbligo del chiamato a seguire immediatamente l'attore davanti al tribunale del magistrato giusdicente e che giustificava, ma in età storica solo in astratto, il costringimento fisico del convenuto in caso di recalcitranza. Ad evitare l'accusa di «citazione temeraria», cioè fatta alla leggera, e al fine di mettersi al riparo dalle responsabilità relative, l'attore usava accompagnare la *vocatio* con un'indicazione sommaria della pretesa che intendeva far valere e dell'azione che si proponeva di esercitare: questo preannuncio dell'*editio actionis* giudiziale (cioè della esposizione *in iure* dell'azione) era solitamente pur esso denominato, non senza equivoci nella terminologia, *editio actionis* (beninteso «stragiudiziale»). Per poter prendere tempo ed ottenere dall'attore un **differimento della comparizione** il convenuto soleva promettere, mediante un «*vadimonium*» (stragiudiziale), il pagamento di una congrua penale in caso di assenza nel giorno richiesto dall'attore: in mancanza di che (o comunque in mancanza del consenso dell'attore), egli si esponeva al successivo esercizio nei proprî confronti di una azione penale *in factum* e, se non si presentava nemmeno in questo caso, poteva essere dichiarato «latitante» (*làtitans*), cioè colpevolmente restío al processo, dando modo all'attore di ottenere dal magistrato la *missio in bona* a suo danno con il rischio di una rovinosa *bonorum venditio*.

Avvenuta la comparizione del convenuto *in iure*, poteva darsi (ed era anzi frequente) che il procedimento durasse troppo a lungo per poter essere esaurito in una sola udienza e che occorresse perciò un **differimento della causa**. In tal caso l'attore invitava il convenuto alla «ricomparizione» nella nuova udienza purché aderisse ad un *vadimonium* («vadimonio giudiziale») da lui formulato, e cioè gli promettesse solennemente, in cospetto del magistrato, di essere presente all'udienza di rinvio, o altrimenti di pagargli (eventualmente col supporto di garanti) una congrua *summa vadimonii*. Se il convenuto non era in grado o si rifiutava di prestare il *vadimonium* richiesto, il magistrato lo considerava, a quanto sembra, responsabile di «mancata difesa» (*indefènsus*) e pronunciava quindi, a suo carico e a favore dell'attore, la *missio in bona*.

Di fronte al **convenuto comparso effettivamente** *in iure* l'attore: *a*) procedeva alla formale *editio actionis* («esposizione dell'azione»), cioè ad una indicazione puntuale della propria pretesa, designando eventualmente (se era già prevista dall'editto) la *formula* edittale relativa; *b*) rivolgeva pertanto al magistrato la «*postulatio actionis*», cioè la richiesta di concedergli un apposito *iudicium*. Sul punto il convenuto era libero di intavolare una discussione, illustrando i motivi di fatto o di diritto

per cui l'*actio* contro di lui esercitata dovesse essere denegata sul momento dal magistrato o comunque sicuramente respinta dal *iudex*. A séguito di questa discussione e (indipendentemente dalle richieste delle parti), sulla base dei suoi propri e discrezionali rilievi il magistrato giusdicente decideva: *a*) se l'azione fosse da *denegare*, da respingere perché improcedibile, cioè perché inammissibile per ragioni formali; *b*) subordinatamente, se l'azione, pur essendo procedibile, fosse da *denegare* perché manifestamente infondata o iniqua; *c*) subordinatamente ancora, in quali termini l'azione, essendo procedibile e non manifestamente infondata, fosse da trasfondere in un *iudicium*.

In talune ipotesi l'editto permetteva all'attore di procedere ad un'***interrogatio in iure*** (interrogazione davanti al magistrato) del convenuto, allo scopo di accertare prima della *litiscontestatio* se egli fosse veramente il titolare dell'obbligo (per esempio: *interrogatio an reus heres sit*, intesa a stabilire se il convenuto fosse l'erede del debitore originario). La risposta affermativa o la risposta mancata o reticente confortavano l'attore a proseguire nel processo; la risposta negativa (che poteva anche essere non veritiera) lo poneva al bivio tra il rinunciare all'azione processuale o l'insistervi, assumendosi il carico di provare che il convenuto aveva dichiarato il falso.

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

(*c*) La ***litis contestatio*** («litiscontestazione»: vecchia terminologia per un concetto del tutto nuovo) era il «momento» processuale in cui, raggiuntasi l'intesa a tre circa la persona del giudice e la formulazione del *iudicium*: *a*) da un lato, il giusdicente proclamava formalmente il nome del giudice (*datio iudicis*); *b*) dall'altro lato, l'attore scandiva i precisi termini del *iudicium* al convenuto, ottenendone un comportamento (anche di silenziosa acquiescenza) affermativo (*dictatio et acceptio iudicii*). La vecchia terminologia si adattò al nuovo istituto per il fatto che, di solito, anche in questo caso alcuni testimoni (*testes*) erano chiamati ad assistere alla vicenda e che inoltre si procedeva ad una documentazione probatoria scritta (*testatio*) per informare meglio il giudicante circa i termini del *iudicium*. Concettualmente indipendente dalla *litiscontestatio*, sebbene il più delle volte tacitamente implicato da essa, era il *iussum iudicandi* rivolto dal magistrato al giudice, cioè l'investitura di quest'ultimo (se ed in quanto fosse presente o fosse adeguatamente informato dal magistrato stesso) nella potestà di giudicare.

Effetto della *litiscontestatio* era la *res in iudicium deducta*, detta anche *res iudicanda* («cosa giudicanda», «regiudicanda»), vale a dire la fissazione, non piú retrattabile o modificabile, della materia del contendere nei termini indicati dal merito del *iudicium*. Le parti erano quindi da quel momento reciprocamente obbligate a subire le conseguenze della *sententia* che avrebbe emesso il giudicante: l'eventuale *condemnatio*, il convenuto; l'eventuale *absolutio* di quest'ultimo, l'attore.

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

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

(*d*[1]) La *confessio in iure* («confessione davanti al magistrato») consisteva nel riconoscimento esplicito, operato *in iure* personalmente dal convenuto, del buon fondamento della pretesa dell'attore, quindi dell'esistenza dell'azione sostanziale vantata da quest'ultimo. Si usava dire, a questo proposito, che «*confessus pro iudicato est*» (il confesso vale come giudicato), e ciò stava a significare due cose: *a*) anzitutto, che la *confessio* faceva stato tra le parti alla stessa guisa di una *sententia iudicis*; *b*) secondariamente che la *confessio* relativa ad un'azione intesa ad ottenere una *certa pecunia* (una somma di danaro) era pienamente equiparata ad una *sententia* di condanna a quella somma e dava quindi àdito all'esecuzione forzata. Se l'azione era intesa all'ottenimento di un «*certum* che non fosse somma di danaro», ma necessitasse di una traduzione in danaro, oppure se essa era intesa al conseguimento del controvalore di un *incertum*, la confessione del convenuto non valeva ad eliminare del tutto la necessità di addivenire alla *litiscontestatio* ed alla successiva *sententia*: di questa vi era pur sempre bisogno, se non per accertare il buon diritto dell'attore (ormai riconosciuto dal convenuto), almeno per stabilire la *summa condemnationis* che il convenuto era tenuto a pagare.

(*d*[2]) Il *iusiurandum in iure* («giuramento davanti al magistrato») era il solenne giuramento del buon fondamento delle proprie ragioni che una parte (convenuto o attore) era invitata a compiere (mediante una *delatio iurisiurandi*, un «deferimento a giurare») dalla sua controparte. Se il destinatario dell'invito a giurare si assumeva la responsabilità religiosa e giuridica di giurare di aver ragione (cioè del *iusiurandum dare*), il suo buon diritto era posto fuori discussione, con tutte le conseguenze del caso; se invece egli si rifiutava di giurare, si procedeva alla normale *litiscontestatio*. Solo in talune ipotesi di cd. *iusiurandum necessarium* (cioè di irrecusabilità del giuramento) il magistrato appoggiava con la sua autorità la delazione del giuramento fatta dall'attore al convenuto e trattava quindi quest'ultimo, ove si rifiutasse di giurare, come *indefensus*. Ma si badi bene: il destinatario del deferimento a giurare (attore o convenuto che fosse) poteva sempre rovesciare la situazione, invitando a sua volta la controparte (con una *relatio iurisiurandi*, «riferimento» o ri-

lancio del giuramento) a giurare essa di avere ragione (cioè di non dover subire la condanna, se in situazione di convenuto; oppure di dover ottenere la condanna, se in situazione di attore), in conseguenza di che la decisione della controversia era rimessa appunto alla controparte.

(*e*) Il **procedimento** ***apud iudicem*** («davanti al giudicante»), cioè la *iudicatio* della procedura formulare di accertamento, aveva inizio: in astratto, nel momento della *litiscontestatio*, cioè nel momento in cui, chiusa la fase *in iure* con l'emissione del *iussum iudicandi*, si apriva la decorrenza dei termini per la pronuncia della sentenza; in concreto, nel momento in cui una delle parti (generalmente, ma non necessariamente, l'attore) provvedeva a comunicare alla controparte, rendendolo altresí noto al giudicante (*iudex, arbiter, recuperatores*), un «invito a comparire» davanti al giudicante stesso in un certo luogo e in una certa ora di un giorno non festivo dilazionato di almeno altri due giorni (cd. ***comperendinatio***, cioè rinvio sino a tutto il poidomani, anche detta *intèrtium* o altrimenti).

La normalità era che il procedimento si svolgesse in **contraddittorio tra le parti** (al pari di come era richiesto per la fase *in iure*) e che il giudice desse ascolto ad ambedue i contendenti (*«audiatur et altera pars»*). Tuttavia, se la parte convocata non compariva, né di persona né in persona di un suo sostituto (*cognitor* o *procurator* che fosse), l'attività di giudizio si svolgeva in sua assenza (o sin quando perdurasse la sua assenza) sulla base dei soli elementi addotti dalla parte diligente: il che spiega come essa avesse tutto l'interesse ad essere presente sin dall'inizio, e come poi tutte e due si adoperassero ad influire sul convincimento del giudicante non solo di persona, ma anche con l'ausilio (*patrocinium*) di efficaci difensori (*patroni, advocati, oratores*).

Quanto al **giudicante**, egli esordiva con un solenne giuramento (*iusiurandum iùdicis*) che lo impegnava davanti agli dei a svolgere la sua funzione non solo con assoluta imparzialità, ma anche con piena diligenza nel procedere alla direzione delle udienze ed alla fissazione degli eventuali rinvii (*diffissiones*) in modo tale che fosse evitata la *mors litis*. Ove al magistrato giusdicente giungessero (principalmente per iniziativa di una parte insoddisfatta) notizie attendibili di un suo comportamento gravemente irregolare, il giudice poteva ricevere l'ordine di sospendere momentaneamente la sua attività o addirittura il divieto di portarla a termine.

Il procedimento si svolgeva, spesso in molteplici udienze, con **dibattimento orale**, ma era uso documentarlo in iscritto (con la cd. «verbalizzazione» del linguaggio corrente odierno). La direzione spettava al giudicante, il quale: da un lato, era tenuto a lasciar parlare le parti ed a permettere loro di proporre le prove che ritenessero opportune (il che si diceva *causae coniectio*, cioè impostazione della causa); dall'altro, era libero di disciplinare la durata degli interventi e l'ordine delle produzioni, ed era altresí autorizzato a procedere, se lo ritenesse opportuno, a un «interrogatorio libero» di uno o di ambedue i contendenti, per ottenerne chiarimenti e delucidazioni. Non era libero invece il giudicante di basare la *sententia* su indagini svolte personalmente o per sua iniziativa (*inquisitiones*); anzi egli era strettamente tenuto a giudicare sulla base delle allegazioni e delle prove offerte dai litiganti (*iuxta alligàta et probàta*). L'**onere della prova** (*ònus probandi*) spettava, di regola, a chi affermasse una circostanza, non a chi la negasse (*«ei incumbit probatio qui dicit, non*

qui negat»): quindi spettava all'attore in ordine alle affermazioni contenute nell'*intentio* o nella *replicatio*, mentre gravava sul convenuto in ordine alle affermazioni contenute nell'*exceptio* o nella *duplicatio*.

Mezzi di prova (*probationes*), o comunque di convincimento del giudicante («*argumenta*»), potevano essere: i documenti; le testimonianze (*testimònia*), sopra tutto se spontanee (che avevano quasi il carattere di interventi a difesa); le consulenze tecniche di esperti; i «fatti notori» (cioè talmente e tanto diffusamente conosciuti, da non aver bisogno di dimostrazione); le rilevazioni dirette del giudicante. Ancora, erano mezzi di prova (logicamente molto efficaci, ma comunque mai decisivi): le «ammissioni delle parti» (integranti la cd. *confèssio in iudicio*); e il *iusiuràndum in litem* («giuramento sulla cosa contestata»), proposto (non imposto) all'attore dallo stesso giudicante, affinché stimasse il valore della cosa controversa (*lis*) o del danno sofferto.

Dalla valutazione del materiale probatorio, rimessa esclusivamente al suo «libero convincimento», poteva, peraltro, ben darsi che il giudicante non riuscisse a trarre elementi per una serena decisione a favore dell'attore o del convenuto. In questa ipotesi gli era permesso di effettuare la **rinuncia al compito di emettere la** *sententia*, purché affermasse con giuramento che la soluzione non gli riusciva chiara (*iurare rem sibi non liquère*). In tal caso la causa era rimessa dal magistrato alla cognizione di un altro giudice (*mutatio iudicis*).

(*f*) La *sententia iudicis* («sentenza giudiziale»), con la cui proclamazione (*prolatio sententiae*) si chiudeva la fase *apud iudicem* del processo, era un atto complesso, costituito: *a*) da un «parere» sulla controversia contestata, che il giudicante emanava a conclusione della *cognitio* da lui effettuata (*sententia* in senso stretto); *b*) da un conseguente e connesso «provvedimento» di *condemnatio, adiudicatio* o *absolutio*, che il *iudex* emanava in forza dei poteri conferitigli dal magistrato mediante il *iussum iudicandi* (*iudicatum* in senso stretto). Il giudicato poteva consistere: in un mero accertamento (nel caso dell'*absolutio* e della decisione dei *praeiudicia*), in un accertamento costitutivo (nel caso dell'*adiudicatio*), in un accertamento con condanna (nella maggioranza dei casi). Se il giudicato non si risolveva in un'*adiudicatio*, ma consisteva in una *condemnatio*, il convenuto diveniva titolare di una **obbligazione di eseguire la condanna** (*obligatio iudicati*) nei confronti dell'attore.

L'eventuale condanna del convenuto consisteva sempre in una somma di danaro, determinata già nel *iudicium* oppure rimessa alla valutazione del giudice (*condemnatio pecuniaria*), e mai *in ipsam rem*. Ad essa il convenuto poteva sfuggire (ottenendo perciò l'assoluzione) solo se restituiva preventivamente la cosa di cui avesse spossessato l'attore o se dava preventivo soddisfacimento all'attore del suo credito di cosa determinata (*satisfactio actori*). Molti giuristi (i cd. Sabiniani), giustamente basandosi sulla separazione concettuale esistente tra *sententia* in senso stretto e provvedimento, sostennero pertanto che il convenuto potesse sino all'ultimo momento ottenere in ogni caso l'assoluzione, ove restituisse la cosa o eseguisse la prestazione (e in questo senso si disse «*omnia iudicia absolutoria esse*»).

La *sententia iudicis* poteva essere invalida solo per motivi di forma e, in particolare, per la non corrispondenza del pronunciato del giudicante alle limitazioni a lui

imposte dalla regola di giudizio, cioè dal *iudicium* formulato in sede di *litis contestatio*. La **sentenza validamente emessa** era irrevocabile dal giudicante, inoppugnabile dal soccombente, inevitabile dalla parte che non avesse (o non avesse più) interesse alla sua pronuncia. Particolarmente rigorosa era la regola dell'«inevitabilità», la quale si riferiva: *a*) alla parte (attore o convenuto) assente *apud iudicem*; *b*) alla parte che si fosse tardivamente accorta di aver omesso di fare iscrivere nel *iudicium* un'*exceptio* (o una *replicatio* ecc.) a suo favore (o si fosse accorta di aver prodotto un'*exceptio*, o una *replicatio* ecc., intempestiva); *c*) all'attore che fosse incorso in «eccesso di domanda» (*pluris petitio*), che avesse cioè preteso con l'*intentio* un diritto più vasto o più intenso di quanto il giudicante avrebbe potuto accertare: nel qual caso, dato che il giudicante non poteva sfuggire all'alternativa tra il dichiarare esattamente fondata o non esattamente fondata l'*intentio*, la conseguenza era l'assoluzione del convenuto.

(*g*) La *sententia iudicis* validamente emessa (o la *confessio in iure* nei casi in cui era ad essa equiparata) determinava la *res iudicata* («cosa giudicata» o «regiudicata»), cioè la definizione incontestabile e irretrattabile (per il passato e per il futuro) della questione insorta tra le parti e portata all'esame del giudicante, quindi la fine della lite tra le parti.

Conseguenza della cosa giudicata era, a maggior ragione che per la regiudicanda, il **divieto di identità di causa**, cioè il divieto di riprodurre la stessa questione in giudizio, vale a dire: non solo la inammissibilità di un nuovo procedimento *apud iudicem* (che sarebbe stato invalido), ma sopratutto la cd. «preclusione di altre azioni tra le stesse parti» (o i loro successori o rappresentanti) in ordine allo stesso merito (*bis de eàdem re ne sit actio*: non vi sia azione due volte per la stessa questione). L'eventuale divieto non produceva sempre le stesse reazioni: *a*) se si trattava di *iudicia legitima* relativi ad *actiones in personam* e *in ius conceptae*, la *èadem res iudicata* era rilevabile dal giudice *ex officio* (anche se il convenuto non lo chiedesse o non lo segnalasse) sino al momento della pronuncia della *sententia*, con la conseguenza che il convenuto andava assolto; *b*) se si trattava invece di altri *iudicia* (cioè di *iudicia legitima in personam* con formula *in factum*, di *iudicia legitima in rem* e di *iudicia imperio continentia*), la esistenza di un'identità di regiudicata o di regiudicanda (cioè l'esistenza di una *èadem res iudicata* o di una *èadem res iudicanda*) doveva essere fatta valere dal convenuto, nella fase *in iure*, mediante la formulazione di un'apposita «eccezione di identità di causa» (*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*). In questa seconda ipotesi la posizione del convenuto era, dunque, di gran lunga meno favorevole, potendo egli ben essere condannato di nuovo per una questione identica ove non avesse provveduto a opporre tempestivamente (*in iure*) l'eccezione.

A prescindere dall'efficacia preclusiva, la cosa giudicata e la cosa giudicanda (o meglio, gli atti di cui esse erano espressione: *litiscontestatio*, *confessio in iure*, *sententia*) avevano una «efficacia ordinativa» nei riguardi delle parti e di ogni altro interessato alla controversia: costoro erano, infatti, tenuti per l'avvenire a sottostare al preciso regolamento di interessi risultante dalla *res iudicanda* o dalla *res iudicata*. Ovviamente, erano invece sottratti a tale regolamento di interessi i **terzi estranei alla controversia** (*res inter alios acta tertio neque nocère neque prodèsse debet*). Note-

voli difficoltà pratiche derivarono, peraltro, dalla necessità di stabilire quando si verificasse e quando non si verificasse il caso dell'«identità di causa» (cioè dell'*èadem res, iudicanda* o *iudicata*). In linea approssimativa, i giuristi romani giunsero a stabilire che la cosa giudicata o giudicanda: *a*) incontrassero i loro «limiti oggettivi» nei fatti anteriori o coevi al momento della decisione (oltre i quali fatti non era possibile ammettere la efficacia della *litiscontestatio* e rispettivamente della *sententia*); *b*) incontrassero i loro «limiti soggettivi» nelle persone delle parti in causa, dei loro successori e dei loro aventi causa a titolo particolare (oltre i quali soggetti l'efficacia della *litiscontestatio* e rispettivamente della *sententia* non era estensibile).

(*b*) L'**esecuzione forzata** della sentenza di condanna, nella ipotesi che il soccombente non adempisse l'*obligatio iudicati*, non era conseguibile sulla base della stessa sentenza. Acché si formasse il «titolo esecutivo», giustificante appunto l'esecuzione forzata, occorreva che l'attore passasse a promuovere una speciale «*actio iudicati*», intesa ad ottenere la piena **conferma della sentenza** a suo favore e, per conseguenza, la condanna del convenuto al doppio della primitiva *summa condemnationis*. Ma il convenuto poteva addurre, a sostegno della sua ostinata riluttanza all'adempimento (cioè a conforto della sua cd. *infitiàtio*), solo argomenti intesi a dimostrare la invalidità della sentenza (invalidità limitata, come già si è detto, a questioni di forma): il che generalmente lo sconsigliava dal pervenire alla *litiscontestatio* e dall'esporsi alla condanna nel *duplum*, inducendolo, sia pur con ritardo e malvolentieri, al pagamento della somma dovuta o almeno alla *confessio in iure* del suo obbligo (confessione che gli evitava il carico del *duplum*, pur avendogli concesso qualche ulteriore momento di respiro).

Il **titolo esecutivo** costituito dalla sentenza di condanna conseguente all'*actio iudicati* (o dalla confessione del torto nel procedimento *in iure* aperto con quell'azione) dava finalmente all'attore la possibilità, sempre che il soccombente insistesse nel non adempiere, di agire contro lo stesso soccombente con la *legis actio per manus iniectionem* allo scopo di farselo assegnare in potestà (*addicere*) dal magistrato e di essere ripagato del proprio credito mediante il suo lavoro. La procedura relativa si semplificò, dopo la *lex Iulia* del 17 a. C., sino al punto che bastava al creditore la cd. *ductio debitoris*, cioè la «traduzione» *in ius* del debitore, e ivi la richiesta formale dell'*addictio* al magistrato, per poter conseguire il risultato. Tuttavia le difficoltà e le mitigazioni comportate dall'adozione di questo sistema erano ormai tanto ingenti, che ad esso si ricorreva esclusivamente nell'ipotesi in cui il debitore si fosse ridotto sul lastrico e qualcosa si potesse ricavare da lui solo utilizzando il suo lavoro subordinato: per pochi che egli avesse di beni, meglio era far capo al procedimento della immissione conservativa nel suo patrimonio (*missio in bona* [n. 26]).

26. *Gli istituti complementari delle procedure formulari.* — Molte ragioni, tra cui non ultime la limitazione della procedura formulare al processo di accertamento e la subordinazione della stessa all'accordo delle parti in sede di litiscontestazione, indussero i magistrati giusdicenti romani, ed in particolare il pretore, a porre in essere svariati **istituti comple-**

mentari intesi: alcuni ad attuare procedure piú rapide, altri a garantire l'adesione delle parti al processo, altri ancora ad aggiungere all'esecuzione personale delle pretese giudizialmente accertate mezzi di esecuzione patrimoniale. Tali istituti, quasi sempre basati sull'*imperium* magistratuale (ed anche detti perciò *magis imperii quam iurisdictionis*) furono precisamente: *a*) gli *interdicta*; *b*) le *in integrum restitutiones*; *c*) le *stipulationes praetoriae*; *d*) la *missio in possessionem*; *e*) la *bonorum venditio*; *f*) la *bonorum distractio*; *g*) la *datio bonorum possessionis*.

(*a*) Gli **interdetti** (*interdicta*) erano «provvedimenti ingiuntivi di urgenza», emessi dal magistrato in contraddittorio tra le due parti, allo scopo di evitare le lungaggini del processo ordinario nell'ipotesi di certe fattispecie relativamente semplici ed evidenti. Il magistrato in questi casi pensava bene di ordinare (*interdícere*) al convenuto, su richiesta dell'attore, di compiere una di queste tre attività: *a*) ripristinare (*restitúere*) uno stato di cose che avesse alterato (*interdictum «restitutòrium»*); *b*) esibire un oggetto che tenesse riservato o un soggetto giuridico che tenesse prigioniero (*interdictum «exhibitòrium»*); *c*) astenersi da un certo comportamento (*interdictum «prohibitòrium»*). L'ingiunzione era emanata previo un accertamento sommario della probabile fondatezza delle asserzioni dell'attore: se il convenuto si rifiutava o mancava di ottemperarvi, l'attore poteva passare ad esercitare nei suoi confronti un'azione personale da interdetto (*actio ex interdicto*), dando luogo ad un rapido processo di accertamento volto a confermare (o ad escludere) il buon fondamento dell'interdetto e l'ingiusto inadempimento del destinatario. Di regola, la procedura susseguente a mancata esecuzione di un interdetto era un procedimento «con penale» (*cum poena*), nel senso che comportava (sulla base di vicendevoli promesse) il pagamento di una congrua penale pecuniaria da quella delle due parti che risultasse aver sostenuto a torto la propria tesi.

(*b*) I **ripristini integrali** (*in íntegrum restitutiònes*) erano provvedimenti giurisdizionali «costitutivi», che invalidavano, per diretto intervento del magistrato (*ope magistratus*), fatti giuridici formalmente validi (per esempio, un negozio o anche una *litiscontestatio*), e quindi avevano l'effetto di ripristinare integralmente (*restitúere in íntegrum*) una situazione giuridica che quei fatti avessero compromesso. Il magistrato emanava tali provvedimenti di «annullamento» su richiesta dell'interessato, previo un suo personale accertamento del merito (*causae cognitio*), sulla base di considerazioni di equità, quali l'opportunità di eliminare le conseguenze del *dolus malus* [n. 18] o della *fraus creditorum* [n. 89].

Di solito il magistrato formulava un *decretum* (*restitutionis*) relativo al fatto giuridico da invalidare e subordinatamente concedeva al beneficiato, nell'ipotesi di inosservanza del *decretum*, un *iudicium rescissorium* («giudizio rescissorio») da esercitare per le vie ordinarie contro l'inosservante. Ma se la domanda di *restitutio* era avanzata nel corso della fase *in iure* di un processo, il magistrato ometteva spesso la formalità del *decretum* e inseriva direttamente nella *formula iudicii* (piú precisamente: nell'*intentio* ove si trattasse dell'attore, nella *exceptio* ove si trattasse del convenuto) una *fictio rescissoria* (finzione di avvenuta rescissione), in forza della quale il *iudex* doveva considerare non avvenuto il fatto che egli volesse invalidare.

(*c*) Le **stipulazioni pretorie** (*stipulationes praetòriae*), anche dette *cautiones praetoriae* («promesse imposte dal pretore»), erano l'oggetto di altrettanti provvedimenti cautelari con i quali il magistrato ordinava ad una parte di effettuare ad una controparte una solenne promessa di garanzia nella forma del negozio di stipulazione [n. 67]. Se il destinatario del comando pretorio non si impegnava (in veste di *promíssor*) a pagare una somma di danaro alla controparte (in veste di *stípulans*) per garantirla in ordine al verificarsi di un evento temuto (es.: *cautio rem pupilli salvam fore* [n. 39]), la sanzione a suo danno era una ripulsa dell'azione da lui promossa (*denegatio actionis*), un'immissione in possesso dei suoi beni (*missio in possessionem*) o altro provvedimento pregiudizievole per i suoi interessi.

Le *cautiones praetoriae* si distinguevano in due tipi: *a*) quello delle *repromissiones* («promesse semplici»), se era richiesta la sola promessa del destinatario del comando pretorio; *b*) quello della *satisdationes* («promesse con garanzia di terzi»), se il pretore esigeva che la *promissio* del destinatario fosse accompagnata, a maggior tutela della controparte, da garanzie personali o reali di terze persone.

(*d*) Le **immissioni in possesso** (*missiones in possessionem*) erano provvedimenti magistratuali aventi finalità cautelari oppure finalità di costrizione indiretta all'adempimento. Esse consistevano nella concessione ad un soggetto della disposizione effettiva (*custodia et observatio*) di alcuni o di tutti i beni appartenenti per diritto civile ad un altro soggetto in attesa che se ne chiarisse la sorte definitiva: pertanto al titolare del diritto civilistico il magistrato denegava l'azione se pretendesse di riacquistare la materiale disponibilità dei suoi beni. Nel caso di immissione nel possesso relativa ad un singolo bene si parlava di *missio in rem* (immissione su cespite singolo); se invece l'immissione riguardava l'intero patrimonio di un soggetto si parlava di *missio in bona* (immissione nel complesso dei beni).

Il campo piú vasto e importante di applicazione della *missio in possessionem* era quello dell'**immissione conservativa nel patrimonio** (*missio in bona rei servandae causa*), nell'ammissione di tutti i creditori al posses-

so del patrimonio di un debitore in stato di «insolvenza», cioè di evidente incapacità di far fronte ai suoi debiti. Il magistrato *cum imperio* la concedeva, su semplice richiesta (*postulatio*) fatta da un creditore insoddisfatto nell'interesse di tutti i creditori: il creditore immesso nel patrimonio dissestato acquistava la detenzione [n. 29] dei beni immobili e mobili del debitore, e doveva darne avviso mediante pubblico bando (*proscríptio*) affinché gli altri eventuali creditori potessero farsi avanti con le loro richieste di pagamento e i debitori dell'escusso fossero avvertiti del blocco all'attività patrimoniale di costui. Spesso, quando i creditori istanti erano numerosi, il pretore nominava anche un curatore del patrimonio dissestato (*curàtor bonorum*) per le funzioni di conservazione dei beni e di effettuazione del bando. La durata dell'immissione conservativa nel patrimonio era però limitata (30 giorni al massimo per l'immissione nei beni di un debitore vivente, 15 giorni al massimo per l'immissione nei beni di un debitore morto): se, scaduto il termine, il debitore (o chi per lui) non era riuscito a soddisfare i creditori o a mettersi d'accordo con loro, l'insolvenza diventava irreversibile e sul capo del debitore (vivo o morto che fosse) ricadeva l'infamia [n. 10], mentre i creditori erano autorizzati a passare alla vendita forzata.

(*e*) La **vendita forzata del patrimonio** (*bonorum venditio*) era un procedimento di esecuzione sul patrimonio di un debitore divenuto chiaramente e irreversibilmente insolvibile (il cd. *decòctor*, dissipatore, cioè, a dirla in termini moderni, «fallito»): vi si faceva largamente ricorso in sostituzione o in rinforzo dell'affievolito sistema civilistico dell'esecuzione personale (*ductio* [n. 25 *sub h*]). Oltre coloro (vivi o morti) che avessero subito l'immissione conservativa, vi erano sottoposti: il morto o il soggetto giuridicamente svalutato (il *capite minutus*) che non avessero lasciato eredi e il cui patrimonio non fosse stato reclamato (appunto perché passivo) dallo stato [n. 94]; il debitore che non avesse potuto fruire del beneficio di evitare l'esecuzione patrimoniale mediante una «cessione a saldo» di tutti i suoi cespiti patrimoniali attivi ai creditori (cd. *cessio bonorum ex lege Iulia*).

La **procedura** era schematicamente questa. I creditori iscritti (o cessionari) procedevano all'elezione di un incaricato (*magíster bonorum*), il quale faceva l'inventario dei beni e delle attività, e redigeva quindi un bando di vendita all'incanto degli stessi (*lex venditiònis*). La vendita avveniva in blocco a favore del compratore che offrisse ai creditori la piú alta percentuale dei loro crediti (*bonorum èmptor*). Il compratore del patrimonio era considerato dal diritto onorario successore universale [n. 90] del fallito: per conseguenza, uno speciale interdetto tutelava la sua situazione

nei riguardi dei terzi, ed inoltre egli era ammesso ad esigere i crediti del fallito presso i debitori di lui, agendo in sua sostituzione con speciali azioni onorarie.

(*f*) In talune ipotesi particolari (es.: quando il debitore fosse un senatore), per evitare la rovina economica totale del debitore e la sua infamia, fu praticata la procedura esecutiva della **vendita forzata parcellare** (*bonorum distràctio*), consistente nella vendita alla spicciolata dei cespiti patrimoniali sino a concorrenza dell'ammontare dei crediti.

(*g*) Sostanzialmente analoga ad un'immissione nel possesso del patrimonio di un fallito era l'assegnazione (*datio*) del **possesso para-ereditario del patrimonio** (*bonorum possessio*): provvedimento mediante il quale il pretore concedeva ad una o piú persone (*bonorum possessòres*) il potere di disporre del patrimonio di un defunto a guisa di eredi dello stesso (*loco herèdum*), quindi a titolo di successori universali per diritto onorario. La ragione per cui l'istituto va distinto da un'ordinaria immissione nel patrimonio del defunto è da vedersi nel suo scopo caratteristico, che era, come diremo meglio a tempo debito [n. 90], quello di integrare, a favore dei successori pretorii, il meccanismo ristretto e antiquato della successione prevista dal diritto civile (la *herèditas*).

A tutela del loro potere sui beni ereditarî i *bonorum possessores* avevano l'**interdetto** ***quorum bonorum***, di cui parleremo piú in là [n. 95]. Ma bisogna distinguere sin da ora tra *bonorum possessio sine re* e *cum re*.

(*g*[1]) La ***bonorum possessio sine re*** («non inclusiva dell'eredità», cioè della cd. *res hereditaria*) costituiva la regola e comportava che il *bonorum possessor* potesse difendere la sua situazione giuridica contro tutti, fuorché contro gli eredi civili che si fossero già impossessati dei *bona* o ne chiedessero la restituzione con la petizione di eredità.

(*g*[2]) La ***bonorum possessio cum re*** («inclusiva della sostanze ereditarie»), che finí per avere sempre maggior diffusione nel periodo classico, comportava invece che il *bonorum possessor* prevalesse anche sugli eredi civili: i quali non solo soccombevano anch'essi all'interdetto *quorum bonorum* se si fossero impossessati dei *bona defuncti*, ma inoltre, ove agissero con la *hereditatis petitio*, se la vedevano paralizzata da una *exceptio doli*.

27. ***Le procedure straordinarie.*** — Le procedure straordinarie (*extra ordinem*), che presero a diffondersi in Roma sin dal periodo classico nell'ambito del diritto nuovo, furono altrettante esplicazioni della cd. **cognizione straordinaria** (*cognítio extra òrdinem*): termine, questo, con cui si designano tutti gli interventi di carattere giudiziario, effettuati a fini di tutela sia degli interessi privati sia di quelli della comunità, i quali si di-

scostassero dalle regole piú caratteristiche della **giustizia ordinaria** (*ordo iudiciorum, privatorum* e *publicorum*) fissate dalle due leggi Giulie giudiziarie del 17 a. C.

Per limitarci alla tutela giuridica privata, gioverà dire che, a partire da Augusto, le **esplicazioni della cognizione straordinaria** furono di due tipi: *a*) da un lato, vi fu la *cognitio senatus vel magistratuum*, relativa a materie speciali ed esercitata, secondo metodi spediti e concentrati di procedura, direttamente dal *senatus* oppure da magistrati repubblicani specializzati (es.: il *praetor fideicommissarius*, relativamente alle questioni in tema di *fideicommissa* [n. 96]; i *consules* e piú tardi il *praetor tutelaris*, in ordine a certe questioni tra pupilli e tutori [n. 39]; il *praetor liberalium causarum*, riguardo ai reclami sollevati dai *servi* nei confronti dei loro *domini* restii a manometterli [n. 46]); *b*) dall'altro lato, vi fu la *cognitio principis*, cioè quella che specificamente il *princeps* e la gerarchia dei «funzionari imperiali» (non appartenenti alle magistrature ordinarie ma a lui subordinati) esercitarono, in concorrenza con la *cognitio ordinaria* dei magistrati giusdicenti, in riferimento a qualunque materia di controversia, nell'ipotesi che i cittadini preferissero ricorrere ad essi o richiedessero un loro riesame della causa dopo la *sententia* emessa dal *iudex privatus*.

La ***cognitio principis extra ordinem*** assunse via via, sopra tutto a cominciare dal sec. II del periodo classico, diffusione e importanza tanto grandi da soppiantare in moltissimi casi (pur senza abolirla) la normale *iurisdictio* dei *magistratus*, e comunque da sovrapporsi, in sede di «controllo» e di «revisione», ad essa. In età postclassica la specifica *cognitio* imperiale delle controversie private finí per trionfare del tutto, articolandosi in una gerarchia di gradi e di competenze facenti capo all'istanza suprema dell'*imperàtor* o dei *praefècti praetorio*, che giudicavano in sua vece (*vice sacra*). Tuttavia, anche se il ricorso alle *formulae* del processo ordinario fu messo da parte e finí per essere addirittura abolito, le nuove procedure, come si è già accennato [n. 25], utilizzarono largamente, pur se spesso deformandoli, le esteriorità processuali e i linguaggi dell'*ordo iudiciorum privatorum*: ragion per cui rimasero sempre concepite, al fondo, come procedure *extra ordinem*.

In armonia col crescere e con l'affermarsi, sopra tutto nel periodo postclassico, del principio della assoluta supremazia dell'imperatore, se non come fonte esclusiva del diritto (che fu e rimase sempre, per gran parte, il cd. *ius vetus*), almeno come interprete di esso, la *cognitio extra ordinem* venne sempre piú chiaramente ispirata, attraverso variazioni molteplici che qui non è il caso di descrivere, al principio di base della **subordinazione ai precedenti imperiali**. Subordinazione da intendersi in due sensi: *a*) da un lato, nel senso che i giudicanti, essendo le loro specifiche decisioni sottoposte all'istanza suprema dell'imperatore (o di chi ne facesse le veci), erano ovviamente tenuti a rispettare i «precedenti» interpretativi del diritto (*vetus* o *novum* che fosse) costituiti dalle decisioni supreme; *b*) dall'altro lato, nel senso che i giudicanti dovevano altresí tenere nel massimo conto, ad evitare la riforma delle loro sentenze, anche i precedenti costituiti dalle *leges speciales* (relative a casi singoli piú o meno analoghi) che gli imperatori avessero pronunciato e pubblicato al di fuori della sede giudiziaria. Se si tiene conto delle ul-

teriori limitazioni che furono imposte prima dalla cd. «legge delle citazioni» del 426 e poi dai divieti giustinianei di discostarsi dai principî della grande compilazione del 529-534, la conclusione è che la libertà dei giudici fu in pratica sempre piú mortificata.

Le **caratteristiche generali** delle procedure *extra ordinem* (e in particolare della *cognitio extraordinaria principis*) furono le seguenti sei: *a*) l'**unità del procedimento**, nel senso che l'attività di istruzione e di giudizio non venne piú rimessa al giudice privato, ma fu esercitata dallo stesso funzionario imperiale (o magistrato speciale) davanti al quale la causa era stata promossa; *b*) l'**ufficialità del procedimento**, nel senso che il funzionario-giudice, una volta introitata la causa, aveva poteri assai lati di indagine (di *inquisítio*) sul merito dedotto alla sua cognizione, pur non potendo andare al di là delle richieste formulate dalle parti (*ultra petíta partium*); *c*) la **procedibilità contumaciale**, nel senso che la presenza del convenuto (e la sua adesione all'impostazione della questione di decidere) non fu piú indispensabile, potendosi la procedura espletare, sino alla pronuncia della sentenza, in contumacia, cioè nell'ingiustificata assenza del convenuto o anche talvolta dello stesso attore; *d*) la **impugnabilità della sentenza**, nel senso che contro la sentenza ritenuta ingiusta il soccombente ebbe la possibilità di ricorrere, ai fini di una revisione, al funzionario di grado superiore, sino ad arrivare al prefetto del pretorio e talvolta addirittura all'imperatore; *e*) la **specificità della condanna**, nel senso che la condanna non fu piú necessariamente pronunciata in una somma di danaro, ma venne pronunciata nella stessa prestazione oggetto di controversia, traducendosi in equivalente pecuniario solo se l'esecuzione in forma specifica della prestazione non fosse piú possibile; *f*) la **esecutività ufficiale**, nel senso che, anche in dipendenza dell'ufficialità del procedimento, l'esecuzione forzata della sentenza di condanna fu rimessa ad appositi ufficiali giudiziari statali (gli *apparitòres* o *officiales*).

Tanto premesso sul piano generale, non crediamo che valga la pena di descrivere minuziosamente le svariate **vicende delle procedure straordinarie**, sopra tutto in periodo postclassico. Ci limitiamo a ribadire che il processo straordinario, pur essendo sostanzialmente sempre piú diverso dalla procedura formulare ordinaria [n. 25], ne conservò o cercò di imitare esteriormente le forme e il relativo linguaggio (es.: *intentio*, *condemnatio*, *exceptio*, *praescriptio* ecc.): il che può trarre in inganno chi legga poco cautamente le fonti di conoscenza a noi pervenute attraverso le compilazioni postclassiche.

A puro titolo sussidiario, ecco comunque qui di sèguito le **linee generalissime** delle procedure straordinarie.

(*a*) Il **processo di cognizione** era introdotto da un atto non piú esclusivamente di parte, quale era la vecchia *in ius vocatio*, ma era integrato in maggiore o minore misura, dall'autorità dello stato: la **convocazione in giudizio** (*evocatio*). I modi di convocazione prevalenti furono quello mediante «denuncia della lite» (*evocatio denuntiationibus*) e quello mediante «scambio di comparse» (*evocatio per libellos*), che prevalse in età giustinianea. La **denuncia della lite** (*litis denuntiatio*) era un atto che l'attore notificava al convenuto per mezzo di un «ufficiale giudiziario» (*exsecútor*) allo scopo di comunicargli la sua pretesa e di invitarlo a presentarsi davanti al giudice in una «udienza fissa» (evidentemente suggerita, in considerazione del proprio «ruolo» di cause pendenti, dal giudice stesso). Lo **scambio delle comparse** (dette *libelli partium*) avveniva mediante notifica tra le parti, a mezzo di ufficiale giudiziario, di un'argomentata comparsa di attacco redatta dall'attore (*libellus conventionis*) e poi da un'argomentata comparsa di difesa redatta dal convenuto (*libellus contradictionis*): comparse entrambe preventivamente vistate dal giudice anche ai fini della fissazione di udienza.

La **comparizione in giudizio**, nelle udienze fissate dal giudice, aveva carattere obbligatorio sia per il convenuto sia per lo stesso attore, trattandosi non solo e tanto di soddisfare un interesse di parte, ma anche e sopra tutto di obbedire ad un ordine emesso dal giudice nell'interesse superiore della giustizia. Ad ogni buon conto, quando il convenuto non fosse notoriamente abbiente, l'attore gli faceva ordinare dal giudice la prestazione a suo favore di una specifica promessa, garantita terzi, di pagare una congrua somma nell'eventualità di assenza in giudizio (*cautio iudicio sisti*): senza di che, il convenuto poteva anche essere tenuto in stato di arresto dall'*exsecutor* sino alla pronuncia della sentenza. Comunque, nell'ipotesi di **mancata comparizione** del convenuto e (con l'andar del tempo) anche talvolta nell'ipotesi di mancata comparizione dell'attore, il processo poteva egualmente svolgersi in ***contumacia*** **dell'assente**, purché la parte comparsa in giudizio lo richiedesse esplicitamente e purché la parte non comparsa insistesse nell'astenersi dal comparire malgrado quattro successivi ordini emessi nei suoi confronti dallo stesso giudice con quattro successivi editti, l'ultimo dei quali era detto «editto perentorio» (*edictum peremptòrium*, o piú semplicemente *peremptorium*).

La **trattazione della causa** davanti al giudice (*causae coniectio*) aveva inizio con la **contestazione della lite** (*litis contestatio*), intesa nel nuovo senso di momento in cui al giudice era sottoposto il materiale di causa dalle due parti. Seguiva il cd. ***medium litis***, nel corso del quale si dava corpo allo scontro tra la *narratio* dell'attore e la *contradictio* del convenuto, potendosi aggiungere alle istanze iniziali anche eccezioni e controrepliche (*exceptiones* e *replicationes*) intese nel senso di nuovi argomenti e nuove richieste per l'attore e il convenuto. In un'**udienza finale** (*ultima cognitio*) le parti rassegnavano le loro conclusioni e il giudice chiudeva il dibattimento, riservandosi di decidere. Poiché il processo poteva aver luogo anche in contumacia di una delle parti (e in particolare del convenuto), era imposto alle parti (o a quella presente in causa) un *iusiurandum calumniae*, giuramento solenne di non pronunciare accuse o difese ingiuste; lo stesso obbligo incombeva sugli eventuali

advocati, che con l'andar del tempo furono sempre piú frequentemente utilizzati come rappresentanti tecnici delle parti.

(*b*) L'istruzione probatoria nel processo di cognizione fu sottratta al dominio delle parti e fu affidata in prevalenza all'iniziativa del funzionario-giudice, in omaggio al sistema dell'*inquisitio*. Ma il giudice, quando non fosse personalmente l'imperatore, la cui volontà era legge, doveva obbedire a sua volta a tutto un complesso di regole (complesso determinato in parte da esplicite *leges principales* ed implicato per altra parte dal principio della «subordinazione ai precedenti imperiali») relative all'assunzione delle prove, alla loro gerarchia ed alla loro intrinseca importanza. I mezzi di prova offerti all'assunzione da parte sua furono, nell'ordine: *a*) le «constatazioni dirette» di cose o persone, eventualmente operate mediante «accesso giudiziale» in luoghi diversi dalla sede di giustizia; b) i «documenti scritti», ritenuti particolarmente degni di fede se redatti da pubbliche autorità e relativi ad elementi dalle stesse constatati; *c*) la «confessione giudiziale» (*confessio in iudicio*), cioè l'ammissione di fatti contrari alle proprie ragioni resa da una parte spontaneamente, oppure a séguito di un «interrogatorio giudiziale» (*interrogatio in iudicio*) fattole dal giudice su richiesta della controparte (interrogatorio «formale») o di propria iniziativa (interrogatorio «libero»); *d*) il «giuramento giudiziale» (*iusiurandum in iudicio*) effettuato da una parte circa il buon fondamento delle proprie ragioni (secondo le regole venute in essere già in sede di procedura formulare). Se questi mezzi di prova mancavano, o eccezionalmente non erano ritenuti sufficienti alla definizione della controversia, sovvenivano le presunzioni e le testimonianze, che meritano però un cenno speciale.

Le presunzioni giuridiche (*praesumptiones iuris*) erano le conseguenze tratte da un fatto noto per risalire, attraverso una congrua argomentazione logica, ad un fatto ignorato. Largamente usate già in sede retorica come sussidio argomentativo nelle accuse e nelle difese giudiziarie (e perciò dette, in termini generali, *praesumptiònes hòminis*), esse assunsero man mano (già con qualche precedente in periodo preclassico e classico) il rango di presunzioni «giuridiche» se ed in quanto, relativamente a questioni di interesse giuridico, fossero autorevolmente e largamente sostenute da responsi di giuristi, da rescritti dei *principes*, o da precedenti giudiziali. Le presunzioni dispensavano da qualunque altra prova (ed in particolare dal ricorso ai testimonî) la parte a favore della quale fossero stabilite, ma potevano ben essere superate dalla controparte con la prova convincente del contrario. Solo in taluni casi eccezionali, espressamente sanciti da disposizioni di legge, la prova del contrario era esclusa: in ordine a tali si parlava di *praesumptiones iuris et de iure*, cioè di presunzioni «assolute», ben distinte da quelle «relative» (o *praesumptiones iuris tantum*), che costituivano la regola.

Le testimonianze (*testimonia*) fornite da terzi, su indicazione delle parti interessate e dietro interrogatorio del giudice, erano il mezzo di prova piú debole e meno favorito: non ammissibili nei confronti della prova documentale e delle altre prove dianzi indicate e prive di ogni valore, salvi casi eccezionali, quando si riducessero alle dichiarazioni di una persona soltanto («*unus testis nullus testis*», si usava dire). A renderle piú credibili non fu praticata la tortura (come si faceva invece nei giudizi crimi-

nali nei riguardi degli schiavi), ma fu richiesto un solenne giuramento preventivo. Inoltre molto dipendeva dal livello sociale e morale dei *testes*: piú attendibili se di ceto elevato (*honestiores*), meno o punto se di ceto inferiore o infimo (*humiliores*).

(*c*) La **sentenza giudiziale** (*sententia*) era pronunciata dal giudice in pubblica udienza, dopo essere stata redatta e «motivata» per iscritto. Con l'andar del tempo fu assai difficile che essa venisse compilata a breve distanza dall'inizio del processo: la durata dei processi si aggirava normalmente, a causa dei rinvii e delle «questioni incidentali» (*interlocutiones*) eventualmente da risolvere, intorno ai tre anni. La condanna era, nei limiti del possibile, *in ipsam rem*.

Il sistema delle **impugnazioni delle sentenze** (se impugnabili, come di regola) faceva capo all'**appello** (*appellatio*) rivolto per la revisione della sentenza ad un'istanza superiore nonché ad un eventuale **secondo appello** contro le sentenze emesse in sede di primo appello. All'appello si procedeva, dal soccombente o anche dal vincitore non completamente soddisfatto, depositando un ricorso previa notifica alla controparte, presso il giudice *a quo* (cioè presso il giudice che aveva emesso la *sententia*), il quale doveva aver cura di trasmettere l'atto e i fascicoli di causa al giudice superiore, accompagnandoli con una relazione (*litterae dimissoriae*). Davanti al giudice di appello l'appellante poteva, oltre che rappresentare meglio le proprie ragioni e criticare la prima sentenza, anche proporre nuove domande, nuove eccezioni, nuove prove (cd. *ius novorum*); lo stesso valeva per la controparte. Fin che l'appello non era deciso, l'esecuzione della *sententia* era sospesa. Normalmente, non si ammettevano piú di due istanze successive, la seconda delle quali al prefetto del pretorio, le cui sentenze erano inoppugnabili perché emesse, come si è già detto, nelle veci del principe (*vice sacra*). Tuttavia si poteva eccezionalmente ricorrere mediante «*supplicatio*» all'imperatore, affinché ingiungesse allo stesso *praefectus praetorio* un **ultimo riesame** del caso.

(*d*) Il **processo di esecuzione** poteva dar luogo ad esecuzione tanto sulla persona quanto sul patrimonio del soccombente. L'**esecuzione personale** (*ductio*) riacquistò una certa convenienza per il creditore man mano che venne a mancare la manodopera schiavile. Tuttavia il sistema dell'esecuzione patrimoniale fu pur sempre il piú diffuso, anche perché innumerevoli erano gli esenti, per privilegio, da esecuzione personale. L'**esecuzione patrimoniale** aveva luogo mediante l'apprensione di beni determinati (*missio in rem*) o mediante l'oppignorazione di un bene a garanzia di una somma da pagarsi dal soccombente (*pignus in causa iudicati captum*). In caso di insolvenza del debitore, avveniva la «*missio in bona*» dei creditori: i beni non erano però venduti in blocco, ma erano alienati col sistema della *distractio bonorum* (vendita alla spicciolata).

(*e*) In periodo postclassico si formarono svariate **giurisdizioni e procedure speciali**. Ne segnaliamo tre.

(*e*[1]) L'**udienza episcopale** (*episcopalis audièntia*) era la giurisdizione esercitata inappellabilmente dai vescovi nei riguardi dei sacerdoti a loro disciplinarmente sottoposti. Talvolta essa si estendeva, alquanto arbitrariamente, anche a materie non religiose, a detrimento della giurisdizione statale. Anche i laici potevano fruire della *episcopalis audientia*, se ne facessero richiesta.

(*e*[2]) **Il procedimento su rescritto del principe** (*per rescriptum*). L'attore, dopo aver introdotto il giudizio, inviava il suo libello direttamente all'imperatore con preghiera di esprimere con un rescritto (cioè con una costituzione specificamente relativa a quel caso) il suo parere sulla questione ivi esposta. Il *libellus principi oblatus* era restituito all'attore, a cura della cancelleria imperiale, con l'aggiunta del parere richiesto: parere che era però ovviamente subordinato alla condizione che le asserzioni dell'attore fossero fondate sulla verità (*si preces veritate nituntur*). Se il rescritto imperiale era favorevole all'attore, e questi pertanto insisteva nel promuovere il processo, il giudice doveva adeguarvisi: sicché l'unico mezzo a disposizione del convenuto per sfuggire alla soccombenza (e per dar modo al giudice di valutare liberamente la controversia) era di dimostrare che l'attore non aveva rappresentato veridicamente la situazione di fatto.

(*e*[3]) **Le procedure abbreviate** del «*summatim cognoscere*» («cognizione sommaria», detta anche *cognitio de plano*) non erano prestabilite secondo schemi fissi, ma si realizzavano in modi varî, tutte le volte in cui l'urgenza suggerisse l'adozione di una decisione senza le pastoie delle forme ordinarie.

CAPITOLO V

I RAPPORTI GIURIDICI ASSOLUTI

SOMMARIO: 28. I rapporti assoluti del diritto privato. — 29. Il possesso. — 30. Il possesso interdittale. — 31. La comunione dei diritti assoluti. — 32. Il regime della comunione dominicale.

28. ***I rapporti assoluti del diritto privato.*** — Prima di passare alla descrizione analitica dei **rapporti assoluti del diritto privato**, cui dedicheremo il presente ed i quattro capitoli che seguono (cap. V-IX), è opportuno mettere in evidenza due punti: *a*) che i rapporti assoluti furono i primi ad ottenere rilevanza dal piú antico diritto privato romano, vale a dire dal diritto dei Quiriti (*ius Quiritium*); *b*) che la loro storia arcaica chiarisce il perché di quella che abbiamo già visto [n. 8] essere stata sino all'ultimo una singolarità dello stesso diritto privato di Roma: il riconoscimento della soggettività giuridica ai soli individui familiarmente autonomi (i *sui iuris*) e, tra questi, anzi tutto e sopra tutto, ai capifamiglia maschi (i *patres familiarum*). Il primo punto si intuisce con facilità, essendo i diritti assoluti strettamente connessi ai concetti di appartenenza e di facoltà, che sono stati e sono sempre ed ovunque i piú atti a dare l'idea del diritto. Il secondo punto diventa, non senza qualche fatica, comprensibile solo se ci si richiami a tutto l'ambiente sociale ed economico in cui si formò il diritto dei Quiriti.

Sia pure in chiave di ipotesi e di induzione evoluzionistica, noi riteniamo che preistoria e protostoria del diritto privato romano coincisero con un processo di progressiva formazione della città (*civitas*): cosa ben diversa (e piú tormentata e piú lunga) dalla semplicistica leggenda della

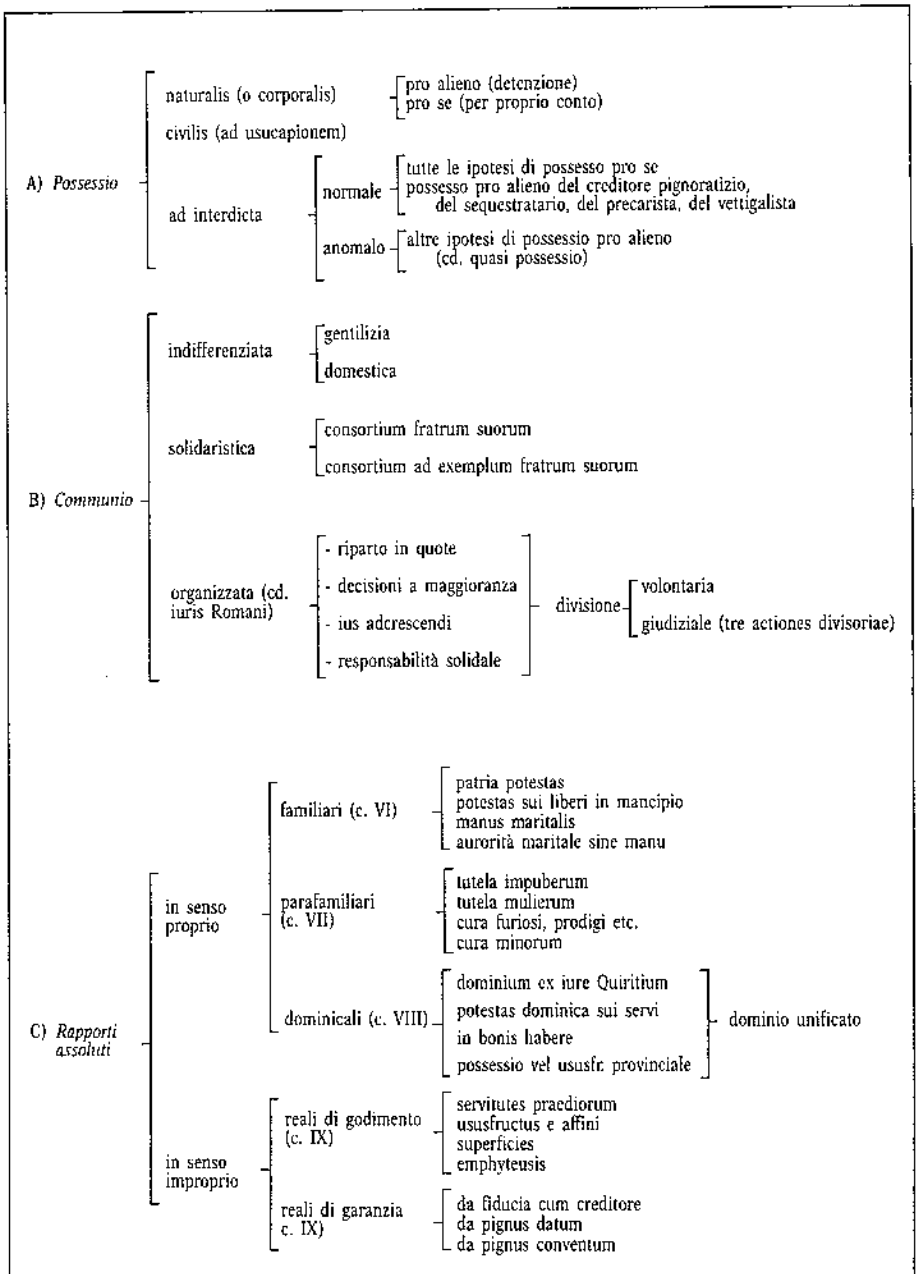


TAVOLA VIII: A) Le ipotesi del possesso (n. 29-30). — B) Le ipotesi della comunione di diritti assoluti (n. 31-32) — C) I rapporti giuridici assoluti (cap. VI-IX).

«fondazione» di Roma, tutta in una volta, ad opera di Romolo o di chiunque altro al suo posto. Se la supposizione è attendibile, come l'esplorazione archeologica tende sempre piú a confermare, quest'epoca della «formazione» (che possiamo far approssimativamente collimare con i secoli VIII-VI a. C.) segnò il lento passaggio da un'economia «comunistica» di carattere essenzialmente pastorale alle prime e imperfette espressioni di un'economia «individualistica» di tipo agricolo: economia individualizzata però non nelle persone singole, ma nelle **famiglie** (*familiae*) di cui erano espressione i relativi capi (i *patres*).

La ragione principale per cui protagonisti del diritto romano privato divennero (e rimasero poi, almeno formalmente, sino all'ultimo) i capifamiglia è da vedersi, in questa stagione lontana, nella struttura fortemente chiusa, tetragona ad ogni impulso di disgregazione sia dall'interno che dall'esterno, dei gruppi familiari agnatizi (spesso probabilmente riuniti, a loro volta, in piú ampie e potenti «genti» [*gentes*] sulle quali in questa sede preferiamo sorvolare). L'interesse dei gruppi familiari, e per essi dei loro capi, non era tanto di assicurarsi l'appartenenza delle terre, le quali erano inizialmente esuberanti e non richiedevano ancora un grande dispendio di mezzi per la loro coltura, quanto era quello di garantirsi la loro stessa autonomia di fronte alle altre famiglie e di fronte alla nascente città. Per il che: da un lato, il regime dell'appartenenza dei beni economici in generale rimase a lungo quello rudimentale e semplicistico della loro utilizzazione a titolo di «appartenenza di fatto», cioè a titolo di mero possesso (*possessio*); dall'altro lato, il «bisogno di diritto» (di *ius*), cioè l'esigenza di una tutela stabile di certi valori ritenuti preminenti, si concentrò piuttosto nella salvaguardia «da ogni attacco esterno» dei nuclei familiari e di quel tanto di terra, di beni, di mezzi di lavoro che fosse strettamente indispensabile a rendere operativa la famiglia sul piano religioso, sociale ed economico.

Naturalmente, a questa impostazione originaria dei rapporti privati fecero séguito, nel corso dei secoli, molti e importanti progressi (tanto piú che nel mondo del diritto fecero ben presto ingresso anche i rapporti relativi, cioè le «obbligazioni» [n. 58]). Comunque, mai essa venne, nella sfera del diritto privato (non cosí in quella del diritto pubblico), sostanzialmente del tutto eliminata.

(*a*) Nel sistema originario del **diritto quiritario** (*ius Quiritium*) fu riconosciuto e tutelato **un solo ed unico schema di rapporto assoluto** (in senso proprio), intercorrente tra il capofamiglia e tutti gli altri Quiriti. Tale rapporto, avuto riguardo alle

facoltà del soggetto attivo, venne denominato in modi varî, ma principalmente: «mano» (*manus*, con evidente allusione alla mano paterna che tiene in pugno il gruppo); o anche (da «*manu càpere*», prendere con la mano) «mancipio» (*mancipium*) o (da «*potis esse*», essere potente) «potestà» (*potèstas*). Il termine **mancipio** (*mancipium*) è quello che, tanto per intenderci, preferibilmente adotteremo.

(*a*[1]) **Oggetto del mancipio** fu tutto quanto il gruppo familiare a base agnatizia, in tutti i suoi distinti e svariati elementi (*familia*). Elementi rappresentati: *a*) dai discendenti in linea maschile (*filii, nepotes ex filio, pronepotes* di ambo i sessi, i quali erano tutti denominati «figli di famiglia» (*filii familias*), in quanto legati al capo, oltre che dal mancipio, dal vincolo della procreazione («*adgnati*» in senso stretto); *b*) dagli «arrogati» (*adrogatî*), cioè dai capifamiglia estranei, che, rinunciando allo stato di autonomia, si fossero liberamente assoggettati al capo, e fossero stati quindi ridotti, in una con i proprî sottoposti, in condizione di suoi figli (di suoi «*adgnati*» in senso lato); *c*) dalle donne provenienti da altre famiglie ed entrate a far parte della nuova famiglia sopra tutto per essere le mogli del capo o dei suoi figli (*uxores in manu*), tutte però sotto la potestà del capo, e quindi in luogo di figlie (*filiarum loco*); *d*) dai membri (come *patres* o come *filii*) di altre famiglie (restanti pur sempre tali) che il capo avesse acquistato, a tempo o in perpetuo, a titolo di forze di lavoro aggiuntive e che perciò fossero (solo entro questi limiti) sottoposti al suo mancipio, detti anch'essi, per traslato «mancipii» (*mancipia* o *liberi in mancipio*), ma non noverati tra gli agnati; *e*) dagli schiavi (*servî*), cioè dai prigionieri di guerra provenienti da altre comunità politiche, che non fossero stati uccisi, ma fossero stati conservati (*servatî*) per il lavoro; *f*) dall'abitazione familiare (*domus*: dall'ètimo indo-europeo «*dham*», che è lo stesso di «*familia*») con il piccolo podere ereditario (*herèdium*) circostante, o anche, piú tardi, dal fondo agricolo ottenuto a séguito di una pubblica ripartizione e assegnazione di terre (il *fundus in agro Romano*); *g*) dagli animali domestici di maggiore importanza, che fossero destinati ai lavori agricoli ed ai servizi familiari, sia di coltivazione dei campi che di trasporto (*animàlia quae collo dorsove domantur*, cioè sottoposti al giogo e al basto: buoi, muli, asini, cavalli). Questo catalogo non riflette il molto piú esiguo assetto sociale ed economico dei primissimi tempi, ma già tiene conto degli estendimenti e degli avanzamenti verificatisi, ferma restando la struttura formale del diritto quiritario, nella fase estrusco-latina della città (quella inaugurata dall'etrusco re Tarquinio Prisco) e anche dopo, nel quadro del diritto civile repubblicano: in tempi, cioè, nei quali Roma passò ad una vita economica cittadina piú intensa e articolata, si avviò alle prime conquiste territoriali, fece in modesta misura i suoi primi schiavi e fu teatro dell'ovvia tendenza dei capifamiglia a rinsaldare e ad allargare i loro patrimonî (sopra tutto fondiarî), visto che questi costituivano la base della loro influenza nella comunità cittadina.

(*a*[2]) **La condizione giuridica degli oggetti** sopra indicati non era, peraltro, identica per tutti. In primo luogo, **la casa, il fondo, gli animali da soma o da tiro** erano oggetti giuridici «per loro natura», che non avrebbero mai potuto mutare questa loro qualità (pur se trasferiti da un soggetto attivo ad un altro, e pur se abbandonati a se stessi) e che appunto perciò passarono piú tardi ad essere detti «cose» (*res*) in senso proprio. In secondo luogo, **gli esseri umani sotto mancipio e**

sotto mano erano sottoposti «provvisorî», che potevano essere anche affrancati (*manumissi*) o dismessi per effetto di divorzio, e che tornavano in tal caso alla loro condizione giuridica precedente: o di capi a tutti gli effetti delle loro famiglie, o di sottoposti del loro capo originario. In terzo luogo, gli schiavi erano invece oggetti «normali» di rapporti giuridici (ed appunto perciò furono inclusi più tardi tra le cose), ma con questa particolarità: di poter essere eventualmente affrancati alla stregua dei liberi sottoposti a mancipio e di diventare per questa via, essendo privi di una famiglia romana di origine a cui far ritorno, non solo *liberi*, ma (si noti) anche cittadini e soggetti di diritto privato. In quarto luogo, i **discendenti agnatizi** (in senso stretto e in senso lato) erano oggetti giuridici «a titolo temporaneo», ma potenzialmente erano soggetti giuridici, perché sarebbero divenuti indipendenti, in un futuro più o meno lontano, allorché il capofamiglia della loro stirpe agnatizia fosse scomparso: essi vennero pertanto contraddistinti anche col termine di «liberi» (o di «*capita*»), cioè di membri in qualche modo già influenti nella vita della comunità. Le premesse di una dissoluzione del *mancipium*, schema giuridico troppo elementare per ricomprendere realtà sociali ed economiche tanto disparate, furono costituite appunto dalla **progressiva diversificazione** delle esigenze poste dai suoi oggetti sul piano della realtà sociale ed economica.

(*a*[3]) **Al di fuori degli elementi della famiglia** ora indicati nessun altro cespite, abbiamo detto, aveva rilevanza per il diritto quiritario. Ogni altro cespite interessava solo l'ancora debole ed approssimativo ordinamento (si badi: non giuridico) della città, cioè il cd. «ordinamento statale», e costituiva: *a*) oggetto di «comunanza» dei cittadini nel loro insieme; *b*) oppure oggetto di «possesso materiale» («*possessio*») dei singoli capifamiglia. In **comunanza** dei *cives* tutti erano i terreni non assegnati al mancipio delle famiglie, cioè i terreni che nei cd. tempi storici sarebbero stati poi qualificati come agro pubblico, terra della comunità (*ager publicus*). In **possesso** dei singoli *patres*, cioè in loro disposizione materiale (priva di specifica rilevanza giuridica, ma non certo di consistente rilevanza sociale), erano le «cose non familiari» (*res non familiares*: cose mobili e *animalia* non *màncipi*). Ed è ovvio che le cose non màncipi in tanto erano appetite, apprese e custodite dai loro possessori, in quanto costituissero ai loro occhi «ricchezza» in senso economico, cioè mezzi esuberanti rispetto alle strette necessità familiari e perciò utilizzabili per finalità di consumo o di scambio, di maggiore agiatezza e potenza sociale: nella quale ipotesi il termine utilizzato per qualificarle fu tradizionalmente quello di «*pecunia*».

(*b*) Sarebbe azzardato voler precisare minuziosamente il processo storico di **transizione** dall'assetto dianzi tracciato del *ius Quiritium* al **successivo assetto del diritto civile antico** (*ius civile vetus*): è più facile individuare gli stacchi tra posizioni estreme che cogliere attendibilmente i varî passaggi tra le posizioni di partenza e quelle di arrivo. In linea molto approssimativa, ed altrettanto ipotetica, le cose andarono presumibilmente così. Per un verso la sfera dell'ordinamento giuridico si estese dall'àmbito originario della famiglia sino a ricomprendere anche quello della cd. *pecunia*; per un altro verso la crescente diversificazione tra gli oggetti di potestà giuridica, in una società che andava facendosi sempre più articolata e complessa, re-

clamò ed ottenne la progressiva formazione di «regimi specifici», ciascuno adeguato al suo particolare oggetto, e tutti perciò non più immediatamente espressivi di un istituto unitario, ma collegati tra loro solo da residue analogie. Di qui il lento costituirsi, attraverso la mediazione delle leggi più antiche e dell'interpretazione pontificale e laica dei sec. V-IV a. C. (ed anche oltre, sino al sec. III a. C.), di **tre nuclei distinti di rapporti giuridici assoluti**: *a*) quelli «familiari» in senso stretto; *b*) quelli «parafamiliari»; *c*) quelli «dominicali e paradominicali», questi ultimi incentrati intorno all'istituto del dominio quiritario (*dominium ex iure Quiritium*).

(*b*[1]) In ordine particolarmente al **dominio quiritario**, cioè derivante («*ex*») dal diritto quiritario delle origini (*dominium ex iure Quiritium*), che fu l'istituto centrale dei rapporti dominicali e paradominicali, un esame anche superficiale della sua struttura nei cd. tempi storici porta a rendersi conti della sua natura «composita». Sono infatti chiaramente ravvisabili in esso le tracce della progressiva, anche se tutt'altro che perfetta, **fusione tra due istituti quiritarii**: quello del mancipio sui cespiti familiari e quello coevo, ma extra-giuridico, del possesso (*possessio*) sui cespiti non familiari. Del *mancipium* il dominio ereditò sopra tutto il carattere di piena «giuridicità» del rapporto, cioè di indipendenza dello stesso dall'esigenza di una materiale ed effettiva disponibilità (*possessio*) dell'oggetto da parte del soggetto attivo (il *dominus ex iure Quiritium*); del possesso extra-giuridico il dominio ereditò sopra tutto il carattere di rapporto a fondamento economico attinente a *res* costituenti per il soggetto attivo «ricchezza» immobiliare o mobiliare. Va tuttavia rimarcato: che il regime specifico delle cose ebbe connotazioni essenzialmente diverse a seconda che si trattasse di cose màncipi (derivanti dalla *familia* quiritaria) o di cose non màncipi (derivanti dalla *pecunia* dell'età quiritaria); e che la stessa denominazione unitaria dell'istituto come dominio quiritario (*dominium ex iure Quiritium*) fu raggiunta con faticosa lentezza (e mai in modo completo) solo verso la fine del sec. II a. C.

(*b*[2]) Il faticoso processo di formazione del dominio quiritario comportò due rimarchevoli **conseguenze**. La prima fu che il mancipio sugli schiavi, avendo carattere prevalentemente economico, fu attratto entro il dominio e ne divenne una sottospecie, peraltro con peculiari residui del regime originario, che chiameremo la **potestà padronale** (*potèstas domínica* [n. 46]). La seconda fu che per l'utilizzazione dei fondi (*praedia*) siti *in agro Romano*, cioè di quelli costituenti oggetto di mancipio in territorio romano evoluto, si profilarono le prime e più essenziali cd. **servitù rustiche** (*servitutes rusticae*: denominate appunto perciò *servitutes màncipi*): quelle di passaggio a piedi o con animali o su carri (*iter, actus, via*) o di sistemazione di una condotta d'acqua attraverso un fondo vicino [n. 50].

(*c*) Nell'**assetto più evoluto del diritto civile antico**, cioè in quello di un diritto consuetudinario opportunamente integrato dagli apporti delle leggi pubbliche, il distacco fra i tre nuclei dei rapporti assoluti dianzi indicati (quelli familiari, quelli parafamiliari, quelli dominicali e paradominicali) si accentuò sino a diventare, entro un contesto sociale ed economico ormai fortemente più complesso di quello delle origini, una netta diversità tra gli stessi. Di pari passo, ovviamente nell'ambito di ciascun gruppo di rapporti, i singoli istituti si individualizzarono ulte-

riormente o addirittura si scissero in istituti distinti, in modo da corrispondere ciascuno ad una precisa e ben definita funzione.

(*c*[1]) I **rapporti familiari**, culminanti nella *patria potestas* del capo-famiglia, furono ristretti ai membri liberi della *familia* (principalmente, i *filii* naturali o arrogati, gli ulteriori discendenti, le *uxores in manu*, nonché le cd. *uxores sine manu*, di cui diremo a suo tempo). La loro disciplina assolse un duplice compito: quello di evitare il piú possibile, almeno sino alla morte del *pater*, il frazionamento del *patrimonium* familiare (che spettava appunto, giuridicamente, al *pater*); e quello di permettere alla *familia*, caratterizzata come era dal livello del suo patrimonio, il mantenimento di un rango politico e sociale che un prematuro frazionamento avrebbe potuto notevolmente ridurre. Infatti la maggiore consistenza di un patrimonio unitario implicava non solo la possibilità di una sua crescita piú rapida attraverso impieghi profittevoli anche di carattere commerciale, ma altresí e sopra tutto il diritto del *pater* e dei *filii* di sesso maschile ad essere tutti iscritti, nei *comitia centuriata*, ad una classe (di *pèdites*) superiore anziché ad una classe inferiore (e politicamente meno influente).

(*c*[2]) I **rapporti parafamiliari**, e cioè i varî tipi di *tutela* e di *cura*, sottostettero ad un regime essenzialmente coerente con le ragioni di fondo della disciplina impressa ai rapporti familiari. Dato che venne riconosciuto progressivamente (e non senza forti resistenze, di cui rimasero tracce sino a tutto il periodo classico) che in mancanza di un *pater familias* sovraordinato fossero giuridicamente capaci (*sui iuris*) anche gli *impuberes*, le *mulieres*, i *furiosi*, i *prodigi* ed altri minorati, il *ius civile vetus* si sforzò in modi varî di salvaguardare il *patrimonium* di questi soggetti giuridici, ritenuti peraltro incapaci di agire. In un ambiente sociale, economico e politico in cui l'importanza del cittadino era direttamente proporzionale alla «cifra» del suo *patrimonium*, si può comprendere, sul piano del realismo (maldestramente mascherato dalle correnti motivazioni di carattere morale), come mai la protezione degli incapaci di agire (purché soggetti giuridici) sia giunta col tempo ad essere addirittura considerata un servizio pubblico, un «*munus publicum*».

(*c*[3]) I **rapporti dominicali**, divenuti fulcro e ragione essenziale di una concezione della società chiaramente orientata verso la concentrazione della ricchezza e la prevalenza dei piú ricchi sui meno ricchi, videro la loro disciplina articolarsi in maniera conseguenziale e accrescersi di una serie sempre piú vasta di **rapporti paradominicali**, di rapporti assoluti in senso improprio [n. 49]. Il motivo della moltiplicazione dei diritti assoluti su cose di cui altri avesse il *dominium* fu, in particolare, quello di conciliare la tendenza alla conservazione della titolarità del *dominium ex iure Quiritium* con la convenienza di concedere ad altri soggetti giuridici piú capaci o piú disponibili l'utilizzazione economica delle *res* che ne costituivano l'oggetto. È a quest'ultima direttiva, in particolare, che vanno ricollegati il diffondersi delle applicazioni e l'incremento del numero dei *iura praediorum* (*rusticorum* e *urbanorum*), cioè delle cd. servitú prediali, nonché il sorgere dell'*ususfructus* (usufrutto) e di taluni istituti ad esso affini.

(*d*) Il **diritto civile nuovo**, attinente com'era sopra tutto ai rapporti relativi, non influí in modo apprezzabile sulla evoluzione del regime giuridico dei rapporti

assoluti. Ma indirettamente pesò moltissimo: sia per l'ampliamento degli orizzonti del commercio giuridico che comportò, sia per il forte ridimensionamento di certi valori giuridici tradizionali che conseguentemente implicò.

Nel quadro dello sviluppo tropicale dei traffici mediterranei, non solo il *ius civile novum* svelò ai Romani nuovi e piú agili modi di impiego profittevole della ricchezza (ad esempio, attraverso le *emptiones et venditiones* produttive di obbligazioni o le *locationes et conductiones* parimenti obbligatorie dei beni), ma li fece altresí consapevoli della possibilità di giungere a posizioni di rilievo economico e sociale seguendo vie diverse da quelle del potenziamento dell'organizzazione familiare, dell'estensione del *dominium ex iure Quiritium* immobiliare, dello stesso accaparramento della *possessio* extragiuridica degli *agri publici*: seguendo, ad esempio, le vie delle imprese commerciali di terra e di mare, dell'appalto delle imposte, della cooperazione economica basata sul ricorso alla *societas*.

Ne derivò che, almeno tendenzialmente, il protagonista del *ius privatum* non fu piú visto soltanto nel cittadino *pater familias* (o, piú in generale, *sui iuris*), ma fu visto (o almeno intravvisto) anche in chi, pur se *alieno iuri subiectus*, fosse comunque in grado di provvedere a se stesso, di creare ricchezza con la propria iniziativa, di tradurre la propria attività in danaro ed in merci di scambio.

(*e*) L'assetto classico degli istituti sopra menzionati corrispose appunto alle istanze di una società che non sentiva piú l'esigenza imperiosa di una concentrazione della ricchezza nelle *familiae*, ma puntava decisamente a favorire la piena disponibilità della stessa da parte delle persone che fossero maggiormente capaci di impiegarla nella produzione di altra ricchezza: il che dipese non solo dall'apporto del diritto onorario, ma anche da quello della riflessione giurisprudenziale preclassica e classica, nonché da quello dello stesso diritto nuovo del periodo classico. Anche se lo schema giuridico fondamentale della *familia* non fu ripudiato, in misura rilevantissima ne fu attenuata progressivamente la rigidità: sia sul piano del riconoscimento della mera capacità di agire [n. 15] ai sottoposti (*liberi* e *servi*), sia sul piano delle facilitate affrancazioni degli schiavi [n. 46], sia sul piano dell'ammissione alla successione senza testamento (*successio ab intestato*) di una piú larga sfera parentale (la *cognatio*) [n. 92].

Sulla base di questi nuovi presupposti e in correlazione con una economia dinamicamente orientata verso la circolazione della ricchezza e verso la concorrenza tra gli operatori economici: *a*) si configurarono (in parallelo con l'ulteriore sviluppo delle obbligazioni, di cui parleremo a tempo debito) nuovi rapporti assoluti in senso improprio (la *superficies*, il *ius in agro vectigali*, il *pignus*, l'*hypotheca*); *b*) furono ancor piú facilitati i trasferimenti del dominio e dei diritti affini; *c*) venne infine accordata sempre piú larga protezione giuridica, quando i titolari di certi poteri assoluti non fossero o non si rendessero individuabili, a chi esercitasse di fatto e pubblicamente le facoltà inerenti a quei poteri (a chi fosse cioè nella situazione di *possèssor*).

(*f*) Nel periodo postclassico l'evoluzione già profilatasi nella tarda età preclassica e nell'età classica si accentuò e fu causa ed effetto, al tempo stesso, della profonda crisi sociale ed economica che afflisse la vita dell'impero assolutistico. Soverchiata la repubblica dall'organizzazione dell'impero, venuta meno la coesione all'in-

terno delle famiglie, ridotta la libertà dell'iniziativa economica privata ai minimi termini, giunta a quasi totale esaurimento quella immensa disponibilità di lavoratori a basso costo che era stata costituita dagli schiavi, la configurazione tradizionale dei rapporti assoluti del diritto privato fu quasi completamente travolta: travolta, sí, ma senza essere surrogata da nuove e apprezzabili strutture.

(*f*[1]) I **rapporti familiari e parafamiliari**, aventi ad oggetto uomini liberi, persero quasi del tutto, in periodo postclassico, anche per influenza del cristianesimo, la loro connotazione di rapporti assoluti. Le facoltà disciplinari del *pater* (e a maggior ragione quelle dei *tutores* e dei *curatores*) si dissolsero ancor piú e si trasformarono piuttosto in poteri-doveri di allevamento, di educazione e di guida dei sottoposti nella selva delle difficoltà e delle insidie della vita giuridica; rilevanza giuridica sempre maggiore fu riconosciuta alla *familia* naturale, basata sul legame cognatizio, e nel suo interno i *filii* furono in piena soggezione del *pater* non piú sino alla scomparsa di lui, ma solo sino al raggiungimento della maggiore età, fissata intorno ai venti anni (dopo di che acquistarono autonomia patrimoniale praticamente illimitata in ordine ai loro separati *peculia*). Il «diritto di famiglia», fatto di rapporti strutturalmente ambigui e fortemente influenzati dall'ordinamento pubblicistico, passò conseguentemente a costituire un capitolo autonomo del *ius privatum*.

(*f*[2]) Differenziatisi dai rapporti familiari, i cd. **diritti reali** (*iura in re*) poterono, sempre in età postclassica, essere piú facilmente sistemarsi ad unità, eliminandosi taluni duplicati delle età precedenti. Ma gli accostamenti sistematici tra istituti analoghi non furono sempre e in tutto razionali ed organici: spesso, sopra tutto nelle valutazioni della scadentissima giurisprudenza della parte occidentale dell'impero, si risolsero in autentiche confusioni, principalmente nella confusione tra *possessio* e *dominium*. A parte ciò, gli esempi piú importanti di aggregazioni in categorie unitarie dei rapporti giuridici reali furono costituiti: *a*) dalla unificazione nell'istituto denominato genericamente «*dominium*» dei tre istituti classici del «*dominium ex iure Quiritium*», dell'«*in bonis habere*» pretorio, e della «*possessio vel ususfructus*» dei fondi provinciali; *b*) dalla tendenziale riunione dei singoli «*iura praediorum*» entro lo stampo unitario delle «*servitutes praediorum*»; *c*) dalla tendenziale confluenza in un'unica categoria, denominata «*servitutes*», sia delle servitú prediali sia degli altri diritti assoluti reali di godimento (*ususfructus, usus* e rapporti affini); *d*) dalla formazione della «*emphytèusis*», nella quale si riversarono varî istituti tra loro affini delle epoche precedenti; *e*) dal profilarsi di una categoria generale dei «*iura in re aliena*» distinta dal *dominium* e comprendente i rapporti reali in senso improprio.

29. *Il possesso.* — Il rapporto assoluto (in senso proprio) denominato usualmente «possesso» (*possessio*, ma anche, talvolta nel linguaggio meno sorvegliato, *potèstas*), rapporto basato sulla **disposizione attuale ed effettiva di una cosa**, fu riconosciuto dal costume sociale romano, come abbiamo detto, sin dai tempi piú antichi. Se il diritto quiritario tenne il possesso al di fuori della propria sfera di azione, fu solo perché i suoi in-

teressi erano limitati alla famiglia ed agli elementi essenziali al suo funzionamento (*familia* e *res familiares*), e perché alla tutela della qualifica di capofamiglia era sufficiente l'istituto consuetudinario del mancipio (*mancipium*) sulle stesse. Ma era inevitabile che, con il passar del tempo e con il progresso economico della società quiritaria, si verificasse una parallela **estensione** degli interessi dell'ordinamento giuridico **anche agli altri oggetti** (alle cose non familiari, cioè alle *res nec màncipî*), e che pertanto il possesso (in origine relativo soltanto a queste ultime, alle cose non màncipi) entrasse a sua volta progressivamente nel mondo del diritto.

Fu quanto in effetti avvenne, probabilmente a partire dal sec. VI a. C., sebbene sia subito da aggiungere che avvenne solo in modo alquanto imperfetto.

(*a*) Per intendere appieno la storia del possesso in Roma, è opportuno precisare meglio quale fosse la differenza tra possesso e mancipio ai tempi della vigenza del **diritto quiritario**. I due istituti erano diversi essenzialmente per ciò: *a*) che il **possesso** consisteva nel «fatto giuridicamente irrilevante» (rilevante cioè solo sul piano genericamente sociale) della disponibilità attuale ed effettiva di una cosa (piú precisamente, di una cd. *res non familiaris*) e durava sino a che questa materiale disponibilità non fosse andata perduta; *b*) il **mancipio** consisteva invece nel «diritto» di godere e disporre di un oggetto (piú precisamente, di un cespite rientrante nella *familia*, di una cd. *res familiaris*) e sussisteva indipendentemente dalla disponibilità di fatto del suo oggetto.

(*a*[1]) Dato che il possesso era estraneo al diritto quiritario e che il suo riconoscimento da parte del costume sociale era collegato alla disponibilità effettiva di una cosa, è evidente che **possessori** potevano essere non solo i capifamiglia, ma anche tutti i loro **sottoposti in stato di libertà**: pensiamo tuttavia che anche nel costume sociale dovesse essere diffusa la prassi che i capifamiglia, valendosi della posizione di preminenza assegnatagli dal diritto nei confronti dei sottoposti, reclamassero per sé le cose possedute da questi ultimi. Comunque, quali che fossero le vicende interne delle singole famiglie, la coscienza sociale (non ancora quella giuridica, si badi), ispirandosi ai principî generali della volontà divina (del *fas*), riteneva lecita l'attività esercitata individualmente dal possessore a difesa da ogni attacco di altri, anzi probabilmente riteneva lecita anche un'azione di forza che il possessore esercitasse per il recupero della cose non familiari quando del loro possesso fosse stato privato da altri con la violenza («*vi*») o con il sotterfugio («*clam*»).

(*a*2) Sempre ai tempi del diritto quiritario, ma **all'interno della sfera di quest'ultimo**, si formò lentamente un istituto denominato **uso** (*usus*), il quale era strutturalmente analogo al possesso extragiuridico ora visto (quello delle cose extrafamiliari) e consisteva, piú precisamente, nell'uso, nell'utilizzazione di fatto (insomma nella disponibilità attuale ed effettiva) di un **oggetto familiare** (di un oggetto tipicamente rientrante nell'istituto della *familia*) da parte di un **capofamiglia** che non fosse titolare del relativo mancipio. Detto in altre parole, l'uso era l'esercizio di fatto delle facoltà del capofamiglia in ordine a qualche cespite della sua famiglia (per esempio, la *domus*, una *filia* ecc.) effettuato da un capofamiglia estraneo. Pratica, questa, ovviamente illecita in via di principio, ma che la coscienza sociale non ebbe difficoltà a ritenere lecita, a titolo di eccezione, nell'ipotesi che si realizzasse **pacificamente** e **ostentatamente**, con il gradimento esplicito o almeno con la tolleranza implicita del titolare del mancipio. In quest'ipotesi, infatti, l'uso altro non era che un espediente pratico per far sí che un capofamiglia estraneo potesse sfruttare temporaneamente gli elementi di una famiglia non sua: elementi di cui egli avesse concreto bisogno e di cui il vero titolare non avvertisse, almeno per il momento, l'occorrenza.

In ordine all'uso, la coscienza sociale fece, col procedere dei tempi (in periodo certamente post-quiritario), qualcosa di piú. Quando l'uso di una cespite familiare da parte di un estraneo fosse un **uso prolungato per un tempo piuttosto esteso**, la conclusione che se ne traeva era che il titolare implicitamente rinunziasse al cespite in favore dell'usuario, e che quest'ultimo ne acquistasse pertanto il mancipio. Furono le XII Tavole a tagliar corto ad ogni dubbio ed a fissare la misura del tempo necessario alla realizzazione dell'acquisto: due anni per i fondi rustici («*fundi*») e un anno per ogni altro cespite familiare (cioè per le cd. «*cèterae res*»).

(*b*) Un sensibile **ravvicinamento dei rapporti possessorî arcaici** (quelli di extragiuridico possesso e quelli giuridici di uso) si verificò, nel quadro del **diritto civile antico**, a causa del processo di formazione del dominio quiritario, avente per oggetto non solo le cose màncipi, ma anche le cose non màncipi. Questo processo storico: da un lato, portò ad una forte riduzione della sfera tradizionale di applicazione del possesso extragiuridico, cui furono sottratte appunto le cose non màncipi; dall'altro lato, implicò che l'uso giuridico, estesosi dalle cose màncipi a quelle non màncipi, assumesse, accanto alla denominazione sua propria, anche, nel linguaggio corrente, la denominazione di possesso a fini di usucapio-

ne (*possessio ad usucapionem*) (valevole ai fini dell'acquisto della proprietà mediante *usus*).

Quanto al **possesso extragiuridico**, esso (lo si è appena detto) si ridusse sensibilmente, tuttavia non scomparve, anzi: *a*) non solo conservò una certa sfera di applicazione residua; *b*) ma addirittura acquistò anche una sfera di applicazione nuova e diversa. Fenomeno, questo, sul quale sarà bene indugiare un momento.

Sfera di **applicazione residua** della *possessio* extragiuridica fu costituita dall'*«ager publicus»*, dal terreno della comunità statale, quando non fosse in comunanza tra i cittadini e fosse assegnato in «godimento provvisorio» a singoli *patres familiarum*: principalmente come *«ager occupatorius»*, concesso dalla repubblica a titolo revocabile (con o senza il pagamento di un canone periodico), oppure (il piú delle volte) come *«ager quaestorius»*, concesso dai magistrati *quaestores* in sfruttamento subordinato al pagamento di un corrispettivo ed eventualmente anche di un canone periodico. Non è il caso di dare ulteriori ragguagli in proposito. Qui basta sottolineare che i concessionari di *agri publici* a titolo provvisorio furono considerati, almeno nel periodo preclassico, non titolari di un *ius in re*, ma solo titolari di una *possessio* (extragiuridica) sugli stessi.

Sfera di **applicazione del tutto nuova** della *possessio* extragiuridica, in una visione piú evoluta delle realtà sociali, fu costituita dagli stessi oggetti dei rapporti giuridici assoluti, e in particolare dalle *res*, quando se ne considerasse non il profilo dell'appartenenza giuridica, ma **il mero profilo della disponibilità di fatto**. Indipendentemente dal problema della sua appartenenza per diritto civile, una *res* (*mancipi* o *nec mancipi*) passò ad essere detta *in possessione* di un soggetto giuridico allorché questi, fosse o non fosse il *dominus ex iure Quiritium*, materialmente e pubblicamente ne disponesse da padrone, e dunque avesse l'«apparenza del diritto» caratteristico dello stesso.

(*c*) Sulla base degli accennati sviluppi e delle accennate riflessioni si formò finalmente, nel corso del **periodo preclassico** avanzato e dal primo **periodo classico**, una concezione organica del possesso: una concezione legata all'antico solo nel nome.

Per **possesso** (*possessio*), in linea generale, si intese una situazione di potere assoluto di un soggetto giuridico rispetto ad un oggetto: **una situazione però di puro fatto**, non prevista da una normativa giuridica, ma basata sulla mera «apparenza», cioè sulla disponibilità attuale (e pacifica e pubblica) dell'oggetto da parte del possessore. Chi volesse eliminare a proprio favore questa situazione extragiuridica di potere era tenuto a dimostrare in giudizio di avere un «diritto» all'ottenimento dell'oggetto. Fino a quel momento il possessore non andava molestato: l'uso della forza nei suoi confronti autorizzava la sua reazione violenta, la sottrazione furtiva della cosa mobile da lui posseduta integrava il delitto di furto, attentati di altro tipo erano anche essi piú o meno radicalmente repressi. Il

che non significava, si ripete, che il possessore fosse il titolare di un diritto sull'oggetto: gli mancava infatti un mezzo giudiziario *ad hoc* per la difesa della sua situazione e inoltre le altre difese ora accennate non erano, a ben guardare, preordinate a garanzia della sua qualifica di possessore, ma erano volte piuttosto a garanzia della pace sociale o a garanzia della sua figura generica di soggetto giuridico (soggetto da non molestare, nella persona o nelle cose, se non con mezzi giuridici e per giustificate ragioni).

(*c*[1]) Nel quadro delle ipotesi di possesso in generale, le **ipotesi specifiche di possesso a fini di usucapione** (*possessio ad usucapionem*) passarono ad essere contraddistinte dalla giurisprudenza anche col nome di **possesso civile** (*possessio civilis*), e ciò perché derivando dall'antico *usus* giuridicamente rilevante, rendeva possibile l'acquisto (col decorso del tempo) della titolarità di un diritto assoluto, pienamente riconosciuto dal diritto civile. Tuttavia, affinché l'effetto acquisitivo potesse prodursi, si richiese (a prescindere da altri requisiti concorrenti, tra i quali, generalmente, la buona fede del possessore): *a*) che l'oggetto dell'impossessamento fosse una cosa atta ad essere o a divenire oggetto di dominio quiritario dell'usucapiente (un *fundus divisus et adsignatus*, ad esempio, e non un'estensione di *ager publicus*, cioè di terra *extra commercium*); *b*) che il possesso fosse fondato su una circostanza oggettiva specificamente ammessa dall'ordinamento civilistico come legittimante l'acquisto del dominio civilistico (*iusta causa possessionis* [n. 48]).

(*c*[2]) In contrapposto al possesso civile, **ogni altra ipotesi di possesso**, essendo inadatta alla produzione di effetti giuridici, si disse solitamente di **possesso naturale** (*possessio naturalis* o *corporalis*), nel senso di «possesso esclusivamente di fatto». Ma nell'ambito del possesso naturale acquistò progressivamente rilievo una suddistinzione ulteriore tra: *a*) **possesso a proprio conto** (*possessio pro suo*), esercitato da un soggetto (non importa se a torto o a ragione) allo scopo evidente di tenere l'oggetto sempre per sé, come proprio («*suus*»), senza cioè ammettere che altri potesse aver diritto su di esso; *b*) **possesso per conto di altri** (*possessio pro alieno*), esercitata invece nell'inequivoco riconoscimento che altri avesse diritto sull'oggetto e potesse richiederne prima o poi la restituzione. Il possesso a proprio conto implicava una rigida volontà di tener sempre la cosa per sé («*animus rem sibi* [*semper*] *habendi*»); il possesso per conto di altri implicava una pura e semplice volontà di detenere la cosa come altrui («*animus rem* [*alienam*] *detinendi*»), ed era anche denominata usualmente **detenzione** (*detentio*).

(*d*) La **concezione organica del possesso**, distinto in possesso civile (*possessio civilis* o *ad usucapionem*) e possesso naturale (*possessio naturalis*), quest'ultimo suddistinto in possesso per se stesso (*pro suo*) e possesso per altri (*pro alieno*, anche detto *detentio*), fu il risultato (è importante ribadirlo) di alcuni secoli di interpretazione giurisprudenziale estremamente raffinata, di cui abbiamo segnalato le importanti ripercussioni sul piano concreto della vita giuridica. Oltre questo avanzato traguardo la giurisprudenza romana non sarebbe potuta andare senza tradire i suoi limiti di scienza interpretativa e non creativa di diritto.

Per compiere ulteriori passi in avanti sarebbe stato necessario un intervento legislativo: intervento che invece per varî motivi mancò quasi del tutto. Fu in considerazione di ciò che la giurisprudenza fece appello, come vedremo qui appresso, all'intervento dei magistrati giusdicenti, cioè al cd. diritto onorario.

30. *Il possesso interdittale*. — L'esigenza di conferire una qualche tutela giuridica anche ai possessori si tradusse nella creazione del cd. **possesso interdittale** (*possessio ad interdicta*), operata dal diritto onorario sullo scorcio del periodo preclassico.

Non in tutte le ipotesi di possesso, ma almeno nelle piú numerose e importanti, i pretori introdussero infatti una serie di **interdetti** [n. 26] intesi: *a*) alcuni a difendere una situazione precostituita di possesso dagli altrui tentativi di invasione (*interdicta retinèndae possessiònis*): «interdetti per la ritenzione del possesso»; *b*) altri ad assicurare il recupero di una situazione di possesso violentemente eliminata (*interdicta recuperàndae possessionis*): «interdetti per il recupero del possesso»; *c*) altri infine a permettere l'acquisto *ex novo* di una situazione di possesso nei confronti di possessori ritenuti meno meritevoli (*interdicta adipiscendae possessionis*): «interdetti per l'ottenimento del possesso».

In tutti questi casi è lecito parlare di **possesso interdittale**, ma bisogna subito avvertire che questa denominazione (o, piú brevemente, la denominazione antonomastica di «*possessio*») fu riservata, nel linguaggio corrente dell'età classica, alle sole ipotesi tutelate da quattro caratteristici interdetti a carattere generale, che saranno indicati tra poco. Questo il motivo per cui, raccogliendo uno spunto terminologico fornito dalle fonti romane, distingueremo tra: *a*) un possesso interdittale «normale» (o «*possessio*» in senso proprio); *b*) un possesso interdittale «anomalo» (o

«quasi possessio»). Dopo di che forniremo qualche cenno in ordine al tema *c*) degli elementi in possesso.

(*a*) Le ipotesi di **possesso interdittale normale** (cioè di *«possessio»* per antonomasia), furono tutte le possibili ipotesi di **possesso per se stesso** (*possessio pro suo*) e, in piú, le seguenti **quattro fattispecie di possesso per altri** (*possessio pro alieno*): il possesso del «creditore pignoratizio» sulla cosa ricevuta in pegno [n. 57], quello del «sequestratario» sulla cosa ricevuta in sequestro volontario [n. 71], quello del «vettigalista» (titolare di un *ius in agro vectigali*) [n. 56], quello del «precarista», vale a dire di colui che avesse ricevuto una cosa in concessione revocabile a volontà del concedente (in *«precarium»*) [n. 80]. La gamma di interdetti posta, in linea generale, a tutela della situazione del possessore normale fu costituita, piú precisamente da due interdetti intesi al mantenimento del possesso (*retinendae possessionis*) e da due interdetti intesi al recupero del possesso (*recuperandae possessionis*).

(*a*[1]) I due interdetti (proibitorî) **per la ritenzione del possesso** vennero usualmente denominati (dalle parole iniziali delle rispettive formule): *«uti possidetis»* e *«útrubi»*. Il primo (*uti possidètis*) proibiva l'uso della forza per sottrarre il possesso di una **cosa immobile** al suo possessore attuale, ma eccettuava il caso del possesso viziato (*possessio vitiòsa*), cioè di un possesso che il possessore attuale avesse ottenuto dall'avversario a solo titolo di precario o gli avesse precedentemente sottratto in modo violento o clandestino. Il secondo (*útrubi*) proibiva l'uso della forza per attribuirsi il possesso di una **cosa mobile** nei confronti di chi l'avesse posseduta per la maggior parte dell'anno precedente.

Mentre il primo interdetto tutelava sempre e in ogni caso il possesso attuale (salvo che nei confronti di chi avesse subíto spoglio violento o clandestino, o avesse concesso la cosa immobile in precario), il secondo, vietando di togliere la cosa a chi l'avesse posseduta per maggior tempo (es.: sette mesi) nell'anno precedente, poteva portare alla conseguenza che il possesso fosse riconosciuto anche a chi sul momento, tra i due contendenti, piú non l'avesse.

(*a*[2]) Gli interdetti (restitutorî) **per il recupero del possesso** ordinavano la restituzione soltanto di una **cosa immobile** (non di altre cose), nell'ipotesi che il convenuto (o persona della sua famiglia) ne avesse scacciato («spogliato») l'attore con la violenza. La differenza stava nel tipo di violenza esercitata. Se lo spoglio era stato attuato senza uso di armi (esercitando una violenza, a dir cosí, di livello ordinario, di quotidiana possibilità), l'interdetto (cd. *«de vi»*), da esercitarsi entro l'anno, ordinava la re-

stituzione della cosa allo spogliato, salvo che quest'ultimo avesse precedentemente conseguito in modo viziato (*vi clam precario*) la cosa stessa dal suo aggressore. Se lo spoglio era stato attuato in modo chiaramente preordinato, con uso delle armi o con l'ausilio di una banda di uomini, l'interdetto (cd. «*de vi armata*») ordinava la restituzione in ogni tempo e in ogni caso.

In età postclassica i due interdetti per la ritenzione del possesso rimasero differenziati dal punto di vista formale, ma all'*utrubi* fu applicato lo stesso regime dell'*uti possidetis*: con tutela cioè del possessore attuale. Gli interdetti recuperatorî furono invece formalmente e sostanzialmente unificati in un unico *interdictum «de vi»* (anche detto «*interdictum momentàriae possessionis*», relativo cioè ad un impossessamento da ritenere del tutto passeggero), che era privo della limitazione «*nec vi nec clam nec precario*», ma poteva essere ottenuto solo entro l'anno dallo spoglio violento.

(*b*) Le ipotesi di **possesso interdittale anomalo** furono costituite da tutte le fattispecie di possesso per altri (*possessio pro alieno*) alla cui difesa il pretore avesse destinato qualche speciale interdetto (diverso, beninteso, dai quattro interdetti accordati a tutela del possesso normale).

Due le **sottospecie**: *b1*) quella del **possesso da concessione** elargito dal magistrato per motivi varî (es.: «*missio in possessionem*», «*bonorum possessio*») e protetta con interdetti o in altri modi; *b2*) quella del **possesso su iniziativa privata**, tutelato dal magistrato nei seguenti casi: il caso del superficiario [n. 55]; il caso dell'usufruttuario [n. 53]; il caso di coloro che esercitassero di fatto un diritto di servitú prediale [n. 50].

In ordine alle ipotesi di possesso su iniziativa privata, la giurisprudenza classica, per sottolineare il fatto che esse non erano assistite da una tutela possessoria normale, parlò talvolta di **quasi possesso** (*quasi possessio*): terminologia che, come vedremo tra poco, la giurisprudenza postclassica intese in senso assai diverso.

La grande importanza assunta dal possesso interdittale nella prassi giuridica romana determinò una larghissima **elaborazione giurisprudenziale** dell'istituto, sopra tutto con riguardo a quello che fu denominato il possesso per antonomasia, cioè con riguardo al possesso interdittale normale. Si trattò, peraltro, di un'elaborazione piuttosto disordinata, assai poco coerente nell'uso delle terminologie, nella quale non sempre sono facilmente differenziabili gli apporti classici da quelli postclassici.

La **giurisprudenza classica** ebbe, probabilmente, sempre ben chiaro il concetto che la *possessio* (e cosí pure la *quasi possessio*) fosse una «*res facti*», cioè l'esercizio di mero fatto, non giustificato dal diritto oggettivo, delle facoltà spettanti al soggetto attivo di un rapporto assoluto (in senso proprio): che essa fosse, insomma, un rapporto extragiuridico. La protezione interdittale accordata al *possessor* non valse a

modificare questa concezione di fondo, perché gli *interdicta* erano, agli occhi dei giuristi classici, provvedimenti giudiziari «di urgenza», intesi non ad accertare in linea definitiva un diritto soggettivo, ma a tutelare l'ordine sociale in attesa di un accertamento cui si sarebbe eventualmente provveduto sulla base di separate *actiones*. Pertanto un vero e proprio «diritto» ad ottenere la tutela possessoria non era concepibile, ed appunto perciò la giurisprudenza classica insistette rigorosamente nell'affermazione che, per aversi *possessio*, non bastasse la volontà di possedere, l'«*ànimus possidendi*», ma occorresse inevitabilmente il concorso del «*còrpore possidere*», cioè di un'effettiva ed evidente disposizione concreta della *res*.

La **giurisprudenza postclassica**, che considerava gli *interdicta* alla stregua delle *actiones* ordinarie (e spesso li denominava per l'appunto «*actiones*»), si orientò invece, sia pure in modo incerto, verso la concezione della *possessio* **come rapporto giuridico**, produttivo quindi di un vero e proprio diritto del *possessor* alla tutela giurisdizionale della sua situazione. Di piú. Agli occhi della giurisprudenza postclassica perse notevolmente importanza il «*corpore possidere*» ed acquistò rilievo dominante o addirittura decisivo l'elemento volontaristico, cioè l'«*animus possidendi*»: lo scadimento del «*corpore possidere*» fece sí che per *possessio* si intendesse, non piú la sola disponibilità materiale di una *res* (*corporalis*), ma ogni esercizio di fatto delle facoltà implicate da un diritto soggettivo (considerato alla stregua di una cd. *res incorporalis*), cioè il comportarsi esteriormente come titolare di un certo diritto non solo assoluto, ma anche relativo; la preminenza dell'«*animus possidendi*» (della volontà di possedere) fece sí, a sua volta, che la distinzione tra «*possessio*» e «*detentio*» (cd. «*possessio naturalis*») non fosse fatta piú dipendere dall'esistenza o dall'inesistenza di una tutela possessoria, ma dal fatto che l'*ànimus* del *possessor* fosse inteso al possesso pieno (fosse cioè *animus possidendi*), piuttosto che inteso alla detenzione (per la quale bastava un *animus detinendi*). Di conseguenza, rovesciandosi le posizioni classiche, si ritenne (almeno tendenzialmente) che chiunque esercitasse di fatto un diritto (proprio o altrui) con «*animus possidendi*», e non con semplice «*animus detinendi*» fosse un cd. **possessore del diritto** (*possèssor iuris*) ed avesse titolo alla tutela possessoria, di urgenza, della sua situazione apparente, salvo a vedersi in séguito, con approfondito accertamento processuale, se egli fosse realmente il titolare del diritto vantato. Alla giurisprudenza postclassica (o principalmente ad essa) deve dunque attribuirsi la creazione della figura del **possesso di diritti** (*possessio iuris*), la quale servì a ricomprendere tutte le ipotesi di esercizio di fatto di un diritto (non solo assoluto, ma anche relativo), che fossero diverse dall'esercizio di fatto del *dominium* su una *res*.

(*c*) A proposito di **elaborazione giurisprudenziale** dell'istituto, meritano una considerazione piú approfondita (prescindendo, peraltro, dalle deviazioni postclassiche relative alla «*possessio iuris*») i due indicati **elementi costitutivi del possesso**: il «*corpus*» e l'«*animus*».

(*c*1) La **materia del possesso** (*corpus possessionis*), espressa anche con la terminologia del «possedere materialmente» (*possidère corpore*), era l'insistenza materiale di un soggetto sulla cosa e si verificava appunto qualora

taluno esercitasse di fatto, nei riguardi di un oggetto giuridico, le facoltà dominicali. Tuttavia non era più richiesto sempre il diretto e immediato contatto tra il soggetto giuridico e la cosa. Per le cose mobili si ritenne che ne bastasse la presenza, senza che ne occorresse l'effettiva apprensione da parte del loro possessore. Per le cose immobili, ed in particolare per i fondi, si ammise che non fosse necessario calpestare zolla per zolla il terreno (*«circumambulare omnes glebas»*), ma che fosse sufficiente al possessore di essere presente in una qualunque parte del fondo.

(*c*[2]) La **volontà di possedere** (*animus possidendi*), espressa anche con la terminologia del «possedere intenzionalmente» (*possidère animo*, o con *«animus rem sibi habendi»*), consisteva nell'intenzione (dimostrata dal comportamento esteriore) di tenere con sé e per sé la cosa: se non come proprietario, almeno a titolo sostanzialmente analogo, in modo cioè da volerla difendere dagli attacchi altrui come se fosse propria.

(*c*[3]) L'**acquisto del possesso** poteva essere fatto, oltre che personalmente, anche per il tramite di altri, vale a dire **a mezzo di intermediari**, i quali attuassero come detentori l'apprensione materiale delle cose nell'interesse del possessore. In età classica, intermediari dell'acquisto potevano essere i sottoposti del soggetto (cioè le *personae in potestate manu mancipiove*), probabilmente il procuratore, forse anche (ma eccezionalmente) qualche altra persona estranea. In età postclassico-giustinianea ogni limitazione cadde: si ammise cioè che la *possessio* si acquistasse anche a chi non ne avesse scienza (cioè all'*«ignòrans»*) per mezzo di una qualunque persona libera (*per liberam personam*) o per mezzo di un procuratore, pur essendo necessaria in questo caso la posteriore ratifica speciale (*ratihabitio*).

(*c*[4]) Cause di **estinzione del possesso** erano: *a*) la morte del possessore, salvo che gli subentrassero nel patrimonio *heredes sui* (ai quali, e solo ai quali, la *possessio* era ritenuta trasmissibile [n. 94]); *b*) il fatto che la cosa, pur senza distruggersi, perdesse la sua individualità e fosse incorporata in un'altra cosa; *c*) il fatto che venisse meno uno degli elementi costitutivi del possesso, vale a dire l'*animus* oppure il *corpus*.

(*c*[5]) La regola per cui la **conservazione del possesso** era condizionata alla coesistenza dell'*animus* e del *corpus* subí qualche **eccezione**. In età classica si ammetteva la cd. *«possessio animo retènta»*, cioè la conservazione di un possesso (già precedentemente acquistato) con la semplice volontà di possedere, nel caso dei cd. *«saltus hiberni et aestivi»* (pascoli invernali e estivi, o pascoli stagionali), che era quello dei terreni destinati ai pascoli e perciò utilizzabili solo in determinate stagioni dell'anno, mentre nelle altre stagioni dovevano essere abbandonati dai pastori, che passavano a utilizzare altre zone. Altra ipotesi probabilmente classica di conservazione con la sola volontà fu quella della *possessio* esercitata sul *«servus fugitivus»* (schiavo fuggitivo) e per mezzo del *servus fugitivus* rimasto *in possessione*: nel caso cioè che si possedesse (*ad interdicta*) uno schiavo altrui, si riteneva che non se ne perdesse il possesso qualora lo schiavo si allontanasse in fuga, e si rite-

neva per conseguenza che le cose di cui lo schiavo in fuga avesse acquistato il possesso spettassero al possessore dello schiavo e non al *dominus* di lui, né tanto meno allo schiavo stesso (che, non essendo soggetto giuridico, era incapace di possesso proprio). In diritto giustinianeo i casi di *possessio animo retenta* furono considerati addirittura casi conformi a regola, ritenendosi ormai che l'*animus* fosse normalmente sufficiente alla conservazione del possesso purché all'inizio del possesso stesso vi fosse stato anche il *corpus*.

31. *La comunione dei diritti assoluti.* — Sin dall'età quiritaria si pose all'ordinamento romano il grave problema della **contitolarità delle situazioni soggettive**, cioè il problema del concorso di piú soggetti nella titolarità di una situazione soggettiva unica: lo si pose, da un lato, con riguardo al mancipio e, dall'altro lato, con riguardo al possesso extragiuridico. Le soluzioni adottate furono varie. Le forme piú antiche, di derivazione precittadina, furono quelle della «comunione indifferenziata»; successivamente, attraverso un tipo particolare di «comunione solidaristica», si pervenne, nei cd. tempi storici, alla forma della «comunione organizzata», che fu quella dominante nel sistema del diritto civile antico ed in tutti i sistemi giuridici successivi.

Il termine indicativo della contitolarità soggettiva fu principalmente quello di **comunione** (*commúnio*). Ma la *communio* romana, essendosi profilata già nell'antichissimo diritto quiritario, quindi anteriormente all'ingresso delle obbligazioni nel mondo del diritto [n. 58], non fu mai riferita anche alla contitolarità di diritti di credito. L'istituto (e conseguentemente il termine *communio*) fu, dunque, sempre limitato a due sole possibilità: *a*) alla «contitolarità di un intero patrimonio»; *b*) alla «contitolarità di singoli diritti assoluti» (in senso proprio e in senso improprio), nonché al connesso fenomeno del «compossesso».

(*a*) Una forma addirittura precittadina di comunione indifferenziata fu costituita, nel seno delle famiglie, dalla cd. **comunanza domestica**.

Nei tempi lontanissimi (precittadini e prequiritari) in cui le *familiae* erano nuclei sociali autonomi (ovvero, come taluni hanno anche detto, «sovrani»), l'autorità del padre, certamente sin da allora assai intensa, non si sostanziava ancora nell'assorbente mancipio di lui (che avrebbe comportato, piú tardi, l'esclusione della qualità di soggetti giuridici dei figli): ciò perché ancora non sussisteva l'esigenza di individuare, nel quadro di un ordinamento giuridico unitario (il futuro diritto quiritario), la famiglia di lui rispetto alle altre famiglie della città. I membri liberi della famiglia (o almeno quelli immediatamente agnati rispetto al padre) erano, dunque, in

quell'età, partecipi, a titolo di comunione indifferenziata, delle cose familiari e di tutti i beni di comune consumo.

Costituitasi la città quiritaria e formatosi il relativo diritto, l'istituto del mancipio non comportò, in linea di principio, problemi di contitolarità, perché il mancipio spettava per definizione ad un solo soggetto, il capofamiglia. Problemi di contitolarità comportò invece il possesso extragiuridico, sopra tutto in ordine alle terre indivise e non assegnate in utilizzazione esclusiva a singoli capifamiglia. Tali terre costituivano generalmente oggetto di comunanza gentilizia e solo alquanto piú tardi passarono ad essere considerate come comuni a tutta la città.

Per meglio chiarire il fatto rudimentale della **comunanza gentilizia delle terre cittadine**, occorre ricordare che ai primordi della vita della città avevano ancora una notevole importanza pratica le «*gentes*», ciascuna delle quali raggruppava un certo numero di *familiae*. Gli *agri* della comunità (quelli non costituenti oggetto di *mancipium*, né concessi eccezionalmente in *possessio* temporanea a singoli *cives*) erano naturalmente spartiti tra le *gentes* ai fini di uno sfruttamento estensivo (particolarmente, per la pastorizia); nell'ambito di queste «riserve» della loro *gens*, le *familiae* esercitavano, a quanto pare, una piena comunanza di godimento, senza neanche l'ombra di una ripartizione del territorio fra esse.

Non prima del sec. VI a. C. ebbero inizio le **divisioni e assegnazioni a titolo** di *mancipium* di parte degli *agri* cittadini ai singoli *patres familiarum*: e questo fenomeno, unito alla rapida decadenza delle *gentes*, determinò la fine delle comunanze gentilizie di godimento. D'altro lato, le vaste estensioni di territorio non assegnate o non ancora assegnate in *mancipium* ai privati passarono ad essere concepite come l'oggetto di una comunanza di godimento a raggio assai piú ampio e indifferenziato: la comunanza di godimento di tutto quanto il *populus Romanus Quiritium*. Ma appunto per ciò esse finirono per essere ritenute estranee all'ordinamento giuridico tradizionale (il *ius civile Romanorum*) e rientranti, come terreno pubblico, come «*ager publicus*», nella sfera dell'ordinamento statale estraneo al *ius privatum*.

(*b*) Nella esperienza giuridica romana il passaggio dalla comunione indifferenziata a quella organizzata fu mediato dall'istituto, ancora in parte misterioso e discusso, del **consorzio non chiamato a divisione**, cioè con patrimonio non diviso (*consòrtium èrcto non cito* o *erctum non citum*): istituto che altro non era, dal punto di vista strutturale, se non una esplicazione del tipo della **comunione solidaristica**, nel senso che ciascun capofamiglia consorziato aveva diritto (ed oneri relativi) su tutto (piú o meno, alla stessa guisa di quel che si sarebbe registrato piú tardi nell'ipotesi della solidarietà obbligatoria attiva [n. 60].

I tipi di *consortium* che ci risultano attestati dalle fonti sono due: *a*) il **consorzio fraterno** (*consortium fratrum suorum*), che era precisamente

consorzio dei fratelli succeduti ereditariamente al padre morto [n. 94]); *b*) il **consorzio imitativo** (*consortium ad exemplum fratrum suorum*), che era piú precisamente un consorzio tra estranei costituito ad imitazione del consorzio fraterno. Il «consorzio fraterno» si istituiva per natura di cose sul patrimonio ereditario tra i discendenti del capofamiglia defunto (i *sui heredes*) dal momento della morte di lui sino a quando non fosse stata provocata la divisione del compendio ereditario stesso; il «consorzio imitativo» si istituiva convenzionalmente, mediante l'esercizio di una speciale azione di legge (probabilmente, una *in iure cessio* [n. 47]), tra coloro che volessero per un qualunque motivo mettere insieme un complesso patrimoniale comune. Mentre del consorzio imitativo (*ad exemplum fratrum suorum*) sono evidenti, innegabili le affinità con l'istituto della società affermatosi piú tardi nel seno del diritto civile moderno [n. 76], assai dubbia è la rapportabilità alla società (o alla categoria generale della convenzione associativa) del consorzio fraterno, cioè della figura originaria.

Caratteristica del consorzio era, ribadiamo, che ogni consorte aveva un «diritto integrale» sul patrimonio consortile: con facoltà, dunque, non soltanto di godere tutte quante le cose comuni, ma anche di disporre personalmente delle stesse con effetto vincolante per tutti gli altri consorti. Ma è ovvio che gli altri consorti, essendo titolari di un identico diritto su tutto il patrimonio, difficilmente si adattassero a subire le iniziative unilaterali di un loro concorrente: è pensabile quindi che essi potessero bloccarle con una esplicita «opposizione» (*prohibitio*) e che in tanto uno dei consorti riuscisse ad agire indisturbato in luogo di tutti gli altri, in quanto costoro si fossero preventivamente messi d'accordo con lui circa i criterî della sua gestione. Quanto agli oggetti del consorzio fraterno, è bene specificare che essi probabilmente non includevano i discendenti liberi (*filii* e *mulieres in manu*) dei singoli fratelli, ma erano limitati ai cespiti economici in attesa di divisione fra tutti gli eredi: schiavi, animali, fondo, attrezzi ecc.

Che il *consortium ercto non cito* sia sempre rimasto nello stato in cui ce lo descrive, schematizzando, il giurista Gaio, non è nemmeno da pensare. Già per il consorzio imitativo è dubbio che le parti abbiano mai omesso di regolare, agli effetti interni, i poteri di disposizione illimitata spettanti a ciascuna di esse. È plausibile, comunque, che anche nel protòtipo del consorzio fraterno si sia assai per tempo pervenuti ad un superamento del sistema costituito dal potere di disposizione e dal contrapposto *ius prohibendi* di ciascun consorte: sia pure agli effetti interni, anche i *fratres* non poterono fare a meno di accordarsi sulla elezione di uno di loro (eventualmente il piú anziano) ad **amministratore unico** del patrimonio ereditario. Se-

nonché era sempre possibile che, di fronte ai terzi, uno dei consorti, pur non essendo l'amministratore dei beni comuni, si facesse avanti a disporre delle cose a suo arbitrio (per esempio, per alienarle ad un *extraneus*) prima che gli altri potessero correre ai ripari con la *prohibitio*: difficoltà, questa, che non compensava sufficientemente il vantaggio costituito dalla «concentrazione» dei capitali spettanti ai singoli consorti. Ecco probabilmente perché l'istituto del *consortium* (non solo come consorzio fraterno, ma anche come consorzio imitativo) decadde piuttosto rapidamente nell'ambiente del diritto preclassico e al suo posto si preferí utilizzare: o l'istituto della società, di cui parleremo a suo tempo [n. 76], oppure quello della comunione organizzata di cui passiamo subito a parlare.

(*c*) La **comunione organizzata** (cd. *commúnio iuris Romani*) divenne, ad opera della giurisprudenza preclassica e classica, la soluzione caratteristicamente romana della contitolarità dei diritti assoluti su una cosa o su tutto un patrimonio. A differenza del consorzio, essa si conformò pienamente al presupposto logico che due o piú rapporti restano sempre distinti tra loro se, pur coincidendo in tutto il resto (e in particolare nell'oggetto), non coincidono nei soggetti attivi. A ciascun comunista, infatti, la giurisprudenza riconobbe non piú un diritto esclusivo, ma un diritto pari a quello degli altri (e con esso concorrente) in ordine all'oggetto comune: un **diritto parziario**, limitato cioè ad una parte ideale del tutto.

Con riguardo al dominio, cioè al caso statisticamente piú importante di comunione (il caso che noi chiameremo, ma che i Romani mai chiamarono esplicitamente, del «condominio»), le fonti affermano recisamente che sulla stessa cosa non è ammesso un dominio per l'intero (*in solidum*) di due o piú persone («*duorum vel plúrium in solidum dominium esse non potest*»): il che significa, in ordine alla cosa comune, l'esclusione della cd. «proprietà unica integrale» di ciascun condomino e l'implicazione che ciascun condomino era solo **domino parziale** (*dominus pro parte*) della cosa e che a lui spettava solo una quota dell'intero (*pars dominii*). Con ciò i terzi (per esempio, coloro che volessero acquistare la cosa comune) vennero ad essere avvertiti che titolari del diritto sulla cosa in condominio erano tutti i condomini messi insieme (o, naturalmente, un rappresentante regolarmente nominato da loro tutti).

Naturalmente ciò non impediva che un singolo condomino, esorbitando illecitamente dalla sua quota, utilizzasse, in linea di fatto, tutta quanta per se stesso la cosa comune: ecco perché, in relazione a questa ipotesi, si continuò a riconoscere un **diritto di interdizione** degli altri condomini (o anche, nell'interesse di tutti, di uno solo tra essi), esercitabile contro di lui allo scopo di riportarlo entro i limiti del suo diritto.

32. *Il regime della comunione dominicale.* — La costruzione della **comunione dominicale** (o «condominio», o «comproprietà») come «proprietà plurima integrale» (cioè come dominio concorrente di tutti i condòmini sulla cosa comune) e la diffusa coscienza della sua provvisorietà, della sua normale tendenza ad un esito di divisione della cosa comune tra i domini (in altre parole: il concetto della comunione come «proprietà plurima integrale in attesa di divisione») portarono i romani a considerare i singoli condomini, non tanto e non solo come gli attuali proprietarî del tutto, quanto e principalmente come i futuri proprietarî delle «parti» (*partes*) in cui la cose comuni si sarebbe venuta a frazionare per effetto della divisione. Sin dallo stato di indivisione il diritto di ogni singolo condomino fu praticamente commisurato, nella sua estensione, al quanto che gli sarebbe spettato in sede di divisione: sin da allora, cioè, il condomino fu definito **domino di una «quota»** (*pars quota*) a lui spettante. Di questa quota, già *a priori* conoscibile e conosciuta, la divisione altro non avrebbe fatto che individuare a suo tempo il contenuto concreto.

(*a*) Le **caratteristiche fondamentali** che la giurisprudenza classica dedusse da questa impostazione di massima furono tre: *a*) che il condòmino era pienamente libero, salvo patto contrario, di disporre durante lo stato di comunione (*manente communione*) della sua quota (ad esempio, era libero di trasferire il suo diritto, nei limiti della quota, ad altri), purché non turbasse le facoltà di godimento e di disposizione della cosa comune (*res communis*) degli altri condomini; *b*) che la partecipazione di ciascun condomino agli utili ed agli oneri implicati dalla cosa comune era commisurata alla quota a lui spettante; *c*) che, nei rapporti tra i domini della cosa comune, avevano e dovevano avere maggior peso coloro cui spettasse una quota maggiore o coloro che, formando una maggioranza di quote, si accordassero per formulare una conforme volontà.

Conseguenza ulteriore di questa evoluzione di pensiero fu che automaticamente vennero ad essere sminuiti il potere di ciascun condomino di compiere atti di disposizione relativamente all'intera cosa, e il potere di ciascuno degli stessi di compiere atti di opposizione relativamente alla disposizione della cosa medesima. Si ritenne, così: *a*) che, per gli «atti di disposizione della cosa» nella sua totalità, sopra tutto se si trattasse di cosa indivisibile, occorresse la volontà di tutti i condomini; *b*) che per gli «atti di disposizione della quota», bastasse invece la volontà del singolo condomino titolare di quella quota, il quale dunque poteva liberamente alienare ad un altro soggetto la sua parte, con l'effetto di surrogarlo nella sua situazione condominiale.

(*b*) Tipico della comunione nel diritto classico (e residuo dell'antica concezione del *consortium ercto non cito*) fu anche l'istituto del **diritto di accrescimento** (*ius adcrescendi* [n. 95]). Quando un condomino abbandonava la propria quota (senza alienarla ad altri), questa non diveniva cosa di nessuno (cioè priva di proprietario), ma passava direttamente ad accrescere le porzioni degli altri comunisti in virtú del principio della potenziale titolarità giuridica sul tutto da parte di ciascuno. La regola valeva, in particolare, per l'affrancazione degli schiavi, la quale, per essere operativa come tale, doveva essere compiuta da tutti quanti i condomini: finché l'ultimo condomino non avesse operato la manumissione, lo schiavo rimaneva schiavo, ed anzi era considerato, appunto per effetto dell'accrescimento condominiale, schiavo di coloro (o di colui) che ancora non lo avessero affrancato.

(*c*) Durante lo stato di indivisione condominiale (che è quanto dire lo stato di *communio*), ciascun condomino aveva un diritto assoluto pari a quello degli altri. Se nascevano **obbligazioni**, di debito o di responsabilità, esse gravavano a titolo solidale [n. 60], cioè per l'intero, su ciascun condomino. La quota di ciascuno aveva, dunque, una funzione limitativa del suo diritto solo per il futuro, cioè solo per il tempo in cui si fosse attuata la divisione.

(*d*) La **divisione della comunione** poteva essere di due specie: *a*) volontaria; *b*) giudiziale. Pur essendo lo scioglimento, in linea di principio, nettamente favorito dall'ordinamento giuridico, la divisione volontaria era, per ragione di carattere tecnico, la piú difficile a realizzarsi in pratica.

(*d*1) La **divisione volontaria** era quella operata di comune accordo fra tutti i comunisti: il dissenso anche soltanto di un condomino bastava dunque ad impedirla. Inoltre l'accordo divisorio non determinava direttamente la divisione, ma ne costituiva solo il «presupposto». Acché lo scioglimento potesse verificarsi, occorreva infatti che i condomini ponessero in essere una serie di negozi intesi alla realizzazione dell'accordo: reciproci atti di alienazione delle *res* in comunione, rinuncia da parte dell'uno e versamento da parte dell'altro (beneficiario dell'accrescimento) di un corrispettivo in danaro o in altri beni, alienazione della *res* comune ad un terzo e spartizione del ricavato tra i comunisti (naturalmente, *pro quota*) ecc. Ed è ovvio che questi negozi determinavano, in pratica, difficoltà numerose e gravi, che raramente la buona volontà dei comunisti riusciva a superare.

(*d*2) La **divisione giudiziale** era, in considerazione delle difficoltà di attuazione della divisione volontaria, la procedura di gran lunga piú in uso. Essa si verificava attraverso l'esercizio di tre distinte «azioni divisorie», caratterizzate tutte, nel *iudicium* del processo formulare, da una «aggiudicazione» (*adiudicatio* [n. 24]): *a*) l'***actio familiae erciscundae*** («azione di divisione del patrimonio ereditario» [n.

95]), valevole per la divisione dei complessi patrimoniali successorî; *b*) l'***actio finium regundorum*** («azione di regolamento dei confini»), esercitata tra proprietari di immobili confinanti per la determinazione dei confini tra gli stessi (cioè, in sostanza, per l'eliminazione di una situazione di *communio* in ordine alla zona incerta tra le varie proprietà); *c*) l'***actio communi dividundo*** («azione di divisione degli oggetti in comune»), azione generale per la divisione della *communio* dominicale [n. 44]. Il sistema si mantenne sostanzialmente intatto nel diritto postclassico.

Le azioni divisorie, comportando, oltre l'aggiudicazione, un'eventuale *condemnatio* di qualche comunista a conguagli in danaro (a «*quidquid dare facere oportet alterum alteri*»), permettevano di risolvere non soltanto il problema della divisione fra tutti i condomini, ma anche eventuali problemi di responsabilità e di risarcimento fra gli stessi. Solo attraverso il loro esercizio poteva, quindi, un comunista far valere contro gli altri le eventuali sue pretese in dipendenza di ripartizioni ingiuste, di abusi, di danni e via dicendo.

(*e*) La **tutela della comunione** contro gli attacchi altrui fu attuata, naturalmente, con gli stessi mezzi che vedremo essere concessi a tutela del dominio quiritario e degli altri rapporti assoluti reali in senso proprio. Ma, se tutti i comunisti non erano d'accordo nell'esercizio dell'azione, a ciascuno era lecito agire solo in corrispondenza alla sua quota: quindi, in particolare, con un'azione di rivendica parziaria (*tertiae partis*, *quartae partis* ecc.). Vi erano, tuttavia, anche casi in cui il condòmino, pur se agiva isolatamente, non poteva non difendere l'interesse dell'intero condominio: così nell'ipotesi di azione intesa alla tutela di una servitù prediale a favore del fondo comune (*vindicatio servitutis* [n. 52]).

CAPITOLO VI

I RAPPORTI ASSOLUTI FAMILIARI

SOMMARIO: 33. I rapporti assoluti familiari. — 34. La patria potestà. — 35. Il matrimonio. — 36. Gli effetti del matrimonio. — 37. Il regime patrimoniale del matrimonio.

33. *I rapporti assoluti familiari.* — Rapporti assoluti familiari, tutti derivati (piú o meno direttamente) dal mancipio quiritario del periodo arcaico [n. 28], furono, a partire dal periodo preclassico, quelli che dettero luogo alle seguenti situazioni attive: *a*) la «potestà paterna» (*patria potèstas*); *b*) la «potestà sui liberi sottoposti a mancipio» (*potestas* sui *liberi in mancipio*); *c*) la «mano maritale» (*manus maritalis*); *d*) l'«autorità maritale».

Il **regime** di questi istituti variò essenzialmente a causa della **diversità dei rispettivi oggetti**, i quali appartennero a quattro categorie ben distinte di persone libere: *a*) i *filii* e *nepotes adgnati*; *b*) i *liberi* non *adgnati*; *c*) le *mulieres in manu*; *d*) le *uxores in matrimonio*. Quanto ai soggetti attivi, essi furono, di regola, sempre e solo *personae sui iuris* di sesso maschile, cioè *patres familiarum*, non essendo concepibile che a *personae sui iuris* di sesso femminile potessero spettare (per il noto principio «*mulier est caput et finis familiae suae*»: la donna è principio e fine della propria *familia*), poteri giuridici implicanti una disciplina di carattere familiare su sottoposti liberi [n. 10].

La storia dei quattro rapporti giuridici ora indicati, nel passaggio dall'età preclassica a quella postclassica, fu una storia di **progressiva decadenza e involuzione**, correlata alla sempre piú accentuata decadenza delle famiglie potestative. In periodo postclassico la *potestas* sui liberi in mancipio e la *manus* erano del tutto scomparse, mentre assai mitigate (e in parte alterate) si presentavano la *patria potestas* e la stessa autorità maritale.

Il miglior modo per rendersi conto di questo processo di trasformazione e delle sue ragioni di fondo è: *a*) di descrivere nel presente paragrafo, in un quadro di insieme, la vicenda dei quattro istituti; *b*) di passare poi ad un esame piú detta-

gliato del rapporto più importante fra tutti, la *patria potestas* [n. 34]; *c*) di fermarsi infine, e a lungo, sul fatto giuridico in certo modo centrale di tutto il sistema dei rapporti familiari, il *matrimonium* [n. 37-38].

(*a*) La **potestà paterna** (*patria potèstas*), in senso stretto (e proprio), era la potestà spettante al capofamiglia (*pater familias*) maschio sulle persone che fossero a lui legate da discendenza agnatizia (*filii familias* [n. 9]). Essa si configurava cioè come la situazione attiva di un rapporto giuridico assoluto intercorrente tra il capofamiglia e gli altri soggetti dell'ordinamento, i quali erano tutti tenuti al rispetto dei suoi poteri familiari sui figli e sugli ulteriori discendenti.

La derivazione dell'istituto dal rudimentale mancipio quiritario indifferenziato si rivela chiaramente all'esame di quelle che, ancora in epoca storica, erano le caratteristiche **facoltà** del capofamiglia in ordine ai discendenti (facoltà, per vero dire, divenute assai per tempo più teoriche che pratiche): *a*) il *ius vitae ac necis*; *b*) il *ius vendendi*; *c*) il *ius noxae dandi*; *d*) il *ius exponendi*.

(*a*[1]) Il **diritto di vita e di morte** (*ius vitae ac necis*) era, indubbiamente, la facoltà di tutte più dura: il capofamiglia aveva, infatti, la possibilità di uccidere, se lo ritenesse opportuno o necessario, i suoi figli. Tuttavia sin dai più antichi tempi il sentimento religioso e la coscienza sociale limitarono in concreto l'esercizio di questo potere. In età preclassica l'abuso di esso fu colpito da deplorazione dei censori in sede di censimento (*nota censoria*) e in età classica la giurisprudenza ritenne che il figlio non potesse venire ucciso senza che il padre ne avesse prima udite le giustificazioni; anzi i príncipi arrivarono sino al punto di infliggere (*extra ordinem*) la pena della deportazione con confisca dei beni (*deportatio in insulam*) a chi comunque avesse ucciso il proprio figlio. Ma furono reazioni sporadiche. Solo in periodo postclassico, per influenza della religione cristiana, l'istituto venne dapprima fortemente compresso e poi praticamente abolito. Costantino, agli inizi del sec. IV, punì come reato di omicidio l'uccisione volontaria del *filius familias*.

(*a*[2]) Il **diritto di dare a castigo** (*ius noxae dandi*) era la facoltà del capofamiglia di effettuare l'abbandono riparatore (*noxae deditio*) al soggetto giuridico estraneo che fosse stato offeso dal figlio (oltre che da ogni altro sottoposto: *liber in mancipio, mulier in manu, servus*) mediante la commissione di un illecito privato (*delictum*). Il capofamiglia dell'offensore, rinunciando alla potestà sul sottoposto, lasciava alla vittima (o al *pater* della vittima) il diritto di castigarlo nella misura (anche estrema) che

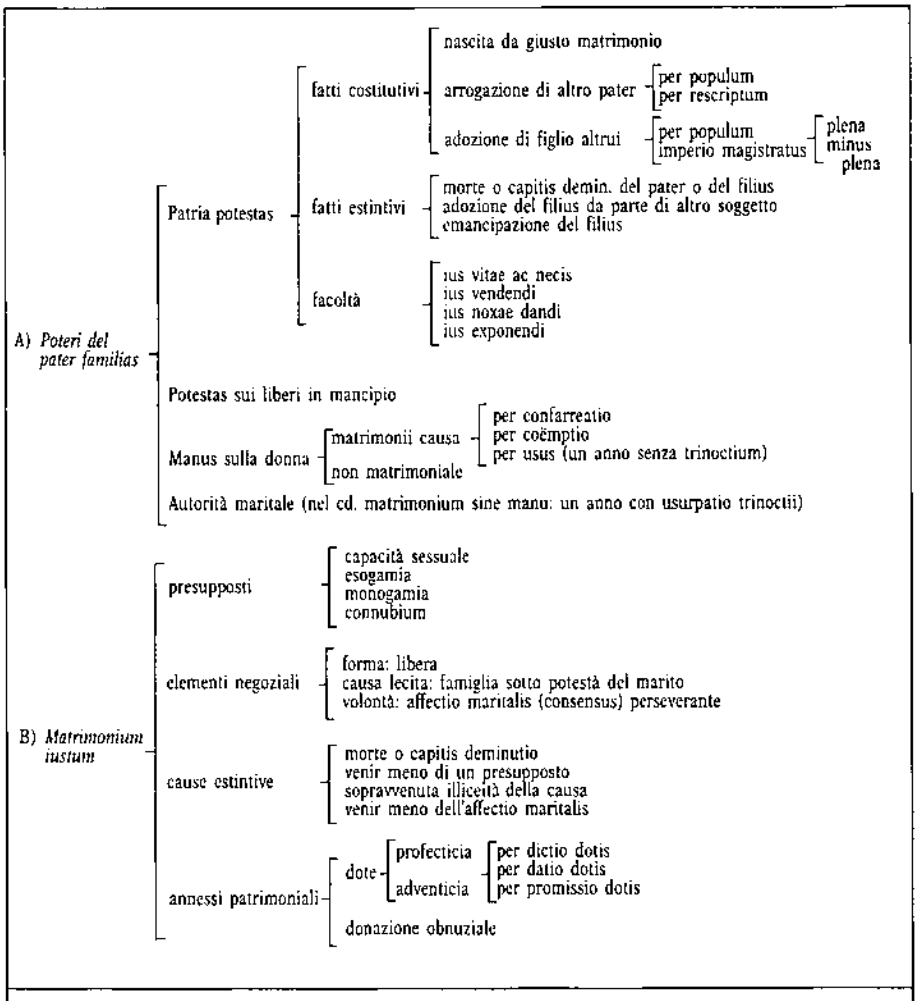


TAVOLA IX: A) I rapporti assoluti familiari (n. 33-34). – B) Il matrimonio (n. 35-37).

gli paresse piú congrua e respingeva pertanto da sé ogni responsabilità per l'illecito commesso [n. 84]. Anche questa facoltà del capofamiglia decadde però in età postclassica e fu infine abolita da Giustiniano.

(*a3*) Il **diritto di alienare** (*ius vendendi*) era la facoltà del capo di alienare il sottoposto (mediante *mancipatio* [n. 44]) ad un altro capofamiglia, il quale lo acquistava come libero in mancipio (*liber in mancipio*). L'acquirente poteva a sua volta alienare il sottoposto a terzi oppure poteva affrancarlo (mediante *manumissio* [n. 46]): nel caso di affrancazione (sia da parte dell'acquirente sia da parte del subacquirente), il figlio non ac-

quistava peraltro la soggettività giuridica, ma tornava a soggiacere alla patria potestà del capofamiglia originario.

La scandalosa frequenza con cui i capifamiglia del sec. V a. C. non solo vendevano i loro figli in caso di bisogno, ma tornavano a venderli dopo averli riacquistati in potestà, portò le XII Tavole a stabilire che, quando un figlio fosse stato alienato dal padre tre volte, il figlio fosse definitivamente liberato dalla patria potestà («*si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*»): per conseguenza, se il terzo acquirente lo affrancava, egli diveniva soggetto giuridico (*sui iuris*). In età classica l'alienazione dei figli era comunque divenuta del tutto desueta anche perché vivamente avversata dal costume sociale. Viceversa in età postclassica, a partire dal sec. IV d. C., le disagiate condizioni economiche dei tempi dettero in certo modo nuova vita all'istituto, perché si diffuse la squallida usanza della vendita a terzi dei figli appena nati (che altrimenti sarebbero stati esposti).

(*a*[4]) Il **diritto di esposizione** (*ius exponendi*) era la facoltà del capofamiglia di esporre in luogo pubblico i figli neonati, abbandonandoli al destino di morire di inedia, oppure di essere raccolti e allevati da un altro soggetto giuridico (il cd. «*nútritor*») come libero in mancipio. In periodo postclassico si affermò peraltro il principio che l'abbandono del figlio implicasse la totale perdita della *patria potestas*.

(*b*) La **potestà sui liberi subordinati a mancipio** (*liberi in mancipio*) era la situazione attiva di un rapporto assoluto intermedio tra la patria potestà, di cui ora si è detto, e la potestà dominicale sugli schiavi, della quale parleremo piú in là [n. 46]. Il libero subordinato a mancipio (*liber in mancipio*, o *mancipium*, o *persona in causa mancipii*) era un cittadino libero (aveva la *civitas libertasque*), ma era in luogo di schiavo (*servi loco*) rispetto all'avente potestà, dal quale forse non poteva essere ucciso, ma poteva essere dato a nossa o alienato a terzi. Non essendo agnato di costui, egli probabilmente non acquistava, alla sua morte (o *capitis deminutio*), l'autonomia familiare, sí che passava alle dipendenze del successore. Se affrancato (*manumissus*), tornava ad essere soggetto giuridico a pieno titolo (nell'ipotesi che già lo fosse stato prima della sottoposizione a mancipio), oppure (nell'ipotesi che fosse stato precedentemente sottoposto a potestà familiare, cioè *alieni iuris*) tornava sotto la potestà del padre originario (a meno che da questi non fosse stato alienato tre volte e che diventasse *sui iuris* a titolo di emancipazione).

L'**ipotesi prevalente**, se non addirittura esclusiva, dei *liberi in causa mancipii* si verificava quando i *filii familiarum* o le *mulieres in manu*, delle quali parleremo

tra poco, venissero dal loro *pater* (il titolare della *patria potestas* o della *manus*) mancipati ad un altro *pater familias*, in esplicazione del *ius vendendi*. Oltre che allo scopo di effettuare una reale alienazione (a titolo oneroso o gratuito) del sottoposto, la *mancipatio filii* era spesso (anzi, in periodo preclassico e classico, quasi esclusivamente) operata dal *pater familias* al fine di impostare i procedimenti dell'*emancipatio* e dell'*adoptio* [n. 34].

Ipotesi anomale (e affievolite) di *personae in causa mancipii* (se addirittura non si trattò di ipotesi del tutto estranee alla categoria) furono quelle degli *addicti*, dei *nexi*, degli *auctorati*, dei *redempti ab hostibus* [n. 10]: fattispecie che potevano concernere anche la subordinazione (limitata e temporanea) di un *pater familias* all'altro e che potevano essere estinte sia con la *manumissio*, sia col successivo riscatto ad opera ed iniziativa del sottoposto o di un terzo.

(*c*) La **mano maritale** (*manus maritalis*) era la situazione attiva di un rapporto assoluto analogo (ma non identico) alla patria potestà, avente ad oggetto una donna di provenienza estranea alla famiglia ed entrata a far parte della stessa, in condizione parificata a quella di una figlia (*filiae loco*), allo scopo di procreare figli al capofamiglia o ad un suo discendente. Dei collegamenti tra mano e matrimonio (e del cd. «*matrimonium cum manu*») parleremo a suo tempo [n. 35]: qui va solo precisato che in età classica l'istituto, ormai ben poco praticato, venne piuttosto sfruttato solo per frodare la legge sulla tutela delle donne [n. 40], cioè allo scopo di procurare alla donna un marito di comodo (generalmente un vecchietto, detto ironicamente *senex coëmptionalis*) in luogo del tutore (cd. «*conventio in manum extranei tutelae evitandae gratia*»).

L'entrata della donna sotto la mano (*conventio in manum*) implicava che la donna: *a*) se sottoposta (*alieni iuris*), perdesse ogni legame (anche ereditario) con la propria famiglia di origine; *b*) se giuridicamente autonoma (*sui iuris*), apportasse al marito (o, essendo questi a sua volta un sottoposto, al suo capofamiglia) tutto il proprio patrimonio. Morto il capofamiglia: la moglie di lui diveniva giuridicamente autonoma (*sui iuris*) e ne era erede come discendente agnatizio [n. 92]; la moglie del figlio (il quale diventava autonomo, cioè capofamiglia) passava (*filiae loco*) sotto la mano di quest'ultimo.

(*c1*) **Fatti costitutivi** della *manus maritalis* erano: *a*) la *confarreatio*; *b*) la *coëmptio*; *c*) l'*usus maritalis*.

La *confarreatio* (confarreazione) era una cerimonia religiosa ad effetti giuridici compiuta davanti al *flamen Diàlis* (forse anche al *pòntifex maximus*) e a dieci testimoni: il complesso rituale (nel corso del quale la moglie diceva tradizionalmente al marito di voler essere nella vita il suo sinonimo al femminile: «*ubi tu Caius, et ego Caia*») implicava, tra l'altro, che i due nubendi spezzassero un pane di farro in onore di *Iupiter Fàrreus*.

La *coëmptio matrimonii causa* (acquisto a scopo di matrimonio) era un'applicazione della *mancipatio* e consisteva, appunto, nella *mancipatio* della *mulier* al *maritus* (o al *paterfamilias* di lui) da parte del *pater familias* di lei (o nella automancipazione della donna, se *sui iuris*): l'acquirente, che pagava simbolicamente l'acquisto della donna con una moneta (*nummo uno*), dichiarava probabilmente per esplicito di assumerla come moglie (propria o del *filius*).

L'*usus maritalis* (uso) consisteva nell'esercizio di fatto dei poteri domestici sulla *mulier* per la durata di almeno un anno. Evidente il collegamento con l'acquisto del *mancipium* per *usus* [n. 29 *sub a*].

(*c2*) Fatti estintivi della *manus maritalis* erano: *a*) la morte della donna; *b*) la morte del marito che fosse anche *paterfamilias* (per effetto della quale la *uxor* da *filiae loco* diventava *sui iuris*); *c*) la *mancipatio* della *uxor* ad un terzo (che la acquistava *in mancipio*). Tuttavia, in caso di nozze confarreate, per la cessazione della *manus* occorreva l'*actus contrarius*, l'atto antitetico alla *confarreatio*, esplicantesi mediante la cerimonia (di cui, peraltro, nulla sappiamo) della «*diffarreatio*».

(*d*) L'**autorità maritale**, derivante al marito o al suo capofamiglia dal matrimonio senza sottoposizione alla mano (cd. *matrimonium sine manu*), non ebbe una denominazione specifica, anche perché non fu un potere dai contorni precisi come le potestà sopra descritte. Fu però sempre una situazione giuridica di carattere assoluto, scaturente dal fatto che la moglie viveva nella casa del marito, accettava con ciò la disciplina domestica facente capo a lui, gli procreava figli che portavano il suo nome ed erano sottoposti alla sua potestà: il che valeva sino alla morte o al divorzio.

Parleremo piú approfonditamente dell'istituto in sede di conseguenze del matrimonio libero [n. 36].

34. *La patria potestà.* — La patria potestà (*patria potestas*), dato il suo carattere di istituto fondamentale di tutto il diritto familiare romano, esige un discorso piú approfondito. Un discorso che svolgeremo lasciando da parte il periodo arcaico, cui abbiamo già dedicato sufficienti cenni [n. 28], e partendo dalla precisazione dei modi di costituzione e di quelli di estinzione dell'istituto nei tempi «storici» (a partire dal periodo preclassico).

Nei tempi storici, dunque, cause di **costituzione della patria potestà** erano: *a*) la procreazione da giuste nozze (*ex iustis nuptiis*), cioè da matrimonio giuridicamente valido, dei figli e discendenti ulteriori; *b*) l'arrogazione (*adrogatio*), atto di assunzione alla propria potestà di un altro capofamiglia; *c*) l'adozione (*adoptio*), atto di acquisto della potestà su un figlio di famiglia altrui. Cause di **estinzione della patria potestà** erano: *a*) la morte o la svalutazione giuridica (*capitis deminutio*) del padre; *b*) la morte

o la svalutazione (*maxima* o *media*) del figlio; *c*) l'adozione del figlio da parte di terzi; *d*) la sua emancipazione. Perciò, rinviando ai paragrafi successivi [n. 36-37] la trattazione del complesso istituto del matrimonio con tutte le sue molteplici implicazioni, gli istituti che dovremo qui particolarmente illustrare, subordinatamente all'esposizione relativa alla condizione dei *filii*, sono: l'*emancipatio*, l'*adrogatio* e l'*adoptio*.

(*a*) La **condizione dei figli sottoposti a potestà domestica** (*filii in potestate*) era quella di oggetti giuridici, sui quali il capofamiglia ebbe per lungo tempo la facoltà di vita e di morte. Tuttavia già abbiamo visto in precedenza [n. 15] che ai sottoposti (particolarmente se maschi e figli di primo grado) il diritto privato riconobbe sempre piú largamente, a partire dall'avanzato periodo preclassico, la «mera capacità di agire», subordinatamente al fatto che fossero capaci di intendere e di volere. Qui resta da parlare specificamente dell'istituto principale su cui fu fondata l'ammissione della mera capacità di agire dei figli. L'istituto in discorso fu il **peculio** (*peculium*: piccolo patrimonio), nelle varie e sempre piú ardite manifestazioni che esso via via assunse col progresso dei tempi.

(*a*^{1}) Il primo tipo di peculio che si diffuse in Roma, già in età preclassica, fu il cd. **peculio profettizio** (*peculium profecticium*), cioè il peculio proveniente dal padre, il quale consisteva in una piccola quantità di beni (*pusilla pecunia*) elargita dal padre al figlio per i suoi personali bisogni, oppure talvolta (e in questo caso avendo cura che la concessione fosse pubblicamente risaputa) per l'esercizio di una sua attività industriale o commerciale. Il peculio profettizio era però sempre un fatto interno della famiglia: il figlio provvedeva all'amministrazione (*administràtio*) di esso nei limiti fissati dal padre e rispondeva al padre, titolare dei diritti sui cespiti peculiari (*res peculiàres*), di questa sua amministrazione. Solo indirettamente il diritto onorario pervenne, attraverso l'istituzione dell'azione per il peculio (*actio de peculio*), a far sí che il capofamiglia fosse impegnato verso i terzi, nei limiti del peculio notoriamente concessogli, dalle iniziative autonomamente prese dal figlio [n. 20]: il che tornava anche utile al padre per compiere, mediante il figlio, un'attività commerciale «a responsabilità limitata».

(*a*^{2}) Agli inizi dell'età classica cominciò a diffondersi un altro tipo ancora piú caratteristico di peculio, il **peculio castrense** (*peculium castrense* o *militare*), costituito essenzialmente dai beni acquistati dal figlio durante il servizio militare (per paga o per bottino di guerra), nonché dai cespiti a lui concessi dal padre al momento della partenza per il campo. In ordine al pe-

culio castrense i figli vennero progressivamente ad essere ancora piú liberi che rispetto al peculio profettizio: anche quando il servizio militare fosse cessato (e si trovassero, quindi, nella condizione di *veterani*), essi potevano manomettere in proprio gli schiavi, effettuare donazioni a causa di morte (*donationes mortis causa* [n. 90]) delle cose peculiari, disporre testamentariamente [n. 91] delle stesse come se fossero dei veri e proprî soggetti giuridici. Solo se il figlio militare moriva senza aver fatto testamento [n. 92], il peculio castrense rientrava nel patrimonio del padre.

In periodo postclassico, mentre l'oggetto del peculio castrense si era ancora piú ampliato e i poteri del *filius* sullo stesso si erano ancora piú estesi, venne in essere, forse ad iniziativa di Costantino, un peculio analogo al *castrense*, il **peculio quasi castrense** (*peculium quasi castrense*), costituito da tutto ciò che il *filius familias* avesse potuto acquistare durante e a causa dell'esercizio della cd. «*militia civilis*», vale a dire nell'esercizio degli impieghi di corte o statali.

Costantino apportò un altro strappo ai poteri paterni, stabilendo che i beni lasciati *mortis causa* dalla madre al proprio figlio di sangue, sia testamentariamente sia per l'incipiente riconoscimento della successione legittima, fossero acquistati dal *pater familias* solo a titolo formale, ma rimanessero riservati al *filius* per l'epoca in cui costui, essendo morto il padre, avesse conseguito l'autonomia giuridica privata. Pertanto si ritenne successivamente che su questi **beni materni** (*bona materna*) il *pater familias* altro non avesse che una sorta di usufrutto [n. 53] e che la nuda proprietà ne spettasse ai figli *in potestate*: regime che fu esteso anche, piú tardi ancora, al caso di beni lasciati dalla madre ai figli mediante legato, nonché ai beni che i *filii familias* avessero ereditati dagli ascendenti materni (cd. «*bona materni generis*»). Tutti elementi progressivamente unificati nel concetto di **peculio avventizio** (*peculium adventicium*, o *adventicium*, o *bona adventicia*).

Nel diritto giustinianeo la incapacità patrimoniale del *filius* in ordine ai beni peculiari (e assimilati) era praticamente scomparsa. Il *pater* era solo formalmente il titolare del potere di disposizione sul *peculium profecticium*, ma l'amministrazione di questo era attribuita (subordinatamente ad un diritto di motivata opposizione del *pater*) al figlio. Sui beni provenuti al figlio da altre fonti (*adventicia*) la titolarità era riconosciuta al figlio, anche se al *pater* si riservava formalmente un diritto di supervisione e di usufrutto.

(*b*) L'**emancipazione** (*emancipatio*) era il negozio giuridico di liberazione del figlio dalla potestà paterna, e quindi (salva l'ipotesi che sopravvenisse l'adozione) l'atto determinante l'acquisto da parte del figlio della qualità di soggetto di diritto.

L'istituto fu creato, agli albori del sistema del diritto civile antico, dalla giurisprudenza pontificale proponendo una sottile interpretazione del disposto delle XII Tavole, già ricordato [n. 28], circa la liberazione del figlio venduto per tre volte («*si pater filium ter venum duit, filius a patre*

liber esto»): i pontefici suggerirono cioè, a titolo di espediente, la vendita per tre volte successive del figlio ad una persona di fiducia operandola proprio allo scopo di renderlo soggetto giuridico (*sui iuris*). Per effetto della conseguita autonomia familiare, l'emancipato diventava capace di compiere acquisti patrimoniali in proprio nome e conto. Se, durante la sottoposizione alla patria potestà, egli aveva ricevuto un peculio profettizio, tale peculio passava sotto la sua titolarità, salvo che il padre non lo reclamasse esplicitamente. Il peculio castrense, il peculio quasi castrense ed il peculio avventizio spettavano a lui in ogni caso.

Il procedimento dell'*emancipatio* consisteva: *a*) nella mancipazione del *filius* dal *pater familias* al *fiduciarius* con promessa da parte di costui della *remancipatio* (contro-mancipazione) al *pater*, oppure della *manumissio* della persona acquistata *in causa mancipii*; *b*) dato che sia la *remancipatio* che la *manumissio* facevano tornare il figlio in potestà del *pater*, in una seconda e poi in una terza mancipazione del *filius* dal *pater* sempre al fiduciario; *c*) nella *manumissio* del *filius*, dopo la terza *mancipatio*, da parte del fiduciario (manumissione implicante la liberazione del figlio anche dal *pater*, quindi l'acquisto da parte sua dell'autonomia familiare).

In età postclassica questa complessa formalità dell'emancipazione si mantenne ancora viva, ma l'imperatore Anastasio, nel 502 d. C., le pose accanto la forma semplificata dell'*emancipatio per rescriptum principis* (emancipazione per effetto di un rescritto imperiale), che poteva essere operata anche in caso di assenza dell'emancipando. Giustiniano non solo confermò la cd. «*emancipatio Anastasiana*», ma addirittura abolí la forma antica. Il consenso del *filius* all'emancipazione non era richiesto dal diritto classico, ma lo fu da Anastasio e da Giustiniano.

(*c*) L'**arrogazione** (*adrogàtio*) era, come sappiamo, un procedimento negoziale di origine quiritaria, in virtú del quale un capofamiglia (*adrogàtor*) assumeva la patria potestà su un altro capofamiglia consenziente (*adrogatus*), che veniva pertanto a subire una svalutazione giuridica (*capitis deminutio minima*). Per effetto di essa l'arrogato diventava insomma sottoposto (*adgnatus* in senso lato) dell'arrogatore e il suo patrimonio era assorbito da quello dell'arrogatore, verificandosi a favore di quest'ultimo una vicenda di successione patrimoniale tra vivi [n. 90].

Siccome l'arrogazione implicava, oltre l'estinzione di alcuni diritti intrasmissibili dell'arrogato (es.: l'*usufructus*), anche l'estinzione dei suoi debiti, la giurisprudenza preclassica, per ovviare a questo grave inconveniente (che sorgeva anche nell'ipotesi di *conventio in manum* di una donna *sui iuris*): *a*) dichiarò trasmissibili all'arrogatore le obbligazioni che l'arrogato avesse assunto in quanto ne fosse stato onerato a titolo di successione a causa di morte ad un terzo; *b*) indusse il pretore, quanto agli

altri debiti dell'arrogato, a concedere ai creditori di quest'ultimo (e così pure ai creditori della *mulier sui iuris* che fosse passata sotto la *manus* di un marito o di un estraneo) un'«azione utile» [n. 23] (*actio utilis rescissa capitis deminutione*), in forza della quale il creditore poteva convenire in giudizio l'arrogato (o la *mulier*) sulla base della finzione (*fictio*) che la *capitis deminutio* fosse stata annullata.

Data la gravità degli effetti implicati dall'*adrogatio*, il **procedimento** doveva svolgersi in origine davanti ai *comitia curiata*, sotto la presidenza del *pòntifex maximus*: dalla richiesta (*rogatio*) che per conto dei due *patres* interessati il pontefice rivolgeva ai comizianti derivò il nome dell'istituto. L'esigenza dell'intervento dei comizî curiati si mantenne sino a tutta l'epoca classica, ma alla tradizionale ***adrogatio per populum*** il *ius novum* aggiunse una forma *extra ordinem* di ***adrogatio per rescriptum principis*** («*imperatoria auctoritate*», per effetto di un rescritto imperiale), la quale finí per diventare la preferita, anche perché, non essendo richiesta l'assistenza dei *comitia curiata* romani (sia pure ormai rappresentati simbolicamente da alcuni littori), poteva essere effettuata sia a Roma sia in provincia. Rimasero comunque sempre necessari due requisiti: *a*) il consenso delle due parti all'arrogazione; *b*) l'autorizzazione della stessa, previo esame della sua opportunità, da parte del *pontifex maximus* o del *princeps*.

L'**autorizzazione** (pontificale o imperatoria) non veniva elargita se l'*adrogator* era già dotato di *filii* (naturali o adottivi), se egli aveva meno di 60 anni (ed era quindi ancora in grado di aver figli da un *matrimonium*), se infine l'*adrogator* non dava prova e garanzia di non essersi indotto all'atto per speculazione. Ma si trattava, piuttosto che di norme giuridiche inderogabili, di criterî di massima formulati dal *collegium pontificum*, e quindi passibili di qualche strappo. Inoltre, mentre in origine poteva essere *adrogatus* solo un *pater familias* pubere e *ingenuus* oltreché maschio, nel corso dell'età classica si giunse ad ammettere l'*adrogatio* degli *impuberes* e dei *libertini*, mentre in età postclassica si accolse addirittura la possibilità di *adrogatio* delle donne *sui iuris*.

Priva di rilevanza giuridica fu l'**arrogazione testamentaria** (*adrogatio* [o *adoptio*] *testamento facta*), di cui l'esempio più noto è quello della arrogazione di C. Ottavio (cioè di Augusto) da parte di Giulio Cesare nel testamento in cui questi lo istituí suo erede. È probabile che Augusto, per conferire una veste di giuridicità alla disposizione di Cesare (ed al suo nuovo nome di Cesare Ottaviano), la abbia fatta confermare, a titolo di *adrogatio*, dai *comitia curiata*. Ma a prescindere dalle irregolarità delle stesse procedure adottate da Augusto, sta di fatto che l'adozione testamentaria, ricalcata su modelli greci, aveva un rilievo puramente sociale.

(*d*) L'**adozione** (*adoptio*) era un procedimento inteso a trasferire la patria potestà su un figlio da un padre ad un altro padre: l'adottato, pertanto, passava dalla condizione di figlio del suo padre originario (naturale o adottivo che fosse) a quella di figlio del nuovo padre. A tal fine il padre originario, d'accordo con una persona di fiducia, compiva la pratica del-

l'emancipazione del figlio, ma prima della manomissione finale si presentava al magistrato un terzo soggetto, l'adottante, a reclamare (*vindicare*) il figlio come proprio con l'esercizio di un'azione reale: il convenuto non si opponeva (operando con ciò una cessione giudiziale [n. 44]) e il figlio (o la *filia*, o il *nepos*) veniva assegnato (*addictus*) dal magistrato all'adottante in quanto fittiziamente riconosciuto come figlio di lui.

Già in età preclassica avanzata l'adozione era stata spesso avvicinata, in considerazione della sua funzione, all'arrogazione. Lungo questa strada, in età classica si formò progressivamente una **categoria generale** dell'«adozione», suddistinta in adozione **per autorizzazione del popolo**, che era l'arrogazione (*adoptio populi auctoritate*), e adozione **per imperio del magistrato**, che era l'adozione vera e propria (*adoptio imperio magistratus*).

In diritto giustinianeo, dopo un'oscura evoluzione postclassica: *a*) l'*adoptio* continuò ad essere distinta dall'*adrogatio* quanto a coloro che ne erano oggetto (*filii familiarum* per l'*adoptio*, persone *sui iuris* per l'*adrogatio*), ma i due istituti si avvicinarono ulteriormente; *b*) l'*adoptio* propria (quella *imperio magistratus*) si differenziò inoltre in *plena* e *minus plena*: ***adoptio plena*** (adozione completa) era quella a favore dell'ascendente paterno o materno nei riguardi del *filius in potestate* di un proprio discendente emancipato o di un proprio discendente in linea femminile, con la conseguenza della *capitis deminutio minima* dell'adottato, il quale perdeva ogni legame con la famiglia di origine ed era completamente equiparato, anche nei riguardi successorî, ai *filii* dell'adottante; ***adoptio minus plena*** (adozione incompleta) era invece l'*adoptio* in favore di un estraneo alla famiglia (o meglio, in favore di un non ascendente), e non determinava né l'acquisto della *patria potestas* sull'adottato, né la perdita dei vincoli anche successorî dell'adottato con la *familia* di origine, sicché fu concesso di operarla anche alle donne, sia pur solo nel caso che queste volessero, per lenire il loro dolore, rimpiazzare figli defunti («*ad solàcium filiorum amissorum*»).

Giustiniano regolò la nuova *adoptio* anche relativamente alla forma ed ai requisiti. Quanto alla forma, egli stabilí che l'adozione delle persone *sui iuris* (cioè l'*adrogatio*) si facesse con l'autorizzazione dell'imperatore, mentre per l'adozione degli *alieni iuris* fu sufficiente l'autorizzazione di un funzionario imperiale. Quanto ai requisiti, egli richiese in ogni caso il consenso dell'adottato all'adozione, e regolò, in linea generale, l'istituto sul principio che l'adozione deve imitare la natura («*adoptio imitàtur naturam*»): dal che derivò l'esigenza che l'adottante fosse non solo maggiore di età dell'adottato, ma avesse almeno 18 anni piú di lui.

35. *Il matrimonio.* — Il **matrimonio** (*matrimonium* o *núptiae*) consisteva nella seria, manifesta e continuata unione (*coniúgium*) tra un uomo e una donna: il marito (*maritus*) e la moglie (*úxor*).

Esso si inquadrava entro due principî fondamentali della civiltà romana: *a*) il **principio esogamico**, in forza del quale l'unione tra due persone di sesso diverso e la conseguente eventuale procreazione erano concepibili solo tra soggetti provenienti da gruppi familiari distinti, sia dal punto di vista agnatizio che da quello cognatizio; *b*) il **principio monogamico**, in forza del quale era da escludersi che la stessa persona potesse avere contemporaneamente due relazioni coniugali. L'importanza dell'unione coniugale, era altissima perché, come abbiamo già visto dianzi e come meglio vedremo in séguito, da essa derivava, anche fuori dalla costituzione della mano maritale, la sottomissione della moglie al marito, quindi la subordinazione dei figli alla potestà del padre, quindi, in definitiva, la strutturazione della cellula di base di tutto lo stato romano, vale a dire della famiglia. In questo senso si disse che il matrimonio è il semenzaio dello stato («*est matrimonium seminarium reipublicae*»).

Ma la concezione romana del matrimonio non fu, dal punto di vista giuridico, né unica né sempre identica col trascorrere dei tempi. Valutazioni di carattere sociale, religioso e strettamente giuridico confluirono prepotentemente nella determinazione dell'istituto, che si presenta pertanto come uno dei piú complessi, e in certo senso contraddittorî, della storia giuridica romana. Per semplificare al massimo il discorso, illustreremo qui di seguito i seguenti punti: *a*) cenni preliminari sulla storia dell'istituto; *b*) presupposti del matrimonio giusto nella visione classica e postclassica; *c*) elementi essenziali del matrimonio; *d*) requisiti di efficacia; *e*) cause di scioglimento; *f*) seconde nozze; *g*) unioni paramatrimoniali; *h*) fidanzamento.

(*a*) La **storia del *matrimonium* romano**, peraltro disputatissima, può essere sinteticamente ricostruita, a nostro avviso, come segue.

(*a*[1]) Nei **primi secoli del periodo arcaico**, il *matrimonium* fu certamente fiorentissimo sul piano sociale e su quello religioso, ma fu istituto completamente estraneo al sistema del *ius Quiritium*. Dal punto di vista sociale e religioso, esso: *a*) poteva aver luogo solo tra persone cui fosse riconosciuta la reciproca capacità (socialmente e religiosamente rilevante) del «*connubium*» (non quindi tra Quiriti e stranieri, né tra patrizi e plebei, né, tanto meno, tra *cognati*); *b*) era celebrato in modi solenni e tradizionali (principalmente, con la cerimonia religiosa della «*confarreatio*»); *c*) persisteva per tutto il tempo in cui la moglie coabitasse col marito nella casa di costui, e i due coniugi si onorassero manifestamente come tali. Dal punto di vista del *ius Quiritium* tutto questo, peraltro, non rilevava affinché i figli della donna convivente potessero essere giuridicamente assunti come sottoposti a *potestas* nella *familia* del suo uomo; occorreva che la moglie fosse essa stessa sottoposta alla *manus* del marito (o del suo *pater familias*), divenendone «*filiae* (o *neptis*) *loco*».

(*a*2) Solo **attraverso una lunga evoluzione**, che pare si sia conclusa nell'età delle *XII tabulae* o poco più in là, il *matrimonium* e la *manus* si fusero nell'istituto, che già conosciamo [n. 33], della «*manus maritalis*», di cui fu considerato presupposto essenziale il *connubium* (ammesso a fatica anche tra patrizi e plebei) e di cui furono riconosciuti come atti costitutivi, oltre la *confarreatio*, la *coëmptio* e l'*usus maritalis* [n. 33]. A prescindere da questo cd. «*matrimonium cum manu*», rimase tuttavia sempre aperta la possibilità eccezionale di una «*manus sine matrimonio*», cioè di quella forma potestativa che derivava dalla *coëmptio* effettuata con un estraneo non a fini di unione coniugale («*coëmptio cum extraneo*», anche detta «*coëmptio fiduciaria*»).

(*a*3) Sullo scorcio dell'età arcaica e **agli albori del periodo preclassico**, dunque, nel sistema del *ius civile vetus*, si pose l'ulteriore problema di fare del *matrimonium* un istituto produttivo pur sempre di *potestas* sui *filii*, ma non anche di *manus* sulla *uxor*: ciò ad evitare che costei perdesse i suoi legami (e le sue aspettative successorie) con la *familia* di origine, oppure ad evitare che essa, se *sui iuris*, fosse privata del proprio patrimonio. A questo scopo la giurisprudenza pontificale sfruttò in sede interpretativa una norma decemvirale, la quale probabilmente si limitava a precisare che l'*usus maritalis* dovesse ritenersi incompiuto se, prima della scadenza dell'anno, la donna portata in casa come moglie si fosse allontanata dalla casa stessa per almeno tre notti (tre notti coniugali) di séguito: pertanto essa consigliò al marito e alla moglie di evitare la *confarreatio* e la *coëmptio* e di prescegliere il sistema dell'*usus*, praticando però annualmente l'assenza della moglie per un ***trinoctium*** cioè per tre notti consecutive («*trinoctii usurpatio*»). Con questo espediente la *manus* non si sarebbe realizzata, ma i *filii* sarebbero egualmente spettati, man mano che nascessero, al marito (o al *paterfamilias* di lui) in virtù di un'altra antica regola: quella che i frutti naturali di un oggetto giuridico sono attribuiti al soggetto che ha operato la semina («*messis sembntem sequitur*», «chi semina raccoglie»). Si formò, in tal modo, il cd. ***matrimonium sine manu***, in ordine al quale, ovviamente, il *trinoctium* divenne con l'andar del tempo una mera finzione: la convivenza volontaria dei coniugi nella casa maritale era quanto bastava acché la loro unione valesse come *matrimonium*.

(*a*4) Nel **periodo classico**, stando al *ius vetus*, la *manus maritalis* aveva ormai, come sappiamo, applicazioni ridottissime, mentre il *matrimonium* per antonomasia era quello **senza mano maritale** (*sine manu*). Ma il *matrimonium*, si badi, non era considerato dalla giurisprudenza come un «rapporto» o un insieme di rapporti giuridici. Esso era considerato invece come un «atto giuridico negoziale» a struttura bilaterale ed «a carattere continuativo»: negozio cioè consistente nella voluta convivenza tra i coniugi e perdurante dall'inizio di questa convivenza sino alla fine della stessa per morte di un coniuge o per il venir meno (in uno o in ambedue) della volontà di stare insieme (*affectio maritalis*). La massima secondo cui «è il consenso dei coniugi a dar luogo al matrimonio» («*consensus facit nuptias*») stava a significare, nella visione della giurisprudenza classica, la essenzialità di un **durevole, continuativo, ininterrotto *consensus*** (sentire insieme, essere d'accordo) dei coniugi per l'esistenza delle *nuptiae*: l'essenzialità, insomma, di un «*consensus persevérans*» come per la *societas* [n. 76].

(*a*5) Nel **periodo postclassico** la concezione classica del *matrimonium* fondamentalmente non cambiò; tuttavia, principalmente per la influenza del cristianesi-

mo e per l'intervento del *ius novum*, essa si corruppe e modificò in molteplici impostazioni particolari, avviandosi ad una radicale trasformazione, che si sarebbe peraltro perfezionata solo in epoca post-romana. L'avversione al *divortium* indusse a conferire un valore determinante al solo momento iniziale del consenso dei coniugi ed a ritenere che il matrimonio dovesse continuare necessariamente a sussistere sin quando non intervenisse a estinguerlo la morte o una nuova, specifica e manifesta volontà contraria alla sua sussistenza. La massima «*consensus facit nuptias*» acquistò pertanto, progressivamente, il senso che le *nuptiae* fossero la conseguenza indeclinabile (quanto meno sino al *divortium*) di un «accordo iniziale» tra i coniugi; sicché il *matrimonium* passò insensibilmente ad essere concepito non piú come un «negozio» giuridico, ma come un «rapporto» giuridico, o meglio come un insieme di rapporti giuridici, assoluti e relativi (sui figli, tra i coniugi e via dicendo), scaturenti da quell'iniziale incontro di volontà.

(*b*) I **presupposti di un matrimonio secondo diritto** (presupposti valevoli, del resto, anche per il *matrimonium cum manu*) furono quattro: *a*) la capacità di unione sessuale dei coniugi; *b*) l'esogamia; *c*) la monogamia; *d*) la reciproca capacità matrimoniale. Un'unione tra due persone che, pur completa degli elementi essenziali di un matrimonio, non rispettasse questi presupposti era inconcepibile per la civiltà romana, e dunque da considerarsi come giuridicamente irrilevante.

(*b1*) La **capacità di unione sessuale dei coniugi** era data dalla differenza di sesso (cioè dalla cd. «eterosessualità»), dall'età pubere e dalla concreta attitudine al congiungimento.

La ovvia necessità della **differenza di sesso** implicava qualche difficoltà in ordine agli «ermafroditi» (*hermaphroditi*), cioè agli individui di sesso ambiguo, i quali erano considerati atti al matrimonio solo se fossero approssimativamente inquadrabili, per la prevalenza dei caratteri relativi, in uno dei due sessi. L'esigenza, altrettanto ovvia, dell'età pubere faceva ripresentare, in tema di capacità matrimoniale, i problemi di accertamento della *pubèrtas* agitati in tema di capacità di agire: problemi ch'erano, presumibilmente, risolti allo stesso modo [n. 15]. Quanto all'attitudine al congiungimento, la si intendeva nel senso piú largheggiante, nel senso cioè che dovevano esservi tutti gli organi essenziali alla riproduzione, a prescindere da ogni rilevanza circa la loro funzionalità: capace di unirsi era pertanto l'individuo sterile, il cd. «impotente» (*spado*), salvo che fosse vistosamente privo o privato di organi riproduttivi (*castratus, eunuchus*).

(*b2*) L'**esogamia** comportava che i coniugi: *a*) non provenissero dalla stessa famiglia agnatizia; *b*) non fossero tra loro parenti di sangue (*cognati*); *c*) non fossero tra loro correlati da preesistente «affinità».

La **prima esigenza** («non tra agnati») valeva anche in relazione ai figli acquisiti per adozione (piú precisamente, in relazione sia agli arrogati sia agli adottivi in senso stretto): anzi, se un figlio adottivo veniva emancipato, sussisteva sempre l'impos-

sibilità delle nozze con i parenti in linea retta (non con quelli in linea collaterale) della famiglia di adozione. La **seconda esigenza** («non tra cognati») valeva tra tutti i *cognati* in linea retta, mentre per i cognati in linea collaterale valeva solo tra fratelli e tra zii e nipoti, sia della stessa famiglia sia di famiglie diverse. La **terza esigenza** («non tra affini») valeva nel senso che, una volta avvenuto lo scioglimento del matrimonio, l'ex-coniuge non poteva andare a nozze con quelli che erano stati suoi «affini» (*adfines* [n. 36]), cioè con gli ascendenti o discendenti (agnati o cognati che fossero) dell'altro ex-coniuge.

(*b3*) La **monogamia** comportava che il marito e la moglie non avessero piú di un coniuge, quindi determinava l'impossibilità di un matrimonio tra persone (una o ambedue) già sposate. Se una unione del genere si verificava, i casi erano due: *a*) o la nuova unione subentrava al matrimonio precedente, implicando per implicito lo scioglimento di quest'ultimo per divorzio; *b*) oppure, non potendosi ritenere sciolto il primo matrimonio per divorzio, la nuova unione aveva carattere di «concubinato», cioè di unione stabile extramatrimoniale.

Il diritto onorario (e per esso l'editto pretorio) trattò come infami (*infames*), con tutte le conseguenze relative [n. 10], coloro che avessero pubblicamente fatto matrimonio, o anche solo fidanzamento, con due persone contemporaneamente. A termini del diritto nuovo postclassico, sia perché il matrimonio era visto come un rapporto giuridico conseguenziale al consenso iniziale e sia perché la poligamia era una consuetudine di certe province orientali che si voleva assolutamente sradicare, la «bigamía» fu punita addirittura come reato.

(*b4*) La **reciproca capacità matrimoniale** (*connúbium*) derivava dall'esigenza antichissima che i matrimoni avessero luogo solo tra persone appartenenti alla stessa comunità culturale.

Alle origini l'àmbito delle persone ammesse al connubio era tanto gelosamente limitato, che i plebei ottennero la possibilità di unirsi matrimonialmente con i patrizi solo dalla leggendaria *lex Canuleia* del 445 a. C. Ma col passare dei secoli le limitazioni furono sempre piú ridotte. Comunque, in età classica, prima della costituzione Antoniniana del 212 d. C., la reciproca capacità matrimoniale era riconosciuta dal diritto antico solo tra cittadini romani e tra cittadini e Latini ed era concessa, ma solo in casi di volta in volta determinati, tra cittadini e stranieri di certe categorie. Maggior larghezza mostrò il diritto nuovo dei príncipi nei confronti dei militari, cui fu spesso elargito, a titolo di privilegio, il connubio con donne straniere (evidentemente incontrate nelle province, sopra tutto di confine).

(*c*) **Elementi essenziali del negozio matrimoniale**, da esaminare piú da vicino, furono: forma, causa e volontà.

(*c1*) La **forma** del matrimonio era libera. Non erano richiesti, dal punto di vista giuridico (anche se si trattava di esigenze fortemente senti-

te dal punto di vista sociale), né riti particolari di celebrazione, né modi peculiari di estrinsecazione del sentimento matrimoniale (*affectio maritalis*). Tuttavia una serie (pur se non tassativa) di **fatti concludenti**, indicativi cioè della esistenza di un vero matrimonio, era costituita: *a*) dalla iniziale deduzione della moglie in casa del marito (*deductio uxòris in domum mariti*); *b*) dalla successiva abituale convivenza dei due soggetti sotto lo stesso tetto; *c*) da quel complesso di reciproci riguardi e di manifestazioni di intimità cui si dava il nome di rispetto coniugale (*honor matrimonii*).

Il **diritto nuovo postclassico**, giusta la tendenza sua caratteristica a conferire importanza prevalente al *consensus* iniziale, svalutò fortemente il valore del rispetto coniugale, anche sotto l'aspetto probatorio, ed attribuí molto rilievo alle forme di inizio della vita coniugale: la benedizione del sacerdote nei matrimoni tra cristiani e, specialmente, la redazione scritta di patti nuziali (*pacta nuptialia*) intesi al regolamento del regime patrimoniale del *matrimonium*.

(*c*^{2}) La **causa** del matrimonio consisteva nella funzione di stabilire tra i due coniugi (appartenenti, si ricordi, a due famiglie diverse) una **nuova famiglia**, di cui fosse esponente presso i terzi e internamente capo (pur se non titolare di *manus* sulla moglie) il marito. Data la grande importanza del fenomeno, varî provvedimenti di governo intervennero, in varî tempi, a delimitare l'ambito di liceità della causa matrimoniale, vietando (con conseguenze di nullità) certe unioni contrarie ad esigenze ritenute di particolare importanza.

Matrimonia iniusta, invalidi sotto il profilo della causa, furono principalmente: *a*) quello tra la moglie colpevole di adulterio ed il suo complice (matrimonio vietato dalla *lex Iulia et Papia*); *b*) quello tra il tutore (nonché i suoi ascendenti e discendenti) e la pupilla, almeno sino alla presentazione del rendiconto finale dell'amministrazione tutelare (matrimonio ritenuto nullo per interpretazione giurisprudenziale); *c*) quello tra senatori (nonché loro discendenti) e donne di condizione libertina o comunque umile (matrimonio vietato in diritto classico, ma poi progressivamente ammesso in diritto postclassico); *d*) quello tra rapitore e rapita (matrimonio vietato da costituzioni postclassiche); *e*) quello tra cristiani ed ebrei (matrimonio vietato, per incompatibilità religiosa, da costituzioni postclassiche).

(*c*^{3}) La **volontà** coniugale (terzo elemento essenziale del *matrimonium*) era denominata in vario modo: «accordo» (*consensus*), «volontà dei coniugi» (*mens coëúntium*), ma principalmente (con riguardo alla caratteristica impostazione dell'istituto sulla supremazia del marito) **sentimento maritale** (*affectio maritalis*). Il matrimonio non era dato soltanto dalla materiale convivenza, ma anche e sopra tutto dal concorso della volontà dei coniugi («*nuptias non concúbitus, sed consensus facit*»). Come per gli

altri atti di autonomia, il diritto classico deduceva, sino a prova contraria, l'esistenza della volontà dal **comportamento esteriore** delle parti: quindi, nella specie, dal rispetto coniugale (*honor matrimonii*).

Diversa tendenza manifestò, anche sotto questo riguardo, il **diritto postclassico**, tanto piú che il *consensus* (quello iniziale) era da esso ritenuto impegnativo non solo per il presente, ma anche per il futuro, sino alla manifestazione della volontà di divorziare (o alla morte) di uno dei coniugi. Di qui una molto maggiore cura in età postclassica verso la individuazione della volontà reale (al di là delle apparenze esteriori) dei soggetti, nonché verso i problemi, prima quasi del tutto trascurati, della simulazione di matrimonio e della formazione viziosa della volontà matrimoniale a causa di errore, di dolo e particolarmente di violenza morale.

(*d*) **L'efficacia del matrimonio** era dipendente (in misura molto varia) principalmente dall'ottemperanza ai seguenti ulteriori requisiti.

(*d*[1]) La **capacità di agire dei nubendi**. Se questi erano formalmente autonomi (*sui iuris*), vi era impossibilità di andare a nozze per il pazzo [n. 41] e necessità dell'autorità tutoria per la donna pubere (*mulier virípotens*) [n. 40]. Se invece essi soggetti erano (uno o ambedue) familiarmente sottoposti, non bastava il concorso della loro volontà (espressa a titolo di «mera capacità di agire»), ma era indispensabile (forse addirittura ai fini dell'istituzione di una valida convivenza coniugale) il concorso iniziale della volontà del capofamiglia, cioè anche il suo «assenso»: una convivenza matrimoniale tra sottoposti istituitasi contro o senza il volere degli aventi potestà era infatti, a stretto rigore, una contraddizione in termini, perché la patria potestà esigeva che un atto cosí impegnativo quale l'inizio di una convivenza coniugale, con connesso impianto di una nuova attuale o futura famiglia, fosse approvato dal capofamiglia.

(*d*[2]) **L'ottemperanza alle disposizioni della legge Giulia Papia** (*lex Iulia et Papia*): espressione, questa, con la quale la giurisprudenza classica soleva designare unitariamente due distinte leggi pubbliche promosse da Augusto e tra loro complementari: la *lex Iulia de maritandis ordínibus* (18 a. C.) e la *lex Papia Poppaea nuptiàlis* (9 d. C.). Salvo che in alcuni particolari di cui già si è detto, le due leggi non modificarono la struttura giuridica del matrimonio: il loro fine fu solo quello di indurre i romani (piú precisamente, gli uomini tra i 25 e i 60 anni e le donne tra i 20 e i 50 anni) ad unirsi in matrimonio e ad avere un numero minimo di figli, fissato in tre nell'ipotesi di moglie nata libera (*ingenua*) ed in quattro nell'ipotesi di moglie nata schiava e poi liberata dalla schiavitú (*libertina*).

Pertanto: *a*) a carico dei non sposati (*caèlibes*) e degli sposati senza avere (o avere avuto) figli (*orbi*) furono stabiliti pesanti svantaggi, che si concretavano sopra

tutto nella «*incapàcitas*» successoria, cioè nel «divieto di acquistare» (*càpere*), in tutto o in parte, ciò che fosse stato loro lasciato per testamento (cd. «*relictum*») [n. 94]; *b*) per evitare che l'assenso paterno al matrimonio degli *alieni iuris* fosse ingiustamente rifiutato, fu ammesso il ricorso degli interessati al magistrato; *c*) a favore di coloro che si fossero sposati con «*matrimonium iustum ac legitimum*», rispettando cioè non solo le prescrizioni del *ius civile* ma anche quelle della *lex Iulia et Papia*, ed avessero (o avessero avuto) almeno un figlio, furono previste varie agevolazioni.

Il minimo dei tre figli (quattro, se nati da donna *libertina*) determinò la formazione del cd. **diritto della figliolanza** (*ius liberorum*) con numerosi vantaggi di carattere personale ed economico (possibilità di ottenere le magistrature con anticipo sui tempi normalmente prescritti, esenzione dai gravami di pubblico interesse, cioè dai «*múnera publica*», sottrazione delle donne alla *tutela mulierum* e via dicendo). Un sistema, come si vede, alquanto rigido, che era però mitigato dalla potestà attribuita al *senatus* e al *princeps* di concedere a titolo di **privilegio** il «*ius trium vel quattuor liberorum*» (il privilegio di «fingere» la presenza dei tre o quattro figli) anche a coloro che non si trovassero in regola con la *lex Iulia et Papia*.

(*e*) Lo **scioglimento del matrimonio** poteva dipendere: *a*) dalla morte o dalla perdita della libertà (*capitis deminutio maxima*) di uno dei due coniugi; *b*) dal venir meno di un presupposto del negozio; *c*) dal venir meno di un elemento essenziale del negozio stesso e, in particolare, dal venir meno della volontà coniugale, cioè dal divorzio.

(*e*[1]) Nella concezione classica, il **divorzio** (*divortium*: da «*divèrtere*», scostarsi l'uno dall'altra, scindersi coniugalmente) era il fatto giuridico della cessazione, in uno o in ambedue i coniugi, della volontà di vivere matrimonialmente. Non era necessario cioè che vi fosse una volontà specifica di divorziare, purché esistesse e fosse certo il dato di fatto della cessazione della volontà matrimoniale. Tuttavia, data la rilevanza del divorzio particolarmente riguardo allo stato dei figli, la prassi sociale e la giurisprudenza concorsero nel far sí che il divorzio si effettuasse di solito, a scanso di equivoci e di conseguenze svantaggiose, mediante un negozio giuridico di accertamento e conferma dell'avvenuta cessazione del consenso coniugale.

Il divorzio, pertanto, si desumeva: o da comportamenti incompatibili con la volontà coniugale (es.: la separazione di letto e di mensa, la sottrazione furtiva di cose del marito da parte della moglie); oppure da una dichiarazione unilaterale recettizia (generalmente trasmessa da un portavoce o con una lettera: «*per nuntium*» o «*per litteras*») di **ripudio** (*repúdium*). In genere, se si ricorreva alla dichiarazione di *repudium*, questa era fatta da un sol coniuge all'altro (il piú delle volte, per uso sociale, dal marito) ed era sufficiente ad accertare la fine del consenso.

(*e*²) Nella concezione postclassica, conforme alla tendenza di ravvisare nel matrimonio un effetto giuridico del consenso iniziale, il divorzio fu progressivamente identificato con il **ripudio esplicito**, e il negozio giuridico relativo non fu piú ritenuto un negozio espressivo dell'avvenuta cessazione del matrimonio, ma fu considerato un negozio costitutivo di quell'effetto. Inoltre, per influsso delle idee cristiane, il divorzio, senza essere addirittura vietato, fu fortemente ostacolato dalla legislazione imperiale.

I predecessori di Giustiniano ammisero la piena libertà del divorzio solo quando si trattasse di divorzio consensuale (*divortium communi consensu*), mentre limitarono il *divortium* unilaterale ai soli casi in cui esso fosse richiesto dal coniuge in base ad una giusta causa (*iusta causa*), cioè a titolo di reazione ad una colpa commessa dall'altro coniuge. Piú rigoroso fu Giustiniano, il quale: *a*) riconobbe libertà di divorzio solo in alcune ipotesi eccezionali di **divorzio per fondati motivi** (*divortium bona gratia*: obbiettivamente giustificato da un voto di castità, dalla prigionia di guerra dell'altro coniuge, dalla sopravvenuta impotenza di lui); *b*) limitò il **divorzio per colpa** (*ex iusta causa*) a pochissimi casi di colpa coniugale; *c*) penalizzò con la perdita dei diritti sulla dote (o sulla *donatio propter nuptias*) la richiesta di divorzio immotivato («*divortium sine causa*»).

(*f*) Fino al termine dell'età classica il diritto privato non fu contrario, anzi si mostrò sempre piú favorevole, alle **seconde nozze** (*secundae nuptiae*), cioè a due (o piú) matrimoni successivi. Diversamente, per influenza del cristianesimo, il diritto postclassico.

Unica limitazione, antichissima, fu costituita dal cd. **periodo di lutto** (*tempus lugendi*, tempo da dedicare al pianto), cioè da un periodo di dieci mesi di lutto imposto dal costume sociale alla vedova. Le leggi Giulia e Papia, per agevolare le seconde nozze, addirittura comminarono la *incapàcitas* acquisitiva al marito sin quando si risposasse ed alla moglie che non provvedesse a rimaritarsi nei due anni dalla morte del marito o nei diciotto mesi dal *divortium*. Ma in periodo postclassico il *tempus lugendi*, fu portato a dodici mesi e fu esteso anche alla donna divorziata, mentre le seconde nozze furono contrastate, sopra tutto nei confronti di chi venisse a trovarsi in condizioni di genitore bínubo (*parens binúbus*), avendo avuto figli dal primo matrimonio. Il colmo del rigore fu raggiunto da Giustiniano, che fissò a carico dei binubi un sistema severo di penalità (*poenae secundarum nuptiarum*).

(*g*) Unione paramatrimoniale era il **concubinato** (*concubinatus*), cioè la convivenza manifesta e continuata di due persone di sesso diverso, che fosse priva del carattere di matrimonio, non fosse cioè cementata dal sentimento maritale (*affectio maritalis*).

Questa fattispecie acquistò rilevanza giuridica peculiare in relazione alle leggi matrimoniali augustee. La legislazione *de maritandis ordinibus* dichiarò nulle, come sappiamo, determinate unioni (es.: tra senatori e *libertinae*). La legge *de adulteriis*, riordinando dal punto di vista criminalistico tutta la materia dei rapporti extramatrimoniali, qualificò come reati (*crimina*) fortemente puniti e perseguibili davanti ad un'apposita corte di giustizia (*quaestio de adulteriis*) tre tipi di unioni sessuali: *a*) l'**adulterio** (*adulterium*), cioè l'unione sessuale di una donna maritata con uomo diverso dal marito; *b*) l'**incesto** (*incestum*), cioè l'unione tra parenti e affini; *c*) inoltre persino lo **stupro** (*stuprum*), nel senso larghissimo (si badi bene) di unione carnale con donna nubile o vedova (*virgo vel vidua*), salvo che si trattasse di una liberta, di una pubblica prostituta o di una donna di incerti natali (*obscuro loco nata*). L'ovvia conseguenza di questa legislazione fu che, quando un'unione (non incestuosa) a carattere stabile intervenisse in ipotesi di matrimoni nulli o con donne esentate dal reato di stupro (donne «*in quas stuprum non committitur*»), nel primo caso non si potesse parlare (per difetto di causa matrimoniale) e nel secondo caso solitamente non si parlasse (per difetto di *affectio maritalis*) che di mero concubinato. Seguirono piú tardi, anche in relazione ai successivi divieti matrimoniali, ulteriori sviluppi, sin che il concubinato fu concepito, in età classica avanzata, come una sorta di surrogato del matrimonio (appunto come un'**unione paramatrimoniale**) cui talora si ricorse per evitare le seconde nozze o per aggirare il principio monogamico, quindi per evitare la bigamia.

Piú lontano di questa generica qualificazione del concubinato, come unione paramatrimoniale non incriminabile, il diritto classico probabilmente non andò. In diritto postclassico l'istituto ottenne invece, per motivi diversi, un progressivo riconoscimento giuridico positivo. In primo luogo, esso fu esteso sino a ricomprendere ogni **convivenza di fatto** (anche detta «*more uxorio*»), cioè ogni unione durevole, priva di carattere matrimoniale, anche con donne nate libere e non prostitute (*ingenuae et honestae*), senza cioè piú tener conto, in considerazione della durevolezza del legame, dello stupro implicato da siffatte situazioni. In secondo luogo, i figli dei concubini furono differenziati dalla prole derivante da altre unioni extramatrimoniali (che era costituita da «*vulgo concepti*», figli di padre ignoto, privi dalla nascita di *pater familias*): vennero qualificati come **figli naturali** (*liberi naturales*) di ambo i concubini e vennero dichiarati «riconoscibili» come sottoposti alla sua potestà da parte del padre attraverso il nuovo istituto della **legittimazione** (*legitimatio*).

La legittimazione poteva, a sua volta, effettuarsi in tre modi: *a*) «per successivo matrimonio» tra i genitori («*per súbsequens matrimonium*»); *b*) «per beneficio imperiale» («*per rescriptum principis*») impetrato dal padre; *c*) «per offerta alla curia municipale» («*per oblationem curiae*»), la quale ultima si verificava quando il padre iscrivesse il figlio come decurione nelle curie municipali, assegnandogli anche un congruo patrimonio, oppure facesse sposare la figlia con un decurione, assegnandole una congrua dote.

(*b*) Il matrimonio poteva essere preceduto dal **fidanzamento** (*sponsàlia*), cioè da una «promessa di matrimonio» intervenuta tra i due futuri coniugi, o tra gli aventi potestà sugli stessi, allo scopo di impegnarne uno (generalmente, la donna) o di impegnare ambedue alla conclusione del negozio matrimoniale (sia *cum manu* sia *sine manu*). Le ragioni della promessa stavano di solito nel fatto che si volevano riservare per tempo ad una certa sistemazione coniugale futura persone che non fossero ancora in grado di sposarsi: o per mancanza dell'età matrimoniale minima, o per un periodo di lutto da rispettare, o per una sistemazione economica da perfezionare, o per lontananza tra i nubendi, o per altro.

A rigore di diritto civile antico, gli sponsali erano riversati in una o due stipulazioni reciproche [n. 67] determinative dell'obbligo di pagare una penale per il caso di inadempienza; ma il diritto onorario, giudicando sconveniente (*inhonestum*) questo modo di procedere, lo ostacolò e lo fece decadere mediante il ricorso alla denegata giustizia (*denegatio actionis*) o la concessione di un'eccezione di dolo (*exceptio doli*) a chi fosse convenuto con l'azione *ex stipulatu*. Ciò non tolse che l'istituto mantenesse sul piano sociale sempre moltissimo peso, sí che il *ius novum* postclassico gli diede nuovo rilievo giuridico in sede di procedura *extra ordinem*, sopra tutto nell'ipotesi che il fidanzamento (solennemente siglato, di solito, dallo scambio di un bacio tra i due promessi: «*òsculo interveniènte*») fosse accompagnato da una «caparra» penitenziale versata dalla fidanzata al fidanzato col patto che, a titolo di pena, sarebbe stata incamerata dal secondo ove la prima si sottraesse all'impegno, mentre sarebbe stata da quest'ultimo restituita nel doppio ove all'impegno fosse lui a sottrarsi (*arrha sponsalicia*).

36. *Gli effetti del matrimonio.* — Nella concezione del diritto antico (civile e onorario), corrente sino a tutto il periodo classico, dal negozio giuridico bilaterale qualificato «matrimonio» (e cioè, per intenderci bene, dal cd. *matrimonium sine manu*) scaturiva un fascio di effetti e implicazioni che non è possibile riversare entro un unico stampo, ma che erano tutti connessi al concetto ed al termine di «affinità» (*adfinitas*): parola che letteralmente indica la contiguità tra i confini, cioè tra i *fines*, di due entità ben distinte tra loro (es.: due fondi agrari, le tribú territoriali ecc.). Si

intendeva per **affinità** la contiguità, la propinquità, la stretta vicinanza determinata dal matrimonio tra la famiglia del marito e quella della moglie. Pur se la moglie, finché durasse il consenso coniugale, era subordinata all'autorità del marito, le loro famiglie rimanevano diverse: tuttavia innegabilmente le rendeva vicine, anche per ciò che riguardava la parentela cognatizia, sia la realtà del matrimonio in corso, sia anche, dopo lo scioglimento del matrimonio, il ricordo di quella realtà, la traccia (per esempio, i figli) da essa lasciata.

Tanto premesso, passiamo a tracciare un quadro degli effetti del matrimonio (e dell'affinità dallo stesso indotta): *a*) con riguardo ai coniugi; *b*) con riguardo ai loro figli; *c*) con riguardo ai loro parenti.

Dato che nella tendenziale concezione del *ius novum postclassico* il *matrimonium* era invece un rapporto, o meglio un complesso di rapporti giuridici scaturenti non piú dal *consensus* continuativo, ma dal *consensus* iniziale, quelli che classicamente erano solo effetti riflessi furono in età postclassica concepiti come «effetti diretti» del *consensus*, come risultato caratteristico del *matrimonium*. E siccome il *matrimonium* era ormai considerato come ben piú di una causa di *adfinitas* tra marito e moglie, cioè come un «*consortium omnis vitae*», come una «*humani et divini iuris communicatio*» durevole in linea di principio sino alla morte (e risolubile in vita solo eccezionalmente col divorzio), l'*adfinitas* fu intesa come una sorta di attenuata ma durevole parentela determinata dal matrimonio tra ciascun coniuge e i *cognati* dell'altro.

(*a*) Le principali conseguenze del matrimonio **nei riguardi dei coniugi** furono le seguenti.

(*a*[1]) Prima di tutto vi era l'**autorità maritale** del coniuge maschio o, per suo conto e nel suo interesse, del suo capofamiglia [n. 33]. La moglie, infatti: assumeva la condizione sociale del marito; doveva necessariamente adattarsi a vivere nel suo domicilio e in casa sua; non poteva allontanarsi ingiustificatamente dal tetto domestico, sempre che non fosse per divorzio.

A tutela di questa sua autorità nei confronti dei terzi, il marito usufruiva, per concessione del diritto onorario, di due interdetti (*interdicta* «*de exhibenda ac ducenda uxore*»): *a*) l'uno per ottenere che gli fosse «esibita» (mostrata) la moglie da chi la ospitasse contro il suo volere (e ciò anche se costui fosse il *pater* della *uxor*); *b*) l'altro per vietare a chi fosse sospetto di volerlo fare che gli venisse sottratta violentemente la moglie dal domicilio domestico.

(*a*[2]) Nei confronti del marito la moglie era inoltre tenuta alla **fedeltà**. Quest'obbligo era consuetudinariamente sanzionato, sin dai piú antichi tempi, con la reazione familiare dello stesso marito o del suo capofamiglia: reazione ammessa, sino agli estremi dell'uccisione, non solo nel matrimonio *cum manu*, ma anche in quello *sine manu*.

Data la sempre piú marcata decadenza dell'antico rigore, la rigorosissima **legge sugli adulterî** e sugli altri reati sessuali promossa da Augusto [n. 35] conferí la qualifica di reato (*crimen*) all'infedeltà della moglie ed alla complicità, nella commissione dell'illecito, del suo amante, anzi dispose che, se il marito non avesse al piú presto divorziato dalla moglie e non avesse esercitato contro i due adulteri l'accusa pubblica di adulterio, l'accusa potesse essere promossa, innanzi alla corte criminale competente, da chiunque si sentisse di sostenerla con prove adeguate (cioè da un *quivis de populo*). Quanto al marito, la sua infedeltà non fu mai considerata giuridicamente rilevante: venne solo considerata, in taluni casi, come esimente o come attenuante del reato di adulterio della moglie.

(*a3*) Addentellato patrimoniale di questa sottoposizione, sia pur attenuata, della moglie (nel matrimonio *sine manu*) al marito era la **presunzione muciana** (*praesumptio Muciana*), cosí detta perché escogitata dal grande giurista Q. Mucio Scevola (sec. I a. C.). Tutti gli incrementi patrimoniali ottenuti dalla moglie durante il matrimonio (*constante matrimonio*) si presumevano fatti, sino a prova contraria, a favore e per conto del marito: regola chiaramente imitativa, nei limiti del possibile, di quella valevole *ab antiquo* per i sottoposti del soggetto giuridico.

(*a4*) Per antichissima tradizione era considerata inammissibile, in costanza di matrimonio (*sine manu*), la **donazione tra coniugi** (*donatio inter virum et uxorem*), la quale avrebbe potuto troppo facilmente alterare la consistenza patrimoniale sia dell'uno che dell'altro.

La vecchia regola, non si sa quanto rispettata dalla società romana (sopra tutto in ordine ai trasferimenti di *res nec mancipi*, e in particolare di danaro contante, che erano oltre tutto assai difficili da provare in sede giudiziaria), comportava la nullità del «*negotium iniustum*» diretto a violarla. Essa acquistò particolare importanza dopo l'emanazione della *lex Iulia et Papia* [n. 35], potendosi troppo facilmente aggirare, mediante donazioni, l'ostacolo della cd. *incapàcitas* successoria sancita a carico dei coniugi senza figli o sposatisi *contra legem*. Solo limitate eccezioni furono ammesse progressivamente dalla giurisprudenza, la quale anzi si indusse a bollare come invalide, per evidente *fraus legi*, le donazioni che i coniugi si facessero (approfittando della riacquistata libertà) durante la parentesi di un divorzio seguíto da nuovo loro matrimonio. Un'*oratio Severi* del 206 d. C. giunse opportunamente a dichiarare convalidate le donazioni (con o senza clausola «*mortis causa*») che fossero state contenute nei limiti della *lex Iulia et Papia*.

(*a5*) Se la moglie commetteva **furto di cose mobili** al marito, il derubato non aveva a sua disposizione l'azione di furto, ma solo un'azione di risarcimento (*reipersecutoria*) da esercitarsi comunque a matrimonio disciolto (*soluto matrimonio*), che era eufemisticamente denominata «azione

per appropriazione indebita» (*actio rerum amotarum* [n. 85]). Giustiniano riformò il regime nel senso di ammettere l'esercizio dell'azione penale solo in costanza di matrimonio, mentre dopo lo scioglimento del matrimonio l'azione di furto era liberamente esperibile.

(*a6*) A partire da Antonino Pio (138-161 d. C.), se la moglie agiva in giudizio contro il marito, la eventuale condanna di quest'ultimo era limitata (mediante una *taxatio*), per evitargli la vendita del patrimonio (*bonorum venditio*) e la connessa infamia, a **ciò che fosse in grado di pagare** (*id quod reus facere potest*). Il beneficio fu poi esteso, ma solo in età postclassica, anche alla moglie convenuta in giudizio dal marito.

(*b*) Le conseguenze del matrimonio **nei riguardi dei figli nati in costanza del matrimonio** stesso stavano nel far derivare dal fatto del loro concepimento la situazione soggettiva di figli di diritto (*filii iusti*: oggi si direbbe «legittimi»), quindi di figli appartenenti alla famiglia del padre e sottoposti alla potestà di lui o del suo capofamiglia. Si presumeva concepito durante il matrimonio (*constante matrimonio*) il figlio nato almeno 182 giorni dopo l'inizio della convivenza coniugale e non oltre i 300 giorni dallo scioglimento del matrimonio.

L'**attribuzione del figlio al marito** era implicata a titolo presuntivo dalla convivenza coniugale di costui con la madre («*pater is est quem nuptiae demònstrant*»).

Non era conosciuta né un'azione del padre per il disconoscimento del figlio, né (tanto meno) un'azione del figlio non riconosciuto per l'accertamento della sua discendenza genetica dal padre: il *pater*, infatti, in virtú della *potestas* (sua o del suo *pater familias*), avrebbe potuto, almeno teoricamente, anche uccidere il neonato che non intendesse assumere sotto la sua *potestas* [n. 34]. Nell'uso sociale si diffuse la pratica che il padre manifestasse la sua conferma della appartenenza del figlio, raccogliendo il neonato tra le sue braccia («*tòllere liberum*»): l'astensione da questo atto (se ed in quanto la scena fosse stata concretamente preparata) valeva come disconoscimento della paternità (o come esercizio del *ius exponendi* del neonato).

(*c*) Le conseguenze del matrimonio **nei riguardi dei parenti dei coniugi** furono principalmente due e furono l'una e l'altra chiaramente dettate da ragioni di convenienza sociale in qualche modo connesse, particolarmente in età postclassica, alle analogie tra affinità (*adfinitas*) e parentela di sangue (*cognatio*).

(*c1*) In primo luogo, il capofamiglia della moglie, se convenuto in giudizio dal marito suo genero a causa dell'**inadempimento della promessa di dote** [n. 43], ottenne, per opinione dominante della giurisprudenza, il be-

neficio di essere condannato entro i limiti delle sue possibilità economiche («*in id quod facere potest*»).

(*c*²) In secondo luogo, anche qui (sembra) per dilagante opinione giurisprudenziale, tra ciascun coniuge e i parenti in linea retta dell'altro fu considerata **inammissibile**, e pertanto nulla, **ogni unione matrimoniale futura**, cioè successiva allo scioglimento del matrimonio tra i due primi coniugi.

Nel seno del *ius vetus* **preclassico e classico**, la regola si affermò progressivamente per estensione del principio di esogamia, cioè del divieto delle nozze tra *cognati*, e limitatamente ai casi pratici di gran lunga piú frequenti: quelli delle unioni tra suocero e nuora, tra suocera e genero, tra patrigno e figliastra, tra matrigna e figliastro. La evidente sconvenienza sociale di unioni siffatte, tra persone che avessero piú o meno lungamente rivestito un ruolo analogo a quello dei genitori e, rispettivamente, dei figli, indusse sempre piú fermamente a considerare quelle unioni come «nefaste e incestuose» (*nefariae et incestae*) alla guisa stessa, o quasi, delle unioni tra genitori e figli di sangue.

Il *ius novum* **postclassico** si spinse piú in là, proclamando a maggior ragione scandalosi, e quindi invalidi, i matrimonî tra un coniuge ed i *cognati* dell'altro coniuge sino all'ultimo grado giuridicamente rilevante (il settimo) della cognazione in linea retta. Anzi l'*adfinitas* venne, sia pure in modo incerto e nebuloso, equiparata in ogni senso alla *cognatio* (compresa quella in linea collaterale) e fu estesa anche alle relazioni tra fidanzati e loro parenti.

37. *Il regime patrimoniale del matrimonio.* — Principio fondamentale del matrimonio romano fu che gli **oneri del matrimonio** (*onera matrimonii*), cioè gli oneri economici da esso derivanti (mantenimento della moglie e dei figli), dovessero essere sopportati dal marito o dal suo capofamiglia. Tale regola si formò in connessione con il matrimonio *cum manu*, di cui l'effetto era che la moglie (generalmente una *filia in potestate patris*) si staccava definitivamente dalla propria famiglia entrando a far parte di quella del marito. Nel matrimonio libero il principio rimase fermo, pur restando la moglie (se già non fosse *sui iuris*) partecipe della propria famiglia originaria e divenendo eventualmente essa, con lo scioglimento di quest'ultima, soggetto giuridico con proprio patrimonio autonomo. I beni della moglie erano, insomma, considerati in regime di «separazione» da quelli del marito e sottratti alla destinazione familiare.

(*a*) Per agevolare il marito nella sopportazione degli oneri del matrimonio, sorse però sin da epoca molto risalente la consuetudine sociale di attribuirgli a questo scopo la **dote** (*dos*), cioè un piccolo capitale che entrasse a far parte del patrimonio suo o del suo capofamiglia, congruamen-

te rafforzandolo. Probabilmente contribuí alla formazione della prassi dotale anche il fatto che nel matrimonio *cum manu*, ove la moglie fosse già soggetto giuridico, il suo patrimonio diveniva automaticamente parte integrante del patrimonio maritale: dato che lo stesso effetto era escluso dal matrimonio *sine manu*, la dote valse a determinarne il surrogato.

(*a*[1]) **Soggetti giuridici costituenti la dote** potevano essere: *a*) il *pater familias* della donna *alieni iuris*, e in questo caso di parlava di «*dos profecticia*» (cioè «*a patre profecta*», proveniente dal *pater*); *b*) la moglie *sui iuris* con l'apporto di proprî cespiti patrimoniali; *c*) un terzo interessato alla buona riuscita del *matrimonium* (nel qual caso le scuole postclassiche parlarono di «*dos adventicia*», sopravveniente da un estraneo). Non esisteva un obbligo giuridico, per il *pater* o per la *mulier sui iuris*, di costituire la dote, ma la costituzione della dote rappresentava, quando fosse concretamente possibile, un dovere sociale e morale. L'obbligo diventò giuridico, almeno in linea di principio astratto, solo in diritto postclassico, ragion per cui si parlò di «*dos necessaria*».

(*a*[2]) **Modi di costituzione della dote** erano: *a*) la **pronunzia di dote** (*dotis dictio*), dichiarazione negoziale solenne attributiva di un diritto di credito al marito quanto al patrimonio dotale [n. 66]; *b*) la **dazione di dote** (*dotis datio*), negozio o complesso di negozi valevoli a trasferire concretamente al marito i diritti assoluti o relativi sulle *res dotales* (*mancipatio* o *in iure cessio* delle *res mancipi*, costituzione di diritti assoluti reali in senso improprio, *traditio* delle *res nec mancipi*, cessione dei crediti ecc.); *c*) la **promessa di dote** (*dotis promissio*) effettuata mediante un negozio di *stipulatio* da cui scaturiva un credito del marito relativamente ai cespiti dotali [n. 68]. In età postclassica divenne atto tipicamente costitutivo di dote il «*pactum dotis*» privo di forme, ma sottoposto, per gli importi piú rilevanti, a iscrizione nei pubblici registri.

(*b*) La dote rientrava, come si è detto, nel **patrimonio del marito o del suo capofamiglia**. A rigor di diritto civile, il marito non era perseguibile se non la impiegava effettivamente per gli oneri del matrimonio (*ad onera matrimonii ferenda*). Né il marito era tenuto, sempre a rigor di diritto civile, a rendere la dote al costituente (oppure ad assegnarla alla moglie) in caso di scioglimento del matrimonio: ciò a meno che si fosse esplicitamente impegnato alla restituzione mediante una stipulazione [n. 67], nel qual caso si parlava di **dote recettizia** (*dos recepticia*).

Contro questo regime originario e contro la sua eccessiva rigidità reagí, sin dall'età preclassica, il diritto onorario, introducendo in via generale un'**azione del patrimonio dotale** (*actio rei uxoriae*) intesa alla restituzione del patrimonio dotale (la *res uxoria*) quando il matrimonio fosse sciolto. In tale ipotesi il marito (o il suo *pater familias*) non era comunque tenuto a privarsi di tutti i cespiti ricevuti, ma doveva solo prestare «ciò che fosse piú

conveniente e piú equo» («*quod melius aequius erit*»): l'azione dotale, infatti, se pur non era proprio un'azione di buona fede [n. 23], era fortemente analoga alle azioni di buona fede. Il giudice aveva quindi il potere di stabilire volta per volta la giusta entità dei cespiti dotali da restituire.

In ordine all'*actio rei uxoriae* vi erano da distinguere tre ipotesi: *a*) se lo scioglimento era dipeso da divorzio, l'azione era esercitata dalla stessa moglie *sui iuris*, ovvero, trattandosi di moglie *alieni iuris*, dal *pater familias* di lei, ma con il suo specifico assenso (*pater «adiuncta filiae persona»*); *b*) se lo scioglimento era dipeso da morte del marito, valevano le stesse regole, ma con l'avvertenza che, ove il marito avesse lasciato alcunché alla moglie nel testamento, la moglie (o per lei il *pater*) non poteva ottenere sia il lascito sia la dote, ma aveva la scelta tra l'uno e l'altra (così stabiliva il cd. «*edictum de altèrutro*»); *c*) se lo scioglimento del matrimonio era dipeso da morte della moglie, l'azione per la restituzione spettava al *pater familias* di lei, ma solo nei limiti della *dos profecticia*, mentre la dote *non a patre profecta* rimaneva al marito.

(*c*) La giurisprudenza preclassica e classica formulò, in sede di applicazione pratica dell'azione del patrimonio dotale, un vero e proprio stabile **regime della restituzione della dote** (piú precisamente, della «reintegrazione della dote»), concretantesi essenzialmente in quattro principî: *a*) le cose infungibili [n. 13] ricevute in dote erano da restituirsi all'atto stesso dello scioglimento del matrimonio; *b*) le cose fungibili potevano essere, invece, restituite in tre rate annuali (*annua, bima, trima die*); *c*) il marito non era responsabile della mancata o parziale restituzione delle cose infungibili distrutte o danneggiate senza suo dolo, salvo che, ricevendo le cose stesse dal costituente, non avesse espressamente dichiarato di considerarle per il loro valore (*aestimatio*) anziché per la loro individualità, con ciò obbligandosi a restituire in ogni caso il controvalore della dote (*aestimatio dotis*); *d*) il marito aveva, infine, in certe determinate ipotesi, il diritto a parziale **ritenzione della dote** (*retentiones dotis*), talora nel senso di poter restituire qualcosa meno del dovuto, talora invece nel senso di poter trattenere qualche oggetto dotale sinché non gli fosse stato dato quanto dovutogli.

Le ipotesi di **ritenzione dotale** (*retentio dotis*) furono, piú precisamente, le seguenti cinque.

(*c*^{1}) **Ritenzione per i figli** (*retentio propter liberos*). Sciogliendosi il matrimonio per morte della moglie, il marito poteva trattenere il quinto delle *res dotales* per ciascun figlio; sciogliendosi il matrimonio per divorzio determinato da colpa della moglie, il marito poteva trattenere un sesto delle *res dotales* per ciascun figlio.

(*c*^{2}) **Ritenzione per il malcostume** (*retentio propter mores*). Sciogliendosi il matrimonio per divorzio causato da immorale comportamento della moglie, il marito aveva la scelta tra: *a*) l'agire contro la moglie con un «*iudicium de moribus*» (giudizio

inteso ad ottenere una condanna pecuniaria della moglie per la sua condotta riprovevole); *b*) il chiedere forfettariamente la restituzione (*repetitio*, da non confondersi con la vera e propria *retentio*) di un sesto del patrimonio dotale nella ipotesi di comportamento particolarmente grave (*mores graviores*), di un ottavo nell'ipotesi di comportamento frivolo ma non grave (*mores leviores*).

(*c*[3]) **Ritenzione per le spese sostenute** (*retentio propter impensas*). Il marito poteva trattenere quanto occorresse a ripagarlo per tutte le spese utili da lui compiute *ad onera matrimonii ferenda*, purché fossero state preventivamente o successivamente approvate dalla *mulier*. Nessun compenso spettava al marito per le spese voluttuarie. Le spese necessarie alla conservazione delle *res dotales* erano invece detratte *ipso iure* dal patrimonio dotale («*impensae necessariae dotem ipso iure minuunt*»).

(*c*[4]) **Ritenzione per le cose donate** (*retentio propter res donatas*). Posto il divieto di donazioni tra coniugi, il marito che avesse ciò malgrado fatto una donazione alla moglie poteva trattenere dalla dote l'importo della donazione stessa.

(*c*[5]) **Ritenzione per le cose sottratte** (*retentio propter res amotas*). La sottrazione di cose mobili al marito da parte della moglie legittimava, come si è detto [n. 36], il marito all'esercizio contro la moglie dell'*actio rerum amotarum*, ma il marito poteva cogliere l'occasione della restituzione della dote per effettuare direttamente la *retentio* del controvalore delle cose sottrattegli.

(*d*) Nel **diritto nuovo di età postclassica** il regime della dote subí progressivamente una radicale evoluzione, sopra tutto a titolo di sviluppo del principio che la dote doveva essere sempre «restituita» alla moglie in caso di scioglimento del matrimonio. Per conseguenza di questo principio, il marito passò ad essere considerato semplice amministratore ed usufruttuario dei beni dotali, di cui la titolarità fu riconosciuta alla moglie.

Giustiniano, volendo riformare organicamente l'istituto della dote, abolí l'*actio rei uxoriae*, lasciando sussistere la sola azione (*actio ex stipulatu*), che classicamente competeva per la sola restituzione della cd. dote recettizia. Ma fece di piú: fissò la presunzione assoluta che, correlativamente alla stipulazione di dote, fosse avvenuta una stipulazione di restituzione della stessa e conferí quindi all'*actio ex stipulatu* (anche detta «*actio de dote*») le sostanziali caratteristiche dell'*actio rei uxoriae*, proclamando la sua natura di giudizio di buona fede.

Sempre in sede di riforma, Giustiniano: abolí l'*edictum de altèrutro*, presumendo che, se il marito non avesse lasciato alla moglie esplicitamente il legato in sostituzione della dote (*legatum pro dote*), dote e legato potessero cumularsi; abolí anche le *retentiones*, sostituendo ad alcune di esse delle azioni specifiche.

(*e*) Altro tipo di regolamento patrimoniale del matrimonio era quello della **donazione obnuziale**, un istituto che prese cittadinanza nel diritto romano solo in età postclassica. In tale epoca andò infatti diffondendosi l'usanza, di provenienza orientale, che prima del matrimonio il fidanzato donasse alla fidanzata un *quid* che questa aveva il diritto di tenere per sé nelle ipotesi: che egli non mantenesse il suo impegno; che il

successivo matrimonio si sciogliesse per premorienza del marito o per divorzio causato da colpa di lui.

L'istituto della «*donatio ante nuptias*» del fidanzato (da non confondere con quello delle *arrhae sponsaliciae* della fidanzata) [n. 35] fu favorito sino al punto di divenire, nel diritto giustinianeo, una sorta di «controdote». Giustiniano obbligò, pertanto, il *pater familias* non solo a costituire la dote per la figlia, ma a fare altresí la donazione nuziale per il figlio, ed in piú ammise che la donazione potesse essere fatta anche in costanza di matrimonio: ragione per cui la donazione obnuziale passò ad essere genericamente qualificata come «*donatio propter nuptias*».

(*f*) A prescindere dalla dote, poteva darsi, ovviamente, che la moglie avesse un suo patrimonio personale o che ricevesse in dominio (dal padre o da altri) un piccolo **appannaggio extradotale** in beni mobili (gioielli, vesti, limitate quantità di danaro) da utilizzare per le sue personali necessità (*bona extra dotem* o *praeter dotem*, detti anche alla greca *paraphérna:* da *parà* e *pherné*).

Il **diritto nuovo postclassico**: dapprima confermò il principio che il marito non dovesse ingerirsi nella amministrazione delle cose parafernali, se non ne avesse avuto esplicita autorizzazione. Ma poi, con Giustiniano, finí per stabilire che al marito spettasse sempre l'amministrazione dei *parapherna*, sebbene questa non gli competesse in qualità di marito, bensí a titolo di rappresentante della moglie. **Giustiniano** volle inoltre che anche i beni parafernali contribuissero *ad onera matrimonii ferenda*, ponendo con ciò le basi di una nuova concezione (imperante nei tempi moderni), in forza della quale la moglie era tenuta a partecipare sempre e in ogni caso al peso della vita matrimoniale, almeno nell'eventualità che le sostanze del marito non fossero sufficienti.

CAPITOLO VII

I RAPPORTI ASSOLUTI PARAFAMILIARI

SOMMARIO: 38. I rapporti assoluti parafamiliari. — 39. La tutela degli impuberi. — 40. La tutela delle donne. — 41. Le curatele. — 42. La cura dei minorenni.

38. *I rapporti assoluti parafamiliari.* — I rapporti assoluti parafamiliari del diritto privato furono quelli aventi ad oggetto i **soggetti giuridici incapaci di agire** [n. 15]: impuberi, donne, insani di mente, prodigi, minorenni e altri minorati. Si trattò di «rapporti assoluti», perché, sopra tutto nella struttura originaria, si traducevano in vere e proprie facoltà potestative sugli incapaci, non diverse, almeno in linea di massima, dagli altri diritti assoluti derivati dall'antichissimo mancipio [n. 28]. Si trattò inoltre di «rapporti parafamiliari», perché anch'essi, sebbene in modo non identico a quello dei rapporti familiari veri e proprî, erano ambientati nella famiglia agnatizia, della quale agevolavano il funzionamento.

Queste caratteristiche impallidirono attraverso i secoli molto piú rapidamente di quanto avvenne per i rapporti assoluti familiari, ma non sparirono mai del tutto. Per rendersene conto può essere opportuna una sintesi della complessa evoluzione storica degli istituti in esame.

(*a*) Nel sistema del **diritto quiritario** (*ius Quiritium*), l'incapacità di agire era sicuramente ravvisata negli *impúberes*, nelle *mulieres* e nei *furiòsi*, ma non aveva configurazione giuridica autonoma. Gli incapaci di agire, anche se esenti da subordinazione al *pater familias*, erano infatti, nelle valutazioni semplicistiche di quell'età primitiva, **parificati ai giuridicamente incapaci**, ed erano pertanto del pari sottoposti al *mancipium* di un soggetto capace di agire: soggetto che, in mancanza di specifica designazione del *paterfamilias* defunto, era un *adgnatus* (collaterale) di quest'ultimo o subordinatamente un *gentilis* [n. 92].

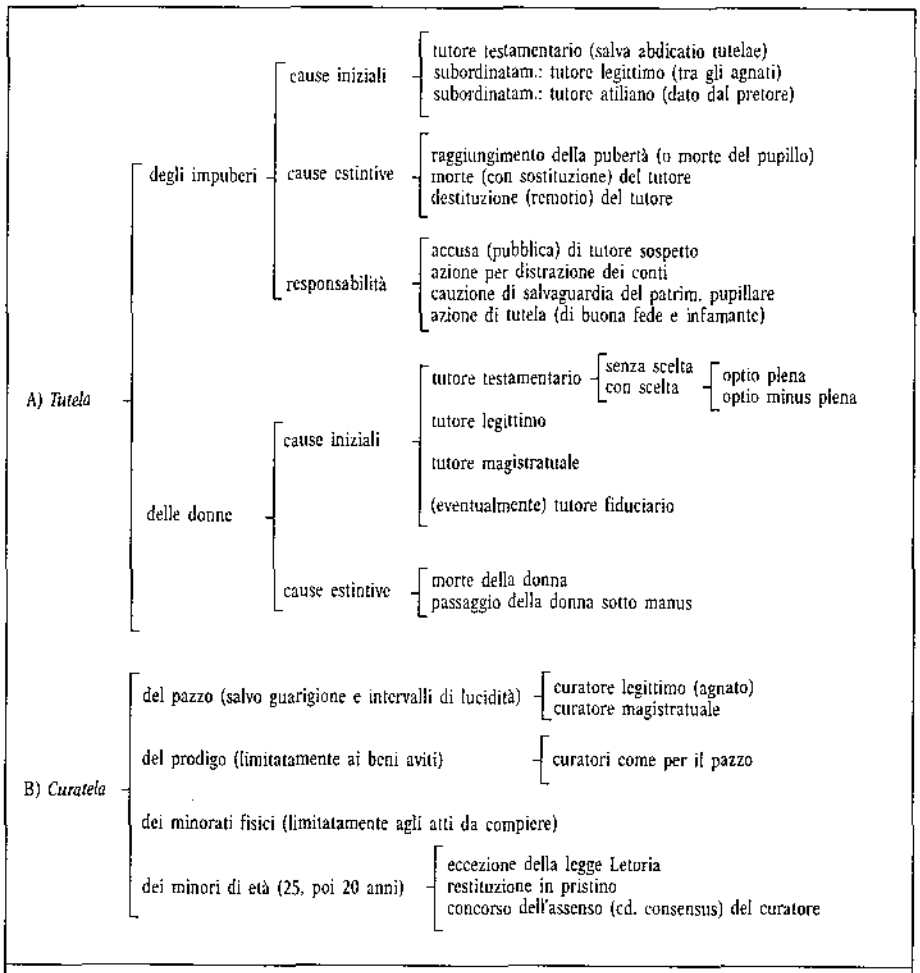


TAVOLA X: A) La tutela degli impuberi (n. 39) e delle donne (n. 40). – B) Le curatele (n. 41-42).

Porta a supporlo l'induzione evoluzionistica. Ed infatti: *a*) quanto agli *impuberes*, si sa che in tempi storici il sostituto pupillare (*substitutus pupillaris*) [n. 91] era generalmente considerato erede del *testàtor* e non dell'impubere, il che fa pensare che gli *impuberes* fossero anticamente incapaci di succedere al loro *pater familias*; *b*) quanto alle *mulieres*, si sa di sicuro che esse erano in antico carenti della capacità di testare, il che parimenti può spiegarsi solo pensando ad una loro originaria incapacità giuridica; *c*) quanto ai *furiosi*, l'incapacità di testare sussisteva ancora nei cd. tempi storici. Tutte queste indicazioni indiziarie collimano poi, a loro volta, con la ricostruzione del *mancipium* quiritario: istituto che non postulava soltanto un *pater familias*, ma postulava altresí che tale *pater familias* fosse valido, maturo di anni, nel pieno possesso delle sue facoltà mentali, insomma effettivamente in grado di diri-

gere ed amministrare quella *familia* di cui era non solo l'esponente, ma il capo responsabile nei confronti degli altri *Quirites*.

(*b*) A termini della legislazione patrizia del periodo arcaico (*ius legitimum vetus*), le caratteristiche ora accennate si mantennero e si precisarono, non soltanto in ordine agli *impuberes*, alle *mulieres*, ai *furiosi*, ma anche in ordine ai *pròdigi*. Le Dodici Tavole offrono al proposito elementi preziosi di valutazione.

(*b*[1]) È probabile che la legislazione decemvirale non contenesse prescrizioni specifiche relativamente alle *potestates* sugli *impúberes* e sulle *mulieres*. La condizione di queste persone, dopo la morte del loro *pater familias*, era coinvolta nelle sorti di tutta la *familia pecuniaque* del defunto [n. 90], e cioè: *a*) o la *potestas* era assegnata alla persona designata dal defunto, giusta il precetto «*uti legassit*»; *b*) oppure essa si trasferiva agli *adgnati gentilesque*, giusta il precetto «*si intestato moritur*». Dunque, *impuberes* e *mulieres* non uscivano, con la morte del *pater*, dallo stato di soggezione familiare, ma passavano sotto la *potestas* di un altro soggetto, che era generalmente un membro della stessa parentela agnatizia. Probabilmente la soggezione degli *impuberes* maschi aveva fine con il raggiungimento dell'età pubere, mentre le *mulieres* (prive della maschilità propria di un vero *pater*) restavano *in potestate* vita natural durante.

(*b*[2]) Relativamente ai *patres familiarum* usciti vistosamente di senno («*furiòsi*»), la legislazione decemvirale, per quanto è dato di supporre, non riformò l'antico principio quiritario, secondo cui essi erano da considerare alla stregua dei *patres* defunti o *capite deminuti*, con l'effetto che in ordine alla loro *familia* si apriva la successione: essa si preoccupò soltanto, e in aggiunta, di salvaguardare la loro condizione personale, stabilendo che, se un *paterfamilias* diventava *furiosus*, sulla sua persona e sulla sua *pecunia* (cioè su quel patrimonio sussidiario che non rientrava nel *mancipium* quiritario) [n. 28], si instaurasse la potestà degli agnati e dei gentili («*si pater familias furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*»). Mentre i *sui heredes* del *furiosus* (o, in mancanza, gli *adgnati gentilesque*) se ne dividevano (secondo l'antica tradizione) la *familia*, la eventuale *pecunia* di lui era attribuita agli *adgnati* suoi collaterali o ai *gentiles*, in forza (e a compenso) dell'assegnazione agli stessi della potestà personale su di lui («*potestas in eo*»): potestà personale che sarebbe stato evidentemente inconcepibile lasciar andare ai *sui heredes*, cioè ai discendenti che erano stati (o sarebbero dovuti essere) suoi sottoposti.

(*b*[3]) Non si hanno notizie precise circa le disposizioni decemvirali relative al caso del *prodigus*, cioè all'ipotesi del *pater familias* rivelatosi vistosamente incapace di comportarsi come tale e, in particolare, di gestire oculatamente i suoi poteri sulla *familia pecuniaque* con specifico riguardo ai sottoposti *liberi* ed alle *res familiares*, insomma, incline non soltanto a dissipare il proprio aggregato familiare, ma anche a mettere indirettamente in pericolo l'intera *civitas*. È certo però che il *pater familias prodigus*, se riconosciuto pubblicamente tale e bloccato mediante una solenne diffida (*interdictio*) magistratuale, sia stato sottoposto dai *decemviri* ad una *potestas* degli agnati e dei gentili analoga a quella relativa al *furiosus*. Dunque, per quanto è dato supporre, anche in ordine alla *familia* del *prodigus* si apriva la *successio* dei *sui heredes*, mentre sulla sua persona e sulla sua *pecunia* la potestà spettava ai collaterali (*adgnati* o *gentiles*), con esclusione in ogni caso degli eventuali discendenti già stati in sua *potestas*.

(*c*) Furono la giurisprudenza pontificale e quella laica preclassica successiva, a determinare una svolta decisiva di queste situazioni originarie nel sistema del *ius civile vetus*. Le tappe di quest'evoluzione non sono sicuramente ravvisabili, ma fatto sta che, nel corso dell'età preclassica, essendosi frattanto formato il concetto della «incapacità di agire» dei soggetti giuridici, *impuberes* e *mulieres*, *furiosi* e *prodigi* passarono ad essere ritenuti giuridicamente capaci, cioè titolari del loro *patrimonium* (in potestà personali ed in diritti su *res mancipi* e su *res nec mancipi*), ma incapaci di compiere in ordine ad esso una attività oculata. La *potestas* sugli stessi, pertanto, non fu abolita, ma si trasformò: pur rimanendo formalmente espressione di un rapporto giuridico assoluto di cui gli incapaci erano oggetto, perse molto della sua originaria intensità e fu concepita come un potere esercitato esclusivamente allo scopo di agevolarli nel compimento degli atti giuridici, anzi da esercitarsi scrupolosamente nei limiti in cui tali atti abbisognassero di essere agevolati. Conseguentemente per gli *impuberes* e per le *mulieres* si parlò di «*tutela*», per i *furiosi* e per i *prodigi* si parlò di «*cura*». In piú, con l'andar del tempo, vennero in essere nuovi tipi di *cura* (tra cui la *cura minorum*, relativa ai puberi maschi che non avessero ancora raggiunto i venticinque anni), e sopra tutto si precisarono le funzioni eminentemente assistenziali dei *tutores* e dei *curatores* a seconda delle varie specie di incapacità di agire dei loro sottoposti.

(*d*) Nel diritto civile antico (*ius civile vetus*) del periodo classico la *tutela* e la *cura* avevano ormai acquistato fisionomie e discipline giuridiche ben precise, differenziate l'una dall'altra (e differenziate inoltre anche internamente) sulla base delle funzioni da assolvere. L'interesse prevalente negli istituti tutelari era quello di salvaguardare la *familia*: le *potestàtes* del tutore erano essenzialmente dirette allo scopo di assicurare una retta amministrazione del *patrimonium* spettante al soggetto incapace di agire. L'interesse prevalente negli istituti di curatela era invece quello di salvaguardare la *respublica*: la gestione del *curàtor* era diretta ad evitare che il soggetto da lui assistito portasse nocumento all'ordine sociale, particolarmente sul piano economico. Ma in realtà una netta discriminazione tra *tutela* e *cura* non è possibile farla, come non è del resto possibile farla nemmeno tra le varie figure interne dell'uno o dell'altro istituto.

(*e*) Il processo si concluse nel *ius novum* postclassico. Mentre alcune forme ormai meno sentite accentuarono una decadenza già iniziatasi nel periodo classico (il che è da dirsi sopra tutto per la *tutela mulierum* e per la *cura* dei giovani tra i venti ed i venticinque anni), gli altri istituti si riaccostarono sempre piú tra loro nella concezione di base, con conseguenti promiscuità delle terminologie di *tutela* e di *cura*, essendo tutti ormai considerati, piú che come *potestates*, come «*múnera*», cioè come espressioni di una funzione sociale di assistenza agli incapaci di agire. Una funzione sociale che implicava l'uso di un'autorità sugli incapaci, non però a titolo di facoltà giuridica, ma a titolo di onere, di mezzo indispensabile per il raggiungimento dello scopo prefisso.

39. *La tutela degli impuberi.* — La tutela degli impuberi (*tutela impúberum*) dei cd. tempi storici, a partire dall'avanzato periodo preclassico, era ormai universalmente considerata come un istituto di assistenza

a beneficio dei soggetti giuridici che fossero incapaci di agire a causa dell'impubertà. Essa non riguardava solo i maschi, ma anche le femmine: le quali passavano con il raggiungimento della pubertà dalla *tutela impuberum* a quella *mulierum*, proprio perché nella prima si ravvisava il comune denominatore della peculiare assistenza dovuta a chi, maschio o femmina che fosse, ancora soffrisse di quella particolare incapacità di intendere e di volere che deriva dall'immaturità degli anni.

Se questa era la nuova funzione dell'istituto, tuttavia la vecchia **struttura potestativa** di esso, per quanto fortemente alterata, resistette fino a Giustiniano. Lo dimostra principalmente il fatto che, riguardo al patrimonio dell'assistito (*pupillus*), il tutore non era un puro e semplice amministratore, ma aveva facoltà di vero e proprio titolare: in altri termini, il patrimonio pupillare era una sorta di «patrimonio separato» del tutore, di cui questi poteva disporre a guisa di titolare (*domini loco*), salvo a dover poi rendere conto del suo operato al pupillo, cui in definitiva il patrimonio stesso era riservato. D'altra parte, siccome le responsabilità del tutore per la diminuzione o la cattiva amministrazione del patrimonio pupillare erano molto pesanti e il patrimonio stesso era riservato al pupillo per l'epoca in cui avesse raggiunto la pubertà, è spiegabile che di esso fosse considerato titolare anche il pupillo, e per certi aspetti prevalentemente o esclusivamente il pupillo: in una visione giuridica che, se non fa onore alla logica, riflette tuttavia l'ambivalenza determinatasi per l'incontro delle vecchie strutture con la funzione nuova dell'istituto tutelare.

(*a*) I **fatti costitutivi** della tutela degli impuberi furono tre: *a*) l'«assegnazione testamentaria» (*datio tutoris testamentaria*), cioè la nomina di un tutore **testamentario**; *b*) subordinatamente alla mancanza di un tutore testamentario, la designazione, giusta quanto disposto dalle leggi delle XII Tavole, del tutore **legittimo** (*tutor legitimus*); *c*) subordinatamente alla mancanza di tutori testamentarî e di tutori legittimi, la «assegnazione magistratuale» (*datio magistratus*), cioè la nomina di un tutore **decretale** o **Atiliano**. Tuttavia in varie ipotesi particolari, allo scopo di surrogare o di coadiuvare in tutto o in parte i tutori ordinari, furono previste, da specifici provvedimenti di governo, anche talune figure di **tutori speciali**: tutori che, peraltro, il diritto postclassico fu generalmente orientato a qualificare piuttosto come «curatori».

A seconda del tipo di tutela, erano richiesti, almeno in origine, particolari requisiti di **capacità dei tutori**. Ma col tempo le differenze, almeno sotto questo profilo, vennero meno quasi del tutto, sí che in periodo classico i requisiti richiesti

per ogni tipo di *tutor* erano, oltre la soggettività giuridica, la piena capacità di agire e particolarmente il sesso maschile. Solo in età postclassica si cominciò a fare qualche ammissione a favore delle donne, e in particolare, con singole concessioni imperiali, a favore della madre vedova nei riguardi dei figli.

(*a*[1]) Il **tutore testamentario** (*tutor testamentarius*, anche detto talvolta «*dativus*») era assegnato dal capofamiglia al figlio impubere nel suo testamento (o nei codicilli confermati dal testamento [n. 91]) mediante una formulazione imperativa tradizionale («*L. Titius liberis meis tutor esto*» o «*L. Titium liberis meis tutorem do*»). La nomina aveva effetto automatico (*ipso iure*), nel momento in cui si verificava l'acquisizione successoria da parte dell'erede istituito. Il tutore designato poteva peraltro esimersi dalla carica mediante un successivo e solenne rifiuto della tutela (*abdicatio tutelae*).

La giurisprudenza e il diritto nuovo dell'**età classica** allentarono in numerosi punti la rigidità dell'istituto, avvicinandolo sempre piú alla tutela Atiliana. Purché intervenisse una conferma magistratuale a titolo di sanatoria («*confirmatio ex inquisitione*»): *a*) furono ammesse anche designazioni in forma diversa da quella tradizionale; *b*) fu concesso al *pater* di nominare il tutore anche al *filius emancipatus*, al *suus exheredatus*, al *postumus suus*; *c*) furono riconosciute (con prevalenza sulla *tutela legitima*) le nomine fatte (in mancanza di quella del *pater*) dalla *mater familias*, da altri parenti, dal *patronus*. In tutte queste ipotesi il *tutor testamentarius* acquistava il suo titolo nel momento della conferma magistratuale, anziché in quello (precedente) dell'acquisizione successoria.

Un altro allontanamento della *tutela testamentaria* dalle sue origini si ebbe, sempre in diritto classico, quando, a partire da una costituzione dell'imperatore Claudio (41-54 d. C.), si negò al tutore testamentario la libertà di esercitare a suo piacimento l'*abdicatio tutelae* (il ripudio del suo titolo), e si condizionò la sua esenzione dall'ufficio al fatto che egli adducesse valide ragioni di scusa (*excusationes*), cosí come era stabilito per il *tutor Atilianus*. Nel sec. II d. C. l'*abdicatio tutelae* fu addirittura abolita.

(*a*[2]) Il **tutore legittimo** (*tutor legitimus*) era ricollegato dai giuristi classici ad una disposizione, peraltro non conosciuta da noi testualmente, delle XII Tavole. Una disposizione che doveva essere, a nostro avviso, quella stessa che vedremo a suo tempo [n. 92] essere stata relativa ai collaterali agnati e ai cd. gentili in quanto eredi in mancanza di testamento (*ab intestato*), ma che i giuristi classici giunsero a figurarsi nel senso che assegnasse invece specificamente la tutela dell'impubere agli agnati (*adgnati*) di lui (non a quelli del padre defunto, si badi) e subordinatamente ai gentili.

Per «agnati» chiamati alla tutela si intendevano dunque, in epoca cd. storica, i collaterali agnatizi maschi del pupillo in ordine di prossi-

mità: prima i fratelli derivanti dallo stesso padre (*ex patre*); poi i fratelli del padre e cosí via. Venendo a mancare gli agnati piú vicini (*proximi*), il titolo passava (contrariamente, si badi, a quanto avveniva per la successione) a quelli meno stretti. Se vi erano piú chiamati dello stesso grado, essi erano «contutori» (*contutores*) dell'impubere. La subordinata vocazione dei gentili era praticamente desueta già in età preclassica.

È probabile che in antico il *tutor legitimus*, alla stregua di tutti gli *adgnati gentilesque*, potesse non accettare la *tutela* e potesse altresí operare la cessione giudiziaria (*in iure cessio*) ad altri della *tutela* in un primo momento accettata. In età preclassica e classica, invece, l'**investitura** del *tutor legitimus* aveva luogo *ipso iure*, non era ammessa *abdicatio* e (diversamente che per la *tutela mulierum* [n. 40]) non era valida la cessione ad altre persone: se il tutore legittimo effettuava la *in iure cessio tutelae*, egli restava titolare dell'ufficio, pur se questo era esercitato vicarialmente dal cessionario. Solo in periodo postclassico fu esteso al *tutor legitimus* il regime delle *excusationes* caratteristica della tutela atiliana.

In **periodo postclassico**, data la connessione esistente tra *tutela legitima* e *successio ab intestato*, avvenne che, pur rimanendo fermo in linea di principio il sistema classico, il *ius novum* imperiale mostrò una certa propensione ad ammettere deroghe che portassero all'incarico di tutore anche i *cognati* e la madre del pupillo. Giustiniano, in armonia con il suo riordinamento della successione intestata, stabilí per esplicito che la *tutela legitima* andasse conferita secondo questi nuovi criterî.

(*a*3) Il cd. **tutore atiliano** (*tutor Atilianus*, o *decretalis*, o *dativus* in senso stretto) fu istituito da una legge Atilia dei primi anni del sec. II a. C., la quale, forse confermando una prassi magistratuale ancora precedente, dispose che, in mancanza di tutore testamentario o legittimo, qualunque cittadino (cioè un *quivis de populo*) potesse rivolgersi nel pubblico interesse al pretore affinché nominasse all'impubere un tutore di sua scelta: la madre e altri parenti stretti erano addirittura obbligati alla richiesta (*postulatio*) relativa.

La **nomina** del *tutor* era fatta originariamente dal *praetor* con l'assistenza della maggioranza dei *tribuni plebis*. Ai Romani delle *provinciae* provvidero le *leges Iulia* e *Titia* (sec. I a. C.), conferendo il potere di nominare il *tutor* ai governatori delle province stesse (*praesides provinciarum*). In età classica competenti alla nomina in Roma divennero anche i *consules*, mentre poi, sul finire del II sec. d. C., fu creato, sempre in Roma, un apposito «pretore per la tutela» («*praetor tutelarius*»).

La tutela atiliana ebbe, sin dall'inizio, caratteri evidentissimi di funzione, di **servizio pubblico** (*múnus publicum*): caratteri che progressivamente si estesero, tra l'epoca classica e quella postclassica, agli altri due tipi di *tutela*. All'ufficio il «tutore designato» poteva sottrarsi solo ottenendo dal magistrato tutelare il riconoscimento di comprovate ra-

gioni di esenzione scusabile (*excusationes*): età avanzata, altre tutele da esercitare, numero elevato di figli da mantenere, uffici pubblici rivestiti e così via.

(*b*) A prescindere dal raggiungimento della pubertà da parte del pupillo o della pupilla, che era «fatto estintivo» della tutela, furono conosciuti e disciplinati, in età storica, i seguenti **fatti modificativi della tutela** degli impuberi (fatti cioè implicanti la surrogazione del tutore originario con un nuovo tutore): *a*) la morte o svalutazione giuridica del tutore; *b*) la solenne «abdicazione» dalla potestà tutoria (*abdicatio tutelae*) del tutore testamentario, abolita peraltro nel sec. II d. C.; *c*) la «destituzione» (*remotio*) del tutore Atiliano (e dei tutori equiparati) fatta dal magistrato in considerazione della sua inettitudine o indegnità.

Nel sec. II d. C. la destituzione fu estesa al tutore testamentario che fosse stato condannato nell'*accusatio suspecti tutoris*: al suo posto era designato, di imperio del magistrato, un altro tutore (dunque, non subentrava il tutore legittimo). Probabilmente, solo in periodo postclassico l'istituto della destituzione fu esteso al tutore legittimo.

(*c*) Le **responsabilità dei tutori** per l'ipotesi di mancata restituzione o di cattiva amministrazione del patrimonio pupillare si andarono affermando molto lentamente. Nel sistema del diritto civile antico, a carico del tutore testamentario e del tutore legittimo non esistevano che due imperfetti mezzi di reazione giudiziaria. Il diritto onorario introdusse invece, in età preclassica avanzata, altri due mezzi assai più efficaci e di applicazione divenuta sempre più larga.

(*c*^{1}) L'**accusa di tutore sospetto** (*accusatio suspecti tutoris*), attribuita alle XII Tavole, era un'azione penale pubblica esercitabile contro il tutore testamentario da chiunque ritenesse di poterlo accusare come sospetto di un reato (*crimen*) di malversazione dolosa o gravemente colposa del patrimonio del pupillo. Il tutore malversatore era condannato ad una pena pubblica. Probabilmente, solo in periodo postclassico l'istituto fu esteso anche ai tutori non testamentari.

(*c*^{2}) L'**azione per la distrazione dei conti** (*actio ratiònibus distrahèndis*), prevista dalle XII Tavole, era un'azione penale privata esercitabile contro il tutore legittimo dal pupilli, al termine della tutela, per ottenere che i conti relativi al patrimonio pupillare fossero separati («distratti») da quelli relativi al patrimonio del tutore e che quest'ultimo fosse conseguentemente punito, ove risultasse aver utilizzato nel proprio interesse (o aver comunque sperperato) attività del patrimonio pupillare. Il tutore

malversatore era condannato alla pena del doppio dei valori sottratti (*duplum*). Probabilmente l'istituto fu esteso, già nell'età classica, anche agli altri tutori.

(*c*[3]) La **promessa di salvaguardia del patrimonio del pupillo** (*satisdatio rem pupilli salvam fore*) era una stipulazione pretoria [n. 26] con la quale il tutore prima di assumere la tutela prometteva al pupillo di amministrare il suo patrimonio facendo diligentemente tutto ciò che competesse al suo ufficio («*quidquid ex tutela dari fieri oportet*»). In caso di inadempimento, il pupillo esercitava l'azione (*ex stipulatu*) al termine della tutela. Ma la stipulazione non era imposta in ogni caso. La si soleva imporre solo in due ipotesi: *a*) quando il tutore fosse legittimo o fosse nominato da un magistrato municipale (cioè non da un magistrato della repubblica); *b*) quando vi fossero piú tutori di uno stesso pupillo, tra i quali ad uno soltanto si volesse affidare la gestione effettiva.

(*c*[4]) L'**azione di tutela** (*actio tutelae*) era un'azione di buona fede, infamante, concessa al pupillo dopo l'esaurimento della tutela, contro il tutore affinché fosse condannato a tutto quanto al giudice paresse da prestarsi a termini di buona fede («*quidquid dare facere oportet ex fide bona*»). L'azione (esercitabile, in età classica, contro ogni sorta di tutori) fu concessa, sempre in età classica, anche al tutore contro il pupillo (come *actio contraria tutelae*) per ottenere il rimborso degli oneri economici da lui incontrati. Quanto alla misura della responsabilità del tutore [n. 88], essa fu variamente determinata col procedere dei secoli: *a*) in età classica il tutore era responsabile, generalmente, solo per le anomalie di gestione dipese da dolo malevolo; *b*) in età postclassica egli fu ritenuto responsabile non solo per dolo, ma anche per colpa; *c*) in diritto giustinianeo la sua responsabilità fu trattata in modo ancora piú rigoroso e si estese al mancato impiego nella gestione tutoria della diligenza che egli avesse esercitato nella gestione del patrimonio proprio («*diligentia quam suis rebus adhibèri solet*»: cd. *culpa in concreto*).

(*d*) La **funzione del *tutor impuberis***, rivelata per una parte dal costume sociale per l'altra parte dalle responsabilità giuridiche poste a suo carico, era insomma quella di assistere con onestà e diligenza il pupillo sino al raggiungimento della pubertà, facendo in modo che egli non avesse a soffrire pregiudizi personali o patrimoniali a causa della sua incapacità di agire. Essa si traduceva nei seguenti tre ordini di **doveri specifici**.

(*d*[1]) La **sorveglianza sulla condotta personale del pupillo**. Questa funzione fu ridotta, dal costume sociale dei tempi piú avanzati, ai mini-

mi termini: non solo non si usò ammettere l'esercizio di una disciplina potestativa del tutore sul pupillo, ma non si ritenne il tutore nemmeno tenuto all'educazione o all'istruzione dell'impubere. All'allevamento del pupillo il costume sociale designava la madre, e subordinatamente i parenti di costei (*cognati*) di linea ascendente, riconoscendo agli stessi la possibilità di esercitare le modiche attività disciplinari necessarie a questo scopo. Il tutore aveva, sotto questo profilo, soltanto un residuale onere giuridico della sua antica potestà: quello di provvedere alle spese di mantenimento del pupillo.

(*d*[2]) **L'integrazione delle iniziative patrimoniali utili del pupillo.** Questa funzione si effettuava con l'**autorizzazione tutoria** (*auctoritatis interpositio*), cioè mediante la formale «copertura» a titolo di conferma (con i termini «*àuctor fio*» o equivalenti) degli atti negoziali posti in essere dal pupillo. In mancanza di autorizzazione tutoria, il negozio del pupillo era un negozio quasi del tutto inefficace (appunto perciò definito coloritamente «zoppo», «*negotium clàudicans*»): esso era infatti inutilizzabile nei confronti suoi o del tutore e produttivo, in periodo classico, solo di un'azione utile contro il pupillo nei limiti dell'arricchimento.

(*d*[3]) La **sostituzione al pupillo nelle operazioni patrimoniali utili.** Questa funzione si designava col termine generico di gestione di affari (*negotiorum gestio*), ma doveva essere operata dal tutore nei soli casi in cui il pupillo fosse impossibilitato, in linea di fatto o in linea di diritto, a porre in essere personalmente l'attività negoziale. Quindi: quando il pupillo fosse infante (o talora anche prossimo all'infanzia), quando egli fosse assente e vi fosse urgenza di provvedere, quando per il diritto civile o per quello onorario l'atto dovesse o potesse essere compiuto personalmente (in nome proprio o a nome del pupillo) dal tutore.

I criterî in base ai quali le operazioni patrimoniali fossero da considerare «utili» erano, ovviamente, varî ed elastici. In generale, si riteneva: che fosse utile l'investimento del patrimonio del pupillo in beni immobili o almeno in operazioni fruttifere di interessi; che fosse del pari utile l'alienazione di cose deperibili o il pagamento sollecito di debiti scaduti. Un'*oratio Severi de tutela* (di Settimio Severo, del 195 d. C.) addirittura vietò, in linea di principio, l'alienazione o la sottoposizione a *pignus* dei fondi rustici o siti nell'immediato suburbio («*praedia rustica vel suburbana*»): divieto esteso da Costantino a tutti i beni del *pupillus*, fatta eccezione per quelli deperibili, e piú tardi ulteriormente allargato da Giustiniano. Per diritto giustinianeo, il *tutor impuberis* era addirittura obbligato a tenere un inventario (*inventarium*) ed a chiedere l'autorizzazione giudiziale per il compimento di quasi tutte le operazioni eccedenti l'ordinaria amministrazione.

(*e*) Il **patrimonio pupillare** era, come si è avvertito, un «patrimonio separato», di cui il tutore era il titolare attuale, ma il pupillo era il titolare potenziale, con diritto alla restituzione e alla resa dei conti al termine della tutela. Perciò, mentre le iniziative patrimoniali dovevano essere assunte, nei limiti del possibile, personalmente dal pupillo (con l'*auctoritatis interpositio* del *tutor*), di regola le vicende relative al patrimonio pupillare ricadevano sul tutore: il quale era formalmente domino dei beni pupillari, e ne acquistava possesso e dominio per mezzo dei sottoposti (principalmente, gli schiavi) rientranti nel patrimonio separato del pupillo.

Talune attività giuridiche relative al patrimonio pupillare potevano (e talvolta dovevano) essere compiute esclusivamente **dal** *tutor*. A sensi di *ius civile*, il *tutor* non poteva assumere o far assumere debiti sul patrimonio pupillare, ma li doveva assumere in nome proprio, salvo a farne ricadere gli effetti sul patrimonio pupillare in sede di rendiconto finale e sempre che risultassero assunti utilmente; il *ius honorarium*, peraltro, ammise i creditori ad agire in molti casi contro il *pupillus* al termine della tutela, con *actiones utiles*. Inoltre, secondo il *ius civile*, il *tutor* poteva agire od essere convenuto, sia pure con riferimento al patrimonio pupillare, solo in nome proprio: il *ius honorarium* ammise invece che egli agisse o fosse convenuto come rappresentante del *pupillus*, purché prestasse le *cautiones* di garanzia disposte per i *procuratores* [n. 20 e 25].

40. *La tutela delle donne.* — La tutela delle donne (*tutela mulierum*) dei cd. tempi storici, ben diversamente dalla tutela degli impuberi, era un **istituto di assistenza solo di nome**, mentre di fatto era una parvenza residuale dell'antichissima, e ormai largamente superata, potestà sulle donne di casa. Gli stessi giuristi romani stentavano a conferire all'istituto una giustificazione razionale, tanto piú che le donne in età pubere (*mulieres viripotèntes*), anche se prive di potestà familiari, erano unanimemente ritenute titolari esclusive del loro patrimonio economico. Malgrado ciò, la tutela delle donne rimase formalmente in vigore per tutto il periodo classico, cadendo in totale disapplicazione pratica solo nel periodo successivo.

Sottoposte a tutela erano, piú precisamente, le donne, sia libere per nascita (*ingènuae*) che liberte per manomissione (*libertínae*), le quali fossero soggetti giuridici (quindi non *in potestate manu mancipiove* di un soggetto giuridico) e puberi (quindi non assoggettate a *tutela impuberum*). Erano ammesse due sole eccezioni: *a*) a favore delle sacerdotesse Vestali, che erano esenti per antichissima consuetudine anche dalla patria potestà; *b*) a favore delle donne che avessero conseguito il privilegio della figliolanza (*ius trium*

vel quattuor liberorum): questo per disposizione della legge Giulia e Papia [n. 35].

Le vicende della tutela delle donne obbedivano alle stesse regole valevoli per la tutela degli impuberi, ma con qualche variante legata alle peculiarità dell'istituto. In particolare, le donne avevano larga possibilità di scegliersi esse stesse un tutore di loro gradimento e potevano ottenere l'estinzione del rapporto tutelare, non solo attraverso l'assunzione tra le Vestali o il conseguimento del privilegio della figliolanza, ma anche rinunciando alla soggettività giuridica e acconciandosi a divenire sottoposte alla mano potestativa (*mulieres in manu*) di un soggetto giuridico che facesse loro da marito di comodo [n. 33].

(*a*) Il **tutore testamentario** (*tutor testamento datus*) era designato dal testatore negli stessi modi della tutela degli impuberi, ma poteva sottrarsi con maggiore facilità alla carica. Per lui l'abdicazione (*abdicatio tutelae*) rimase disponibile sino a quando la tutela delle donne non fu piú osservata. Se il tutore testamentario era dato alla donna da chi avesse avuto su di essa la mano potestativa (non quindi dal titolare della patria potestà), il testatore poteva anche concedere alla donna di scegliersi essa stessa un **tutore di gradimento** (*tutor optivus*).

Si distingueva, a riguardo dell'*optio tutoris*, tra: *a*) una scelta del tutore «limitata» (*optio tutoris angusta*), nell'ipotesi che la donna ottenesse il diritto di scegliersi il tutore non piú di una volta o di un certo numero determinato di volte; *b*) una scelta del tutore «illimitata» (*optio tutoris plena*), nell'ipotesi che la *mulier* ottenesse il diritto di scegliersi quanti tutori volesse, l'un dopo l'altro o separatamente per singoli affari diversi.

(*b*) Il **tutore legittimo** era: *a*) per la nata libera (*ingenua*), l'agnato piú stretto (quindi, per la donna che fosse stata sottoposta a mano maritale, in primo luogo il suo figlio di sangue, ma fratello sul piano agnatizio), subordinatamente (ma per pura teoria) un gentile; *b*) per la nata schiava (*liberta*), il patrono (subordinatamente i suoi discendenti); *c*) per la donna emancipata, il suo manomissore.

L'esercizio (non la titolarità, si badi) della tutela legittima poteva essere trasferito ad altri mediante la cessione davanti al magistrato (*in iure cessio tutelae*), dandosi luogo alla figura del **tutore cessionario** (*tutor cessicius*).

La tutela legittima delle nate libere (*ingenuae*) fu comunque abolita, sin dal sec. I d. C., da una legge Claudia (*de tutela mulierum*).

(*c*) Il **tutore atiliano** (tutore per legge Atilia) era nominato negli stessi modi e con gli stessi criterî valevoli per la tutela degli impuberi; ma in

pratica alla sua designazione si procedeva solo se la donna ne facesse richiesta. Di solito, la donna, per evitare l'incombenza su di lei di un tutore atiliano, scelto dal magistrato, si provvedeva di un **tutore fiduciario** (*tutor fiduciarius*).

La scelta del *tutor* da parte della donna era infatti possibile anche (in difetto di un suo diritto di *optio*) mediante il ricorso a espedienti in frode alla legge, che erano peraltro entrati largamente nell'uso e nella tolleranza sociale. A questo scopo la donna, per sottrarsi a un tutore non gradito, cominciava col darsi in mano potestativa (mediante *coëmptio*) a persona di sua fiducia («*coëmptio tutelae evitandae causa*»); dopo di che, per ridiventare *sui iuris*, essa si faceva mancipare da colui che l'aveva acquistata in mano alla persona di sua fiducia desiderata come tutore (divenendone *libera in mancipio*); quest'ultima persona effettuava la sua *manumissio* e con ciò finiva con l'essere appunto il suo tutore legittimo (inattaccabile *ex lege Claudia* perché tutore di una *libertina*): tutore denominato usualmente anche «*tutor fiduciarius*».

(*d*) Le **funzioni del tutore** della donna si riducevano comunque alla formale autorizzazione (*auctoritatis interpositio*) di alcuni atti di particolare importanza (alienazione di cose mancipi, assunzione di obbligazioni, ecc.) Dato che in periodo preclassico e classico si era riconosciuta sempre piú largamente la piena responsabilità della donna nella disposizione del suo patrimonio, l'autorizzazione tutoria era, anche in queste ipotesi una formalità priva di contenuto. Ciò spiega perché contro il tutore della donna non fosse esercitabile nessuna delle azioni esperibili contro il tutore dell'impubere (compresa l'*actio tutelae*).

41. *Le curatele.* — A prescindere dalle ipotesi pubblicistiche di *cura*, che qui non interessano, i tipi piú importanti di «curatela» del diritto privato furono, nei tempi storici: la «*cura furiosi*», la «*cura prodigi*», la «*cura minorum*». Vi furono, inoltre, numerosi altri tipi di *cura* aventi ambito di applicazione piú limitato.

La caratteristica comune di questi istituti, ove si prescinda dall'originario carattere potestativo della *cura furiosi* e della *cura prodigi*, fu di essere destinati a sovvenire a specifiche anormalità fisiche o psichiche di soggetti giuridici (la pazzia, la prodigalità, la leggerezza giovanile, la sordità e cosí via), nei limiti della estensione e della durata delle anormalità stesse. Ma siccome anche la *cura minorum* progressivamente passò ad essere considerata, alla stregua della tutela, un rimedio caratteristico di uno stato normale di incapacità di agire, tornerà opportuno farne un discorso a parte [n. 42].

(*a*) La **curatela del pazzo** (*cura furiosi*) dei tempi storici (e in particolare dei periodi preclassico e classico) si ricollegava all'istituto potestativo («*potestas in furioso pecuniaque eius*») della legge delle XII Tavole, ma con radicali differenze implicate dal carattere spiccatamente assistenziale che

l'istituto era venuto lentamente ad assumere. Per «*furiòsus*» si intendeva non piú il pazzo agitato e inguaribile, ma **qualunque malato di mente**, del quale peraltro si ammetteva in ogni caso la possibilità di guarigione. Ciò posto, sin che il pazzo fosse in vita non era pensabile né una successione nel suo patrimonio, né la perdita da parte sua delle potestà familiari e parafamiliari (in particolare, la *patria potestas* e la *tutela mulierum*).

La **giurisprudenza preclassica**, interpretando la «*pecunia*» della *lex XII tabularum* nel senso estensivo di «patrimonio economico» (con la sola esclusione delle *potestates* familiari e parafamiliari), raffigurò la *cura furiosi* come un potere assoluto del *curator* in ordine al patrimonio economico del *furiosus*, con in piú un *múnus*, un «ufficio di sorveglianza» sulla persona del demente e sull'esercizio da parte di quest'ultimo delle *potestates* familiari e parafamiliari che indeclinabilmente gli spettavano. In altri termini: il *furiosus* rimaneva titolare delle *potestates* familiari e parafamiliari, mentre il suo patrimonio economico (fatto di *res mancipi* e *nec mancipi*) era nella titolarità (fiduciaria) del *curàtor*, a titolo di «patrimonio separato» in attesa di restituzione. Costruzione ambigua, che subí variazioni in età classica con una sempre piú accentuata tendenza a considerare il *curator* come amministratore, anziché come titolare del patrimonio del malato di mente.

La nuova concezione del «*furiosus*» come **pazzo guaribile** implicò un ampliamento dei casi e delle varietà di pazzia, nel senso che: *a*) la cura fu ritenuta applicabile a tutti i casi evidenti di follia: da quello estremo del furioso vero e proprio (cioè del pazzo agitato) a quelli meno gravi dell'insano di mente (*dèmens*, *mentecàptus*, *insànus* e via dicendo); *b*) si ammise peraltro la possibilità che il folle avesse **intervalli di lucidità** piú o meno lunghi nella sua demenza (*intervalla insàniae*), durante i quali la cura non era esercitabile, salvo a riprendere efficacia in caso di ricaduta. La giurisprudenza postclassica, esasperando questa tendenza, giunse addirittura a sostenere che, pur rimanendo stabile la curatela, il pazzo potesse compiere atti negoziali utili in tutti i suoi anche momentanei intervalli di lucidità, che è quanto dire in tutti i momenti in cui fosse concretamente capace di intendere e di volere.

Curatore del pazzo (*curàtor furiosi*) era sempre, in omaggio al disposto della legge delle XII Tavole, l'agnato collaterale piú vicino e, subordinatamente, il gentile. In mancanza di curatore **legittimo** (*curator legitimus*), provvedevano alla nomina di un curatore **onorario** (*curator honorarius*) il pretore e nelle province il preside. Ma il diritto nuovo classico e postclassico modificò progressivamente il sistema, attribuendo anche ai funzionari imperiali (per Roma, al *praefectus urbi*) la scelta oculata del curatore: scelta che, peraltro, tendeva ad adeguarsi, nei limiti del possibi-

le, alle indicazioni testamentarie eventualmente fornite dal padre del folle e, subordinatamente, alle relazioni di parentela agnatizia e cognatizia.

Le **funzioni del curatore** erano: *a*) di sorvegliare la persona del folle, provvedendo alla sua assistenza ed al suo mantenimento; *b*) di amministrare per conto di lui il patrimonio separato di cui era titolare, approssimativamente allo stesso modo della gestione (*negotiorum gestio*) spettante al tutore di un infante. Al termine della gestione (che era segnato dalla guarigione o dalla morte del pazzo), il curatore doveva renderne il conto agli eredi o allo stesso paziente risanato e poteva essere convenuto, per la cattiva gestione, con un'azione gestoria (*actio negotiorum gestorum*).

Le **potestà familiari spettanti al folle** di sesso maschile (sui *filii*, le *mulieres in manu*, i *liberi in mancipio*) rimanevano dunque, almeno nell'epoca storica, praticamente inesercitate o erano di fatto (ma non di diritto) esplicate per conto del demente dal curatore. L'unica potestà parafamiliare che il folle maschio fosse ammesso validamente ad esplicare, malgrado la malattia, era quella, peraltro eminentemente nominale, di tutore muliebre.

(*b*) La **curatela del prodigo** (*cura pròdigi*) dei tempi storici aveva anch'essa subíto, non meno della cura del pazzo, una sensibile evoluzione rispetto all'assetto fissato nelle XII Tavole.

Il **curatore** era privo di ogni potestà sulla persona del prodigo, il quale, se di sesso maschile, conservava pienamente il diritto all'esercizio delle potestà familiari e parafamiliari. Egli era invece titolare del solo patrimonio economico del prodigo (anzi, in età preclassica e classica, solo di una certa parte di quel patrimonio) e in questa veste aveva l'ufficio (*munus*) di amministrarlo nel suo interesse e di restituirlo a lui od ai suoi eredi: non era considerato, piú semplicemente, un mero amministratore di quei cespiti per il fatto che la sua originaria potestà sul prodigo lasciò ancora a lungo, almeno sul piano formale, la propria traccia.

Il **prodigo assoggettato a cura** non era (si badi) un qualsiasi dilapidatore, ma era colui che, avendo ereditato non per testamento i «beni aviti» («*bona paterna avitaque*»), li amministrasse rovinosamente con danno della propria famiglia e, indirettamente, di tutta la comunità cittadina. La cura del prodigo era inoltre subordinata ad una **formale interdizione** (*interdictio*) pronunciata in sede di giustizia (*in iure*) dal pretore. Comunque essa non si estendeva alle ricchezze acquisite dal prodigo a titolo diverso dalla successione intestata dai suoi ascendenti (per esempio, ai beni ottenuti testamentariamente da un terzo).

È dubbio se il prodigo fosse considerato guaribile da quella che era piú una endemica debolezza del carattere che una vera e propria malattia dello spirito. L'eventualità della guarigione doveva essere considerata praticamente rarissima.

Per quanto riguardava la persona del *curator*, i modi della sua designazione, i suoi poteri sul patrimonio separato da restituire al *prodigus* o ai suoi successori e, finalmente, i suoi doveri di amministrazione, l'istituto della *cura prodigi* ebbe strutturazioni e sviluppi paralleli a quelli della *cura furiosi*, con la sola accennata differenza che il *curator* non aveva potestà sulla persona del prodigo. Coerentemente alla funzione assistenziale da essa acquisita, la *cura prodigi* si estese però, in età postclassica, dai soli beni aviti all'intero patrimonio economico del *prodigus*: al quale ultimo venne tuttavia riconosciuta una capacità di agire paragonabile a quella dell'*infantia maior* [n. 15] o, per certi risvolti, del *minor* [n. 42].

(*c*) Tra le **curatele minori** del diritto privato possono indicarsi: le *curae debilium personarum* e le *curae* tutelari.

(*c*^{1}) I **curatori dei minorati** (*curatores debilium personarum*, cioè dei cd. handicappati) erano nominati dal pretore o da altri magistrati (o funzionari imperiali) tutte le volte che si presentasse la necessità o l'evidente opportunità di prestare un'adeguata assistenza, ai fini del compimento di specifici atti giuridici, ai soggetti che fossero muti, sordi o altrimenti minorati nel loro fisico.

(*c*^{2}) **Curatori tutelari** possono essere definiti il «curatore dell'impubere» (*curator impuberis*) e il «curatore della donna» (*curator mulieris*), ambedue di nomina magistratuale. Essi avevano il compito di prestare aiuto come curatori aggiunti (*curatores adiuncti*) al tutore inidoneo all'esercizio delle sue funzioni o materialmente impedito (per esempio, a causa di un viaggio) dall'esercitarle. In età postclassica fu loro riconosciuta anche la facoltà di sostituire integralmente il tutore.

42. *La cura dei minorenni.* — Il caso maggiormente diffuso di *cura* nel diritto privato romano fu proprio quello di piú recente istituzione, la cura dei minorenni (*cura minorum*): un istituto di assistenza dei soggetti giuridici di ambo i sessi che avessero raggiunto la pubertà, ma fossero di età inferiore ai venticinque anni o, in età postclassica, ai vent'anni.

(*a*) **L'evoluzione storica dell'istituto**, peraltro non poco controversa, può essere cosí ricostruita.

(*a*^{1}) Intorno al 200 a. C. una *lex Laetoria* (o *Plaetoria*) «*de circumscriptione adulescentium*» affrontò il problema dei troppi vantaggi che, in quei tempi di forte risveglio commerciale, affaristi di pochi scrupoli traevano dai rapporti con i minori di venticinque anni (gli «*adulescentes*»), anche senza mettere in opera veri e proprî raggiri, e cioè per il solo fatto di disporre di una maggiore esperienza e oculatezza.

La legge, pertanto, introdusse un'*actio popularis* (aperta cioè a tutti, al *quivis de populo*) avente carattere penale e da esercitarsi contro chiunque avesse operato a suo vantaggio un'opera di «abbindolamento» (una «*circumscriptio*») di un minore di età (maschio o femmina, *sui iuris* o *alieni iuris*). Da questa legge trasse successivamente spunto il *praetor* per concedere ai minori dei 25 anni, sempre che fossero *sui iuris* (e, almeno di regola, maschi), due rimedi contro l'autore della *circumscriptio*, o comunque contro colui che utilizzasse nei loro confronti il negozio ottenuto mediante *circumscriptio*: *a*) un'**eccezione** (*exceptio legis Laetoriae*), intesa a paralizzare l'azione esercitata contro di loro per far valere il negozio; *b*) un provvedimento di **ripristino integrale** (*in integrum restitutio ex lege Laetoria*), inteso alla reintegrazione dello *status quo ante*, in caso di avvenuta esecuzione del negozio.

(*a*2) È pensabile che, di fronte a questa situazione, coloro che entravano in rapporti di affari con un *adulèscens*, specie se maschio (e quindi non assistito da un *tutor*), abbiano preso la precauzione di esigere ad ogni buon conto, cioè allo scopo di ridurre il rischio di una futura *exceptio* o *in integrum restitutio*, che l'*adulescens* si facesse confortare nella negoziazione dal parere favorevole di una persona maggiorenne. Di qui derivò probabilmente l'uso che i *minores* si rivolgessero essi stessi al *praetor* per ottenere la nomina, di volta in volta che avessero bisogno di indurre qualcuno a commerciare con loro, di un **curatore speciale** (*curator ad certam causam*): questo *curator*, assistendo al compimento del negozio, esprimeva il suo «*consensus*», nel senso peculiare di un «parere di conformità» in ordine all'utilità dell'affare.

(*a*3) L'utilità oggettiva, ormai largamente riconosciuta, dell'intervento del curatore speciale suggerí al *praetor*, tra la fine del periodo preclassico e l'inizio del periodo classico, di costringere indirettamente gli *adulescentes* **a non farne mai a meno**: e ciò egli ottenne col sistema di mostrarsi molto restío a concedere l'*in integrum restitutio*, sopra tutto dopo il decorso di un anno dai fatti, quando gli risultasse che il minore avesse agito senza il *consensus* di un *curator*. Mentre la sussistenza dell'*exceptio* manteneva elevato l'interesse alla nomina del curatore da parte di coloro che entravano in affari con i minori, il pericolo di perdere o di vedersi ridotta la copertura dell'*in integrum restitutio* convinse largamente i minorenni stessi a chiedere in ogni caso di essere assistiti da un *curator*. La richiesta del *curator* divenne, pertanto, un fatto normale, ed anzi sempre piú spesso il *curator* non fu piú nominato per singoli affari, ma assunse una posizione stabile di coadiutore e consigliere dell'*adulescens*.

(*a*4) Nel corso del periodo classico (precisamente, per iniziativa di Marco Aurelio) il *curator minoris* passò ad essere, da assistente occasionale del minore impegnato in un affare o in un processo, un «curatore stabile» del minorenne. E fu questo l'inizio di uno sviluppo, per gran parte postclassico, in forza del quale il curatore del minore (*curator minoris*), senza essere un titolare di potestà sull'*adulescens* e senza esercitare un'integrazione della sua volontà del tipo dell'autorizzazione tutoria, fu tuttavia considerato, per maschi e per femmine al di sotto dei venticinque anni, una sorta di continuatore del *tutor impuberis*, con funzioni e responsabilità concentrate nell'amministrazione del patrimonio economico del minorenne.

(*b*) **Fatto costitutivo** della cura dei minori fu esclusivamente la nomina magistratuale o, nel periodo postclassico, la nomina da parte degli stessi funzionari che provvedevano alla scelta del tutore dell'impubere. Di regola era però necessaria la domanda dell'interessato: peggio per lui se omettesse di provvedersi di un curatore. Quanto ai requisiti di capacità ed alle eventuali esenzioni (*excusationes*), si estesero al curatore del minorenne le stesse regole valevoli per il tutore dell'impubere.

(*c*) La **funzione caratteristica** del curatore (fosse egli curatore speciale o generale e stabile) era la manifestazione (contemporanea o successiva) dell'**assenso** (cd. *consensus*) nei confronti del negozio posto in essere dal minore. Ma l'assenso del curatore, almeno in diritto classico, non integrava la volontà del minorenne: era, come si è detto, un mero «parere di conformità», un acconsentimento che, se ed in quanto emesso da un maggiorenne risultante dotato di buon criterio, costituiva una ragionevole garanzia di correttezza dell'affare trattato dall'adolescente. Fu per questa via che il consenso curatorio giunse, tra l'età classica e l'età postclassica, ad essere progressivamente identificato, quanto agli effetti, con l'autorizzazione del tutore.

Nei confronti del minore il curatore aveva la posizione di un **gestore di affari** (*negotiorum gestor*) in senso proprio [n. 82], cioè nel senso di un suo rappresentante spontaneo o, in altri termini, di un soggetto che, senza averne ricevuto mandato, esercitava un'attività utile al minore.

(*d*) Man mano che il curatore assunse carattere stabile, divenne praticamente indispensabile attribuirgli le funzioni di **amministratore di tutto il patrimonio** del minore: solo in tal modo egli poteva essere in grado di decidere responsabilmente se dare o non dare l'assenso ai singoli negozi. L'azione a tutela del minore fu, pertanto, progressivamente estesa alla tutela di tutto il complesso di diritti e di obblighi connessi con l'amministrazione curatoria.

L'acquisto della veste di amministratore da parte del *curator* favorí ulteriormente l'identificazione del curatore col tutore. In età postclassica, il curatore aveva addirittura la rappresentanza processuale del minore di anni venti.

CAPITOLO VIII

I RAPPORTI ASSOLUTI DOMINICALI

SOMMARIO: 43. I rapporti assoluti dominicali. — 44. Le vicende del dominio quiritario. — 45. La tutela del dominio quiritario. — 46. La potestà padronale sugli schiavi. — 47. I rapporti affini al dominio quiritario. — 48. Il dominio unificato.

43. ***I rapporti assoluti dominicali.*** — I rapporti assoluti dominicali del diritto privato furono: *a*) il dominio quiritario (*dominium ex iure Quiritium*); *b*) la proprietà pretoria (cd. *in bonis habere* pretorio); *c*) la proprietà provinciale (cd. *possessio vel ususfructus* dei *fundi provinciales*). Tutti e tre giunsero, in età postclassica, a fondersi tra loro sotto la denominazione unitaria di «dominio» (*dominium*: termine equivalente a quello oggi usuale di «proprietà»). La trattazione relativa deve essere necessariamente incentrata sulla struttura e sulle vicende storiche del primo, rispetto al quale gli altri istituti sopra indicati vanno considerati come «rapporti affini».

Il **dominio civilistico o quiritario** (*dominium ex iure Quiritium*) era il dominio riconosciuto e regolato dal diritto civile antico: la ragione per cui, invece di esser denominato semplicemente «dominio» (*dominium*) o dominio civilistico» (*dominium iure civili*), fu qualificato anche come «*ex iure Quiritium*» consisté, come abbiamo già detto [n. 28], nel fatto della sua derivazione («*ex*») dal mancipio quiritario, quindi dall'antichissimo diritto quiritario (*ius Quiritium*).

Se, considerato da un certo punto di vista, esso rappresentò rispetto al mancipio originario un istituto di minore estensione a causa dell'esclusione delle potestà sui familiari (*filii, uxores in manu, liberi in causa mancipii*), bisogna peraltro riconoscere che, considerato da un altro punto di vista, esso implicò un allargamento dei confini originari del mancipio per

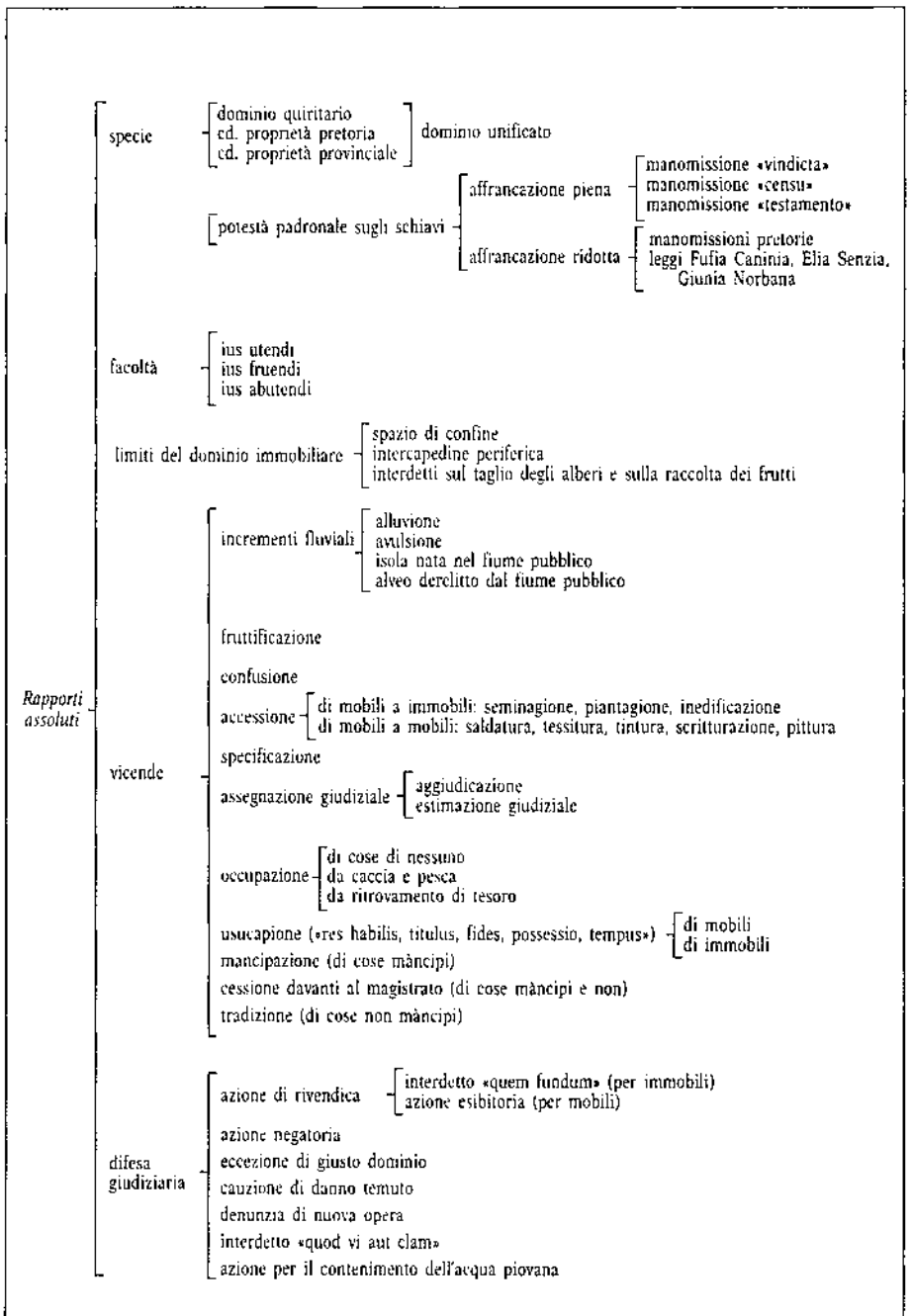


TAVOLA XI: A) I rapporti assoluti dominicali (n. 44-45-47 e 48) inclusivi della potestà padronale sugli schiavi (n. 46).

il fatto che ne costituivano oggetto non soltanto le cose màncipi, ma anche le cose non màncipi, cioè le cose che erano state originariamente oggetto (cd. *pecunia*) di mero possesso extragiuridico. Tuttavia, della duplice derivazione dei suoi oggetti il dominio quiritario conservò, per tutto il corso del diritto romano, almeno sino alla fine dell'età classica, tracce evidentissime: ben diverso fu, infatti, il regime applicantesi alle cose mancipi da quello applicantesi alle cose non mancipi.

(*a*) **Soggetti attivi** del dominio quiritario (*dòmini ex iure Quiritium*) furono: *a*) i cittadini romani (beninteso, se ed in quanto familiarmente autonomi); *b*) gli stranieri (*peregrini*) cui fosse riconosciuto il diritto del commercio (*ius commercii*), quindi la capacità di compiere atti giuridici di contenuto economico alla stregua dei soggetti giuridici romani (principalmente, i *Latini* [n. 9-11]). La progressiva estensione della cittadinanza romana agli abitanti dell'impero, sino agli estremi toccati con la costituzione Antoniniana del 212, rese ovviamente sempre piú vasto (a prescindere dal sopravvenire delle forme affini al dominio, di cui parleremo in appresso) l'accesso alla titolarità attiva del rapporto.

Quanto ai **soggetti passivi** del *dominium*, essi erano «tutti» (gli *omnes*), ma solo nel senso di tutti gli altri soggetti (cittadini o stranieri) dell'ordinamento giuridico romano, essendo possibile esclusivamente nei loro riguardi la difesa giudiziaria del dominio civilistico. Chi fosse estraneo a questa compagine umana (in particolare, perché straniero privo di *ius commercii*) e si impadronisse di una cosa oggetto di dominio quiritario, ne era spossessato, a favore di chi se ne dicesse domino, con interventi coercitivi pubblici e per il solo fatto di non essere ammesso alla titolarità di rapporti giuridici romani.

(*b*) **Oggetto** del dominio quiritario potevano essere tutte le cose commerciabili (*res in commercio* [n. 12]): sia mancipi sia non mancipi, sia immobili sia mobili. Vi era però un'importante limitazione per le cose immobili. Il dominio quiritario ad oggetto immobiliare (il cd. «dominio fondiario») era infatti concepibile e ammesso solo in ordine ad estensioni di terreno site su territorio romano (*fundi in agro Romano*): quindi facenti parte delle 35 tribú territoriali della città insediate sul territorio italico peninsulare (dal Rubicone in giú), oppure facenti parte delle colonie e dei municipî di cittadinanza romana (*«coloniae et municipia civium Romanorum»*) ubicati in Italia e fuori (cioè nelle province), ma fittiziamente annessi (alla stregua di filiali o di sedi distaccate) alle varie tribú territoriali.

In ordine al **dominio immobiliare** (che era costituito da cose mancipi), va inoltre precisato che esso era il risultato di una peculiare «conces-

sione» fatta dalla repubblica alle famiglie, essendo convinzione radicata che tutto il territorio romano fosse, per principio di base, terreno (*extra commercium*) di pertinenza della comunità nel suo insieme e, per essa, della repubblica e dei suoi organi di governo (*ager publicus*). Di fronte alle molteplici altre specie di concessione che del terreno pubblico si potevano fare e si facevano, quelle in dominio quiritario avevano la caratteristica di essere «concessioni illimitate», quasi come cessioni di sovranità sugli appezzamenti di terreno, derivanti da una solenne e sacra ripartizione e assegnazione ai soggetti degli appezzamenti stessi («*divisio ed adsignatio agrorum*»). Ovviamente, le assegnazioni di piú antica data erano basate piú sul fatto che non vi fosse memoria di un regime diverso (cioè, come si diceva, «*ab immemorabili*») che su effettivi elementi di prova; le assegnazioni piú recenti, e particolarmente quelle di territorio attribuito alle colonie, erano invece praticate con minuzia e documentate in modi molto precisi.

La illimitatezza delle facoltà del *dominus* civilistico sulle *res* mobili o immobili a lui spettanti ha indotto da secoli a parlare di un «*ius utendi, fruendi et abutendi*» (non solo di usare e di sfruttare la cosa, ma persino di abusarne, cioè di distruggerla). Ma non a caso si è aggiunto che questo diritto del *dominus* valeva nei limiti di quanto fosse ragionevolmente ammissibile sul piano delle esigenze superiori dell'ordinamento («*quàtenus iuris ratio patitur*»). A parte i limiti subiti dal *dominium* nei varî casi in cui si verificasse una *communio* [n. 32], cioè nei casi di insistenza di piú *domini* sulla stessa *res*, altre restrizioni furono quindi dettate, con particolare riguardo alla proprietà immobiliare, da opportunità varie di tutela dell'ordine sociale.

È da escludere, comunque, che il *dominium* immobiliare civilistico (cioè, si ripete, il *dominium ex iure Quiritium* dei *fundi*, dei *loci*, degli *agri*, delle *villae*, delle *aedes*, degli *aedificia* urbani o rustici e via dicendo) abbia mai perso, a termini di *ius vetus*, le sue caratteristiche essenziali di illimitatezza, di assoluta indipendenza dal potere pubblico, insomma di «sovranità privata». Il *dominus* immobiliare civilistico era titolare, entro i confini del fondo, di facoltà che si estendevano sino alla massima altezza sovrastante e sino alla massima profondità sottostante («*usque ad coelum et usque ad inferos*»), con esclusione di ogni possibilità di dominio altrui sia sul «soprasuolo» (cosa, oltre tutto, dati i tempi, materialmente impensabile, salvo che in qualche ristretta ipotesi di sporto di un edificio su terreno altrui) sia sul «sottosuolo» (cosa, viceversa, materialmente facile anche in antico nelle non rare ipotesi di scavo di miniere). Il dominio immobiliare civilistico era inoltre esente da ogni cd. «imposta reale», sia sotto specie di *stipendium* sia sotto specie di *tributum* [n. 47], ed era sottratto, di regola, ad ogni «espropriazione per pubblica utilità» (richiesta, ad esempio, dall'opportunità di costruire una via pubblica o un pubblico edificio): pertanto, il fondo che fosse anche esente da diritti reali limitati concessi dal domino ad altri soggetti (su cui cioè non gravassero *iura in re aliena* [n. 49]) era usualmente denominato «*fundus optimus maximus*», col titolo stesso attribuito al re degli dei.

(*c*) **Limitazioni eccezionalmente imposte al dominio immobiliare** derivarono dal diritto civile e dal diritto onorario.

(*c*[1]) Per quanto attiene alle **limitazioni civilistiche**, esse furono, con sicurezza, solamente due, dettate entrambe dall'esigenza di evitare i disagi, ed i possibili conflitti, comportati dalla vicinanza dei fondi («*vicínitas*»): *a*) quella dello spazio di confine; *b*) quella dell'intercapedine periferica.

Lo **spazio di confine** (*límes*: anche detto «*iter limitare*», «sentiero di confine»), era uno spazio di cinque piedi (circa un metro e mezzo) che doveva essere lasciato libero da occupazione tra due fondi confinanti. L'**intercapedine periferica** (*àmbitus*) era uno spazio di due piedi e mezzo che doveva essere lasciato libero da costruzioni intorno ad ogni edificio (che appunto perciò veniva anche detto «*insula*», «isolato»). Si discute se questi spazi liberi fossero di pertinenza pubblica (cioè *ager publicus*) o di dominio (ed eventualmente in comunione) dei proprietarî contiguî: è probabile che fossero piuttosto di dominio o di condominio civilistico privato ed è comunque sicuro che, col passar del tempo dalla prima assegnazione pubblica, essi erano sempre meno rispettati, sí che il vero confine tra due fondi agricoli era segnato da una linea di cippi o da un muricciuolo di pietra, mentre in città gli edifici si agglomeravano spesso in isolati molto piú vasti di un'unica costruzione.

Altre limitazioni poste dal *ius civile* al *dominium* immobiliare, delle quali solitamente si parla, furono invece del tutto apparenti, se non addirittura inesistenti. Apparente fu la limitazione connessa all'esistenza di un «muro comune» (di un *pàries communis*) tra due proprietarî contigui: se la necessità di procedere alla riparazione del muro comportava un obbligo di contribuire alle opere e alle spese relative da parte dei due proprietarî, ciò non era perché i loro diritti fossero limitati, ma era perché essi erano condomini del muro. Apparente fu anche la limitazione connessa alle «immissioni nel fondo altrui» (*immissiones in alienum*) di fumo, calore, esalazioni, rumori, scuotimenti e simili provenienti dal fondo vicino: se esse dovevano essere prodotte solo nei limiti del minimo tollerabile, mentre oltre quel limite erano vietate al proprietario del fondo vicino, ciò era affermato dalla giurisprudenza in omaggio al principio generale del divieto di ledere l'altrui diritto («*àlterum non laedere*»). Inesistente fu infine il divieto degli «atti emulativi» (*acta ad aemulationem*), cioè delle operazioni fatte sul proprio fondo all'unico scopo di gareggiare col vicino e di dargli molestia: divieto che ben si attaglia a certe note rivalità di età postromana (basti pensare alle gare tra talune famiglie medievali per costruire la torre piú alta), ma che la lettura delle fonti romane non sembra suffragare.

(*c*[2]) Tra le **limitazioni imposte dal diritto onorario** meritano di essere ricordate, ma di passata, quelle dipendenti dall'introduzione: *a*) dell'in-

terdetto sul taglio degli alberi del vicino; *b*) dell'interdetto sulla raccolta dei frutti caduti nel fondo vicino.

L'**interdetto sul taglio degli alberi** (*interdictum de arbòribus caedèndis*) era un interdetto proibitorio concesso a favore del proprietario di un fondo nell'ipotesi che gli alberi del fondo vicino sporgessero sul suo ad un'altezza inferiore ai 15 piedi (circa quattro metri e mezzo), oppure che gli alberi di un giardino pensile sovrastante sporgessero comunque sull'edificio inferiore. Al proprietario del fondo in tal modo invaso era riconosciuta la facoltà di recidere personalmente i rami di altezza inferiore ai 15 piedi o gli alberi che sporgessero dal giardino pensile (*caèdere àrbores*), sempre che non vi provvedesse il loro proprietario. L'interdetto proibiva appunto a costui di molestare il proprietario vicino nell'esercizio di queste facoltà, ponendo con ciò non tanto un limite al *dominus* degli alberi, quanto una maggior tutela a favore del *dominus* del fondo invaso.

L'**interdetto sulla raccolta dei frutti** (*interdictum de glande legènda*) era un interdetto proibitorio che, sviluppando una norma delle XII Tavole, vietava al proprietario del terreno, su cui fossero andati a cadere frutti del fondo vicino, di impedire al proprietario di quest'ultimo di raccogliere sul suo terreno tali frutti (*lègere glandes*). Tuttavia il proprietario dei frutti non poteva recarsi sull'altrui fondo a proprio piacimento, ma solo una volta ogni due giorni («*tertio quoque die*»); e in ogni caso il proprietario del fondo vicino in tanto doveva subire l'ingresso dell'altro proprietario sul suo fondo, in quanto non avesse provveduto a raccogliere egli stesso i frutti ed a restituirli, come suo dovere, facendosi eventualmente rimborsare le spese della raccolta.

44. *Le vicende del dominio quiritario.* — Le vicende del dominio quiritario (cioè la costituzione, la modificazione o l'estinzione di esso) potevano dipendere da svariatissimi fatti giuridici. Di questi: alcuni avevano effetto puramente costitutivo (determinando il sorgere di un dominio in relazione ad una cosa che prima non vi era sottoposta); altri avevano effetto puramente estintivo (determinando la fine del preesistente dominio in relazione ad una cosa); altri, ancora, avevano un duplice, ma separato effetto, sia estintivo del dominio su una cosa, che costitutivo di un altro dominio sulla stessa cosa; altri, infine, avevano effetto modificativo del dominio su una cosa, nel senso di determinare un mutamento del soggetto attivo del rapporto, e piú precisamente il «trasferimento» della titolarità attiva da un precedente ad un successivo domino.

I **fatti costitutivi** o **estintivi** (o costitutivi ed estintivi insieme) del dominio quiritario possono essere classificati in: *a*) fatti di incremento fluviale; *b*) fatti di fruttificazione; *c*) fatti di confusione; *d*) fatti di accessione; *e*) fatti di specificazione; *f*) fatti di assegnazione; *g*) fatti di occupa-

zione; *h*) fatti di usucapione. I **fatti traslativi** del dominio quiritario dall'uno all'altro soggetto attivo furono, piú precisamente, tre atti negoziali: *i*) la mancipazione; *l*) la cessione davanti al magistrato; *m*) la tradizione.

(*a*) I cd. **incrementi fluviali** si verificavano, con riguardo al dominio immobiliare, sopra tutto in quattro ipotesi le quali traevano vita dalla considerazione che i proprietarî rivieraschi di un corso d'acqua a carattere «pubblico» (che fosse cioè cosa pubblica e non in loro dominio o in condominio tra loro) avevano diritto ad avvantaggiarsi di ogni incremento che il corso d'acqua avesse naturalmente (cioè senza intervento umano) arrecato ai loro fondi. Il principio valeva, beninteso, sempre che i fondi rivieraschi interessati fossero fondi privi, sul versante del fiume, di confini fissati topograficamente dagli agrimensori, sempre cioè che avessero per confine la riva del corso d'acqua (*fundi arcifinii*).

(*a*[1]) L' ipotesi dell'**alluvione** (*allúvio*, anche detta «*incrementum làtens*») fu quella di un incremento progressivo e insensibile del fondo frontista ad opera della corrente del fiume, la quale accrescesse le rive del fondo stesso con detriti sottratti ad altri imprecisabili fondi che si trovassero a monte. A questa fattispecie fu equiparata l'altra dell'insensibile ritrarsi di un fiume pubblico dalla sponda del fondo frontista. In ambo i casi si ritenne che il proprietario acquistasse di diritto le porzioni di terreno accresciutesi durevolmente al suo fondo per l'azione naturale del fiume.

(*a*[2]) L' ipotesi dell'**avulsione** (*avúlsio*, anche detta «*incrementum pàtens*») fu quella di un fondo che, per l'impeto della corrente di un corso d'acqua, venisse accresciuto di una parte considerevole e riconoscibile di terreno staccatasi da altro fondo. In tal caso, stante la riconoscibilità della porzione di terreno avulsa, si ritenne: che il domino di essa non ne perdesse il dominio per il solo fatto del suo distacco dal fondo originario, ma che, se fosse avvenuto col tempo, senza opposizione del proprietario originario, un incorporamento organico (*coalítio*) della parte avulsa con l'altro fondo (incorporamento dimostrato, ad esempio, dalla presa delle radici arboree), il domino acquistasse la porzione avulsa.

(*a*[3]) Nel caso di **alveo derelitto** (*alveus derelíctus*) cioè di un fiume che, cambiando letto o prosciugandosi, lasciasse durevolmente scoperto il suo alveo, si ritenne che i domini dei fondi frontisti acquistassero il letto del fiume. L'attribuzione ai singoli frontisti fu basata sul concetto che il letto del fiume fosse da dividersi longitudinalmente secondo una linea mediana e che quindi fossero da attribuirsi ai frontisti di destra o di sini-

stra altrettanti settori tracciati abbassando delle perpendicolari dai confini estremi dei fondi sulla mediana.

(*a*[4]) Nel caso di **isola nata nel fiume** (*ínsula in flúmine nata*), cioè di una parte dell'alveo di un fiume rimasta in secco o fatta emergere dall'azione della corrente, si ritenne che essa spettasse ai domini rivieraschi secondo le regole dell'alveo derelitto.

(*b*) La **fruttificazione** si verificava riguardo alle cose fruttifere, cioè capaci di produrre piú o meno periodicamente altre cose economicamente autonome («*fructus*»): fiori, latte, lana da tosatura periodica, legname di bosco ceduo, prodotti minerari, parti del bestiame ecc. L'acquisto del frutto aveva luogo, di regola, a favore del domino della cosa fruttifera, al momento della separazione (*separàtio*) del prodotto dalla cosa produttiva, purché ovviamente si trattasse di separazione non anticipata o forzata, tale cioè da prevenire la naturale formazione della cosa autonoma costituente il frutto.

Se, in luogo del *dominus*, aveva altri la **detenzione o il possesso della cosa fruttifera** [n. 39-30], il possessore (*naturalis* o *ad interdicta* che fosse) non aveva diritto, come regola, di acquistare i frutti, ed era perciò tenuto a restituirli al proprietario. Tuttavia, questa regola subí eccezioni in tre gruppi di casi: *a*) il possessore di buona fede e il *possèssor* dell'*ager vectigalis* [n. 56] acquistavano il *dominium* sui frutti al momento della «*separatio*»; *b*) il detentore della cosa a titolo di *ususfructus* [n. 53] e il possessore di essa a titolo di *pignus* [n. 57] acquistavano il *dominium* sui frutti mediante la effettiva apprensione degli stessi («*perceptio*»), sicché la proprietà dei frutti non percetti spettava al *dominus* della cosa fruttifera (ammesso di conseguenza, fino al momento della raccolta, ad esercitare la *condictio furtiva* [n. 85] contro l'eventuale ladro); *c*) l'*inquilinus* (il locatario del fondo rustico [n. 75]) acquistava del pari il *dominium* sui frutti al momento della percezione, ma a condizione che fino a quel momento il *dominus* della cosa fruttifera non avesse manifestato una volontà contraria. Giustiniano limitò il diritto del possessore di buona fede nel senso che questi era autorizzato a non rendere conto dei frutti da lui già consumati (*fructus consúmpti*) al momento in cui gli toccasse l'obbligo di restituire le cose fruttifere: i frutti ancora esistenti in quel momento (*fructus extàntes*) andavano invece restituiti al proprietario.

(*c*) **Fatti di confusione** (*confúsio*, o anche *commixtio* o *conflatio*) si verificavano tutte le volte in cui venissero a mescolanza inseparabile (cioè tale da non permettere, quanto meno in pratica, individuazione degli elementi componenti) cose solide o liquide (si pensi alla fusione di oro con argento nel cd. «*elèctrum*», oppure alla emulsione di vino con miele nel cd. «*mulsum*»). In tale ipotesi, al dominio di ciascuno sulle proprie cose si sostituiva, di regola, la comunione di tutti sul coacervo risultante, sicché

ciascun domino poteva esercitare, contro il possessore del tutto, un'azione di rivendica («*rei vindicatio incertae partis*»), diretta all'ottenimento della parte a lui spettante («*quantam partem paret ex illo acervo actoris esse*»). Ma se le cose, anziché formare un coacervo ben distinto, erano cose fungibili e pertanto inevitabilmente si confondevano con l'intero patrimonio generale di un soggetto, era giocoforza ammettere che quest'ultimo ne acquistasse il dominio e fosse perciò tenuto a restituire ai proprietarî originari solo altrettante cose della stessa specie e qualità («*tantúndem eiúsdem generis*»).

(*d*) **Fatti di accessione** (*accèssio*) furono ritenuti i casi di aggiunzione di una cosa ad un'altra cosa economicamente piú importante. Il principio generale che regolò questi casi fu quello della «subordinazione della cosa accessoria» («*accessorium sequitur principale*»): si ritenne infatti che il domino della cosa «principale» acquistasse il dominio della cosa accessoria, cioè della cosa avente importanza secondaria. Possono distinguersi a questo proposito varie ipotesi: *a*) quelle di accessione di cose mobili a cose immobili (*satio, implantatio, inaedificatio*); *b*) quelle di accessione di cose mobili a cose mobili (*ferruminatio, textura, tinctura, scriptura, pictura*).

(*d*1) La **seminagione** (*satio*) era la semina operata in un fondo agricolo con sementi altrui. In tal caso il domino del fondo, cosa principale rispetto alle sementi, diveniva proprietario delle stesse e dei conseguenti germogli.

(*d*2) La **piantagione** (*implantàtio*) era la messa a coltura di una pianta nel fondo agricolo altrui. Di essa, dal momento in cui le radici avessero fatto presa nel terreno, il domino del fondo acquistava il dominio quiritario. Pertanto l'effetto non si verificava prima dell'attecchimento (*coalitio*) o quando la pianta fosse stata soltanto deposta nel fondo altrui o inserita tra le sue zolle, ma non ivi ancora trapiantata.

(*d*3) La **inedificazione** (*inaedificàtio*) era la costruzione di un edificio in un fondo agricolo o non agricolo con materiale altrui: costruzione fatta o dallo stesso domino del fondo, o dal domino dei materiali, oppure da un terzo che non fosse domino né dei materiali né del fondo. In tali casi il domino del suolo acquistava il dominio dell'edificio superficiario dal momento in cui esso fosse stato costruito e i materiali costruttivi fossero entrati a farne parte («*superficies solo cedit*»). Ma siccome l'edificio superficiario poteva anche e non raramente venir meno (per rovina, demolizione ecc.), il domino dei materiali rimaneva tale «in quiescenza», a titolo di diritto affievolito, e poteva recuperarli con una azione di rivendica

quando, per un qualunque motivo, l'edificio andasse in rovina e si perdesse come cosa unitaria.

Questo regime caratteristico si riconnetteva all'alto valore di certi materiali (travi di legno, infissi, elementi ornamentali), alla poca durata di gran parte degli edifici antichi non monumentali (fatti prevalentemente di legno) e all'antichissimo intervento di una norma delle XII Tavole: norma che, dirimendo le vivaci controversie evidentemente insorte in proposito, vietò che il domino del trave inserito in un edificio o del palo inserito in una vigna («*tignum iunctum*») potesse distaccare il trave o il palo; e che forse già da allora gli concesse, ove il materiale fosse stato rubato, un'azione penale *in duplum* (denominata *actio de tigno iuncto*) contro l'autore del furto, se non addirittura contro il *dominus* dell'edificio che del furto commesso da altri avesse tratto profitto. Ma molto dello sviluppo dell'istituto (ivi compreso il giusto risarcimento da prestarsi al proprietario del materiale) fu operato attraverso i secoli dalla giurisprudenza posteriore.

(*d4*) La **saldatura** (*ferruminàtio*) era, piú precisamente, la saldatura «autogena» (diretta), di due cose metalliche. In tale ipotesi il domino della cosa considerata principale acquistava a partire dal momento della saldatura il dominio della parte accessoria (come, ad esempio, nel caso del braccio saldato con procedimento autogeno ad una statua).

Ben diversa da quella della saldatura era l'ipotesi della **piombatura** (*adplumbàtio*), cioè della congiunzione di due parti metalliche mediante uno strato intermedio di piombo: nel qual caso non si verificava acquisto per accessione, e quindi al domino spossessato della sua cosa (principale o accessoria che fosse) era ben possibile ottenerne la restituzione esercitando l'azione esibitoria (*actio ad exhibendum*) o l'azione di rivendica (*rei vindicatio*).

(*d5*) L' ipotesi della **tessitura** (*textúra*) era quella dei fili trapunti in una tela o in una stoffa altrui. Forse in periodo classico già si riteneva che il domino della stoffa acquistasse il dominio dei fili, ma non è escluso che viceversa al domino dei fili (che potevano anche essere di gran valore: per esempio, di oro) fosse concessa l'azione esibitoria (*actio ad exhibendum*) al fine di porre le premesse per la loro enucleazione dal tessuto altrui.

(*d6*) La **tintura** o attintatura (*tinctúra*) non è espressamente ricordata dalle fonti, ma è probabile che costituisse anch'essa ipotesi di acquisto del dominio per accessione. Piú precisamente il domino della stoffa attintata acquistava la proprietà dei materiali che fossero serviti alla colorazione della stoffa.

(*d7*) Nel caso della **scritturazione** (*scriptúra*) non si dubitò che il proprietario del materiale scrittorio (pergamena, tavoletta cerata, papiro), cosa principale, acquistasse il dominio delle materie altrui (inchiostro,

cera ecc.) utilizzate per scrivervi. Ne conseguiva che l'autore dello scritto non poteva reclamare il suo prodotto intellettuale presso il domino del materiale scrittorio, e che questi aveva tutto il diritto di distruggere lo scritto oppure di diffonderlo, in una col materiale scrittorio, fra i terzi.

(*d*[8]) Nell'ipotesi di **pittura** (*pictúra*) con colori proprî o altrui di una tavola (*tabula*) in dominio di un terzo, molto si discusse se il domino della tavola dipinta (*tabula picta*) acquistasse il dominio dell'opera pittorica o se, invece, l'opera spettasse al pittore, salvo indennizzo del valore della tavola al suo domino. La ragione del dubbio era in ciò: che, mentre per un'opera scritta su materiale altrui può ammettersi che essa sussista indipendentemente dal materiale, in quanto è bastato pensarla per realizzarla (né è escluso che essa sia riprodotta dall'autore su altre copie), per il dipinto l'opera creata non è scindibile dalla tavola.

(*e*) Fatti di **specificazione** (*specificàtio*) furono considerati quelli per cui una persona diversa dal domino quiritario, da lui non incaricata, operasse una trasformazione di materia prima o di manufatti di quel domino, in modo da creare una cosa formalmente diversa («*nova species*»): cosí, ad esempio, nel caso in cui da una massa di metallo si traesse una statua, o nel caso di un vestito derivato da una pezza di stoffa, o nel caso di confusione di due o piú ingredienti che desse luogo ad un prodotto diverso (come era la frittata fatta dal cuoco con uova altrui). In queste ipotesi alcuni giuristi davano preferenza al lavoro dello specificatore ed attribuivano perciò a costui il dominio della cosa risultante (della *nova species*), mentre altri ritenevano che la proprietà della materia di origine non si perdesse dal domino pur se essa fosse stata da altri trasformata in modo da essere resa irriconoscibile. In età postclassica si formò una curiosa opinione intermedia (una *media sententia*) tra le dottrine citate: se la nuova specie era reversibile allo stato primitivo, si riteneva che essa appartenesse al domino della materia; altrimenti si riteneva che essa spettasse allo specificatore, purché non fosse in mala fede.

(*f*) Fatti di **assegnazione giudiziaria** sono da qualificare i casi di attribuzione (diretta o indiretta) del dominio quiritario da parte del giudice. Tali furono i seguenti.

(*f*[1]) L'**aggiudicazione** (*adiudicàtio*) era il provvedimento del giudice di un'azione divisoria mediante il quale, in adesione alla parte della formula giudiziale che era denominata anch'essa *adiudicatio*, si assegnava in proprietà singola ad un soggetto una cosa comune o parte di una cosa comune [n. 24 e 32].

(*f*[2]) La **estimazione giudiziale** (*litis aestimatio*) determinava forse anch'essa un acquisto del dominio quiritario, nel caso di azioni reali: ciò per effetto indiretto della pronuncia del giudice. A rigor di logica, infatti, quando il giudice privato pronunciava la condanna pecuniaria del possessore ingiusto nel valore della cosa in lite (cioè nella «*aestimatio litis*»), il convenuto acquistava, pagando il cd. valore di mercato (*pretium rei*), il dominio della cosa in contestazione.

Se anche questo effetto davvero si verificava in diritto classico, è difficile credere che l'acquisto immediato avesse luogo anche in ordine alle **cose mancipi**: almeno per queste è da ritenere che la estimazione giudiziale altro non fosse che una giusta causa di successivo acquisto per usucapione (*iusta causa usucapionis*). Comunque, in diritto giustinianeo la estimazione giudiziale come causa di acquisto della proprietà decadde, visto che ormai la condanna nella *rei vindicatio* aveva carattere di condanna in forma specifica [n. 27].

(*g*) Fatti di **occupazione** furono considerati tutti i casi in cui l'acquisto del dominio quiritario si operasse mediante la «presa di possesso» (*occupatio*) di una cosa effettuata con la volontà di divenirne il proprietario (cd. *ànimus occupandi*). Di per sé sola l'occupazione volontaria non implicava l'acquisto del dominio, ma era un atto (non negoziale) acquisitivo di possesso: l'acquisto del dominio si verificava a favore dell'occupante solo in relazione ad una cosa di nessuno (*res nullíus*), cioè non appartenente (o non piú appartenente) a nessuno [n. 13].

Erano considerate «cose di nessuno» (*nullíus*): *a*) l'«*insula in mari nata*», cioè l'isola emersa dalle onde del mare, sempre che altri non vi avesse posto per primo piede; *b*) le cose a disposizione di tutti (*res communes omnium*), di cui si acquistava il dominio se ed in quanto se ne occupassero parti limitate; *c*) gli animali selvatici (*ferae bestiae*), di cui si acquistava il dominio mediante *aucúpium* (caccia) o *piscàtio* (pesca); *d*) le cose trovate sul lido del mare: pietre, conchiglie, gemme (*res invèntae in litore maris*), purché non si trattasse di cose derivanti da naufragio (nel qual caso erano da tenere a disposizione, sino alla decorrenza dei termini per l'usucapione, di chi si presentasse a provarne il dominio); *e*) le cose dei nemici (*res hostium*), cioè le cose prese al nemico come bottino, che andavano a chi se ne impadronisse per primo, salvo che fossero bottino dello stato.

(*g*[1]) In ordine alla caccia (*aucúpium*) e alla pesca (*piscatio*), alcuni giuristi pensavano che l'acquisto si operasse solo nel momento della materiale presa di possesso dell'animale, mentre altri sostenevano che bastasse il fatto di averlo ferito e di essere in atto di inseguirlo per raccoglierlo. Non aveva rilievo, ai fini dell'acquisto nella caccia, la circostanza che questa fosse esercitata su terreno proprio o su

terreno altrui, sia pure senza autorizzazione del domino del fondo: questi poteva esercitare le azioni a tutela del suo dominio contro il cacciatore che avesse operato l'invasione, ma non aveva alcun diritto di reputarsi domino della cacciagione raccolta sul proprio fondo, a meno che si trattasse di animali costituenti il reddito normale del fondo stesso. Gli animali generalmente selvatici, ma praticamente addomesticati (*mansuefàcti*: ad es., i colombi), non potevano tuttavia essere cacciati, né comunque essere acquistati in *dominium* dal cacciatore, salvo che avessero perduto, allontanatisi dal fondo, l'istinto del ritorno (cd. «*animus revertendi*»).

(*g*[2]) Se non si trattava di *res nullius*, ma di **cose abbandonate** (*res derelictae*), cioè di cose (generalmente mobili) che fossero state inequivocabilmente lasciate per sempre, è discutibile in quali casi ed in che momento il dominio ne fosse perduto dal domino e fosse acquistato dall'occupante. Secondo alcuni giuristi, il *dominium* non si perdeva con la semplice e materiale dismissione della cosa (*derelictio*), ma si perdeva nel momento dell'occupazione da parte di chi raccogliesse l'oggetto abbandonato; viceversa, secondo la dottrina che finí per prevalere, il dominio si perdeva subito dal derelinquente, sempre però che si trattasse di un vero e definitivo abbandono delle cose stesse, e non di un rilascio provvisorio del loro possesso o di un loro involontario «smarrimento». D'altra parte, siccome vedremo tra un momento che il diritto classico pretese, senza eccezione alcuna, che le cose màncipi già appartenenti a qualcuno fossero acquistabili solo mediante *mancipatio*, *in iure cessio* o *usucapio*, finché ebbe rilievo la categoria delle cose mancipi le cose abbandonate si poterono acquisire con l'occupazione solo se si trattasse di cose non mancipi: in ordine alle cose mancipi, l'occupazione altro non era che il primo momento del periodo di tempo richiesto per la successiva usucapione (*tempus ad usucapionem*).

(*g*[3]) Fatto di occupazione era anche il **ritrovamento di un tesoro** (*invèntio thesàuri*), inteso questo come una quantità di monete (o di cose mobili pregiate) depositata in luogo segreto da tempo immemorabile, sicché non ne fosse piú reperibile il proprietario (*«vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non èxstat memoria, ut iam dominus non habeat»*). È probabile che, nei tempi piú antichi, il tesoro fosse considerato come accessione del fondo in cui era ritrovato; ma nel corso dell'età classica venne formandosi il concetto che esso dovesse spettare almeno in parte a colui che lo avesse ritrovato (*invèntor*). Piú precisamente, si ritenne: che il tesoro scoperto in fondo privato dal relativo domino fosse integralmente di costui; che il tesoro scoperto in fondo non proprio, ma a séguito di specifiche ricerche (*data òpera*), appartenesse integralmente al ritrovatore; che il tesoro scoperto per puro caso andasse per una metà al ritrovatore e per l'altra metà al privato o all'autorità pubblica o religiosa cui appartenesse il fondo. Ma si trattò di criterî non sempre e in tutto uniformi.

(*h*) Fatti di **usucapione** furono quelli per cui la proprietà si acquistava mediante il possesso civile (*«ad usucapionem»* appunto [n. 29]) della cosa per un certo periodo di tempo e col concorso di altri requisiti. L'acquisto per usucapione, ammesso già dalle XII Tavole, si verificava, ovvia-

mente, solo con riguardo alle cose suscettibili di dominio quiritario ed a favore di chi potesse essere domino.

Alcune leggi pubbliche proclamarono l'**inusucapibilità** di certe cose in certe condizioni. La *lex Atinia de rebus subreptis*, del II sec. a. C., dichiarò inusucapibili le cose rubate («*res furtivae*»); la *lex Plautia de vi*, del I sec. a. C., dichiarò inusucapibili le cose di cui ci si fosse impossessati con la violenza («*res vi possessae*»). Con ciò non solo si stabilí che l'usucapione non potesse operarsi a favore del ladro o dell'autore della violenza, ma si volle sancire la inerenza alla cosa stessa di un vizio oggettivo e intrinseco, che la rendeva inadatta all'usucapione da parte di chicchessia: a meno che si verificasse, sia pure per un solo attimo, il ritorno in possesso del domino (*reversio ad dominum*), fatto che sanava il vizio e rimetteva la cosa «infetta» in grado di formare oggetto di usucapione. Si profilò, per questa via, un nuovo requisito dell'*usucapio*: quello della «cosa usucapibile», cioè «atta all'usucapione» («*res habilis ad usucapionem*» [n. 48]).

(*i*) La **mancipazione** (*mancipatio*), il piú antico negozio di trasferimento, originariamente relativo al mancipio, valeva per l'alienazione del dominio quiritario sulle cose mancipi, ma non è da escludere che potesse essere utilizzata per trasferire il dominio sulle cose non mancipi (sebbene il fatto che essa includeva in sé una consegna rendesse del tutto inutile la formalità). Il rito si mantenne sempre quello antico. In presenza di cinque testimonî, cittadini romani e puberi, rappresentativi della comunità romana, e con l'assistenza di un sesto personaggio (chiamato *libripens*), che aveva in mano una bilancia (*libra*) per la pesatura del bronzo non coniato (*aes rude*), l'alienante (*mancipio dans*) e l'acquirente (*mancipio accipiens*) si fronteggiavano davanti all'oggetto da trasferire. L'acquirente, tenendo in mano un pezzetto di bronzo (*raudúsculum*), pronunciava la solenne appartenenza dell'oggetto, aggiungendo peraltro che l'affermazione del dominio era connessa con lo scopo di un'alienazione («*aio hanc rem meam esse ex iure Quiritium eaque mihi empta esto hoc aere aeneaque libra*»). A questo punto il pesatore (o, meno probabilmente, l'alienante) lo invitava a toccare la bilancia col suo rauduscolo («*rauduscolo libram ferito*»): rauduscolo che poi l'acquirente consegnava all'alienante a simbolo del prezzo.

La mancipazione era un negozio non passibile di clausole terminali o condizionali (*actus legitimus* [n. 19]). Ad essa potevano, peraltro, accompagnarsi delle separate pattuizioni a forma libera (*pacta* [n. 79]) e ad efficacia puramente obbligatoria (cd. «*leges mancipii*»), mediante le quali l'atto poteva essere orientato verso le finalità piú diverse e meno consentanee con quelle sue originarie di negozio di alienazione del dominio quiritario su una cosa mancipi.

In vece dell'oggetto, poteva essere portato sul posto un elemento rappresentativo dello stesso (per esempio, una tegola della casa da vendere, o una zolla del terreno da trasferire); anzi sembra che in diritto classico la presenza dell'oggetto fosse richiesta solo per le *res mobiles*. Del resto, in età storica la *mancipatio* non era più un autentico atto di alienazione, ma era un **negozio astratto** («*imaginaria venditio*» [n. 17]), che poteva essere utilizzato: *a*) a fini di trasferimento della *res* a titolo oneroso, nel qual caso l'acquirente procedeva contemporaneamente al versamento del danaro (e comunque al trasferimento di una cosa in corrispettivo all'alienante); *b*) a fini altresí di attribuzione gratuita di una cosa in *dominium ex iure Quiritium* («*donationis causa*»), nel qual caso si faceva «*nummo uno*», nel senso che l'acquirente versava all'alienante una monetina simbolica (*nummus unus*). A cominciare dalla fine del periodo preclassico si determinò, inoltre, l'usanza di redigere a scopo probatorio un documento scritto attestante il compimento dell'atto: documento («*testatio*» o «*instrumentum*») sigillato da tutti i personaggi che vi avessero partecipato.

Dalla *mancipatio* derivava *ipso iure*, a carico del mancipante, l'**obbligazione di garanzia** (*obligatio auctoritatis*): il *mancipio dans* era tenuto a garantire l'acquirente in ordine all'ipotesi che un terzo si presentasse ad esercitare la *rei vindicatio* della cosa mancipata e sino a che il *dominium* sulla cosa non fosse stato acquistato dal *mancipio accipiens* mediante *usucapio*. Quindi, se il terzo conveniva in giudizio l'acquirente con la *rei vindicatio*, l'acquirente faceva un'opportuna denunzia del fatto all'alienante, chiedendogli di «intervenire» nel giudizio («*liti subsistere*») per dimostrare di essere stato sino al momento della *mancipatio* il vero proprietario della cosa. Se l'alienante si rifiutava di dare questa assistenza all'acquirente («*auctoritatem defugere*»), o se l'acquirente rimaneva soccombente, subendo la cd. «evizione» (*evictio*), cioè la privazione della cosa, a lui spettava contro il *mancipio dans* l'«*actio auctoritatis*» *in duplum*, cioè un'azione intesa ad ottenere, a causa del mancato intervento a garanzia, il doppio del prezzo pagato (o del valore della *res*).

(*l*) La **cessione davanti al magistrato** (*in iure cessio*) fu un negozio traslativo del dominio quiritario, valevole sia per le cose mancipi che per le cose non mancipi. Si trattò, più precisamente, di un'utilizzazione dell'azione di rivendica (*rei vindicatio*: n. 45). Alienante e acquirente si recavano davanti ad un magistrato; ivi l'acquirente rivendicava simulatamente come suo l'oggetto che intendeva acquistare («*aio hanc rem meam esse ex iure Quiritium*») e l'alienante, anziché contrapporre la sua negazione, taceva: se, sollecitato dal magistrato a opporsi, egli continuava a tacere, al magistrato non restava altro che ritenere solennemente accertata l'appartenenza della cosa all'acquirente ed effettuare quindi l'assegnazione autoritaria (*addictio*) della cosa stessa a costui.

Come la *mancipatio*, anche la *in iure cessio* era, in tempi storici, un negozio astratto, che produceva cioè l'effetto traslativo indipendentemente dalla rilevazione in concreto di una ragione pratica ed economica per realizzarlo. Da notare che, dato

il carattere fittizio del processo, il *magistratus* poteva anche non essere il *praetor* (o altro magistrato giusdicente), purché fosse titolare di *imperium*, e poteva essere adíto anche *extra ius*, fuori dal luogo ove sorgeva il suo *tribúnal*.

(*m*) La **tradizione della cosa** (*tradítio «ex iusta causa»*), era la consegna della cosa stessa da un soggetto ad un altro. Essa determinava il trasferimento del dominio civilistico dal tradente all'accipiente se ed in quanto concorressero quattro requisiti: *a*) che la cosa fosse non mancipi; *b*) che la cosa si trovasse nel dominio quiritario del tradente; *c*) che il tradente volesse effettivamente trasferirla in dominio all'accipiente e che questi effettivamente manifestasse la volontà di accettarla; *d*) che sussistesse una circostanza oggettiva tale da giustificare, secondo l'ordinamento giuridico, il trasferimento della proprietà sulla cosa.

Tra le **giuste ragioni di trasferimento** (*iustae causae traditionis*) possono essere, ad esempio, annoverate: la *causa solvendi*, se la consegna di *res nec mancipi* era effettuata per estinguere (*solvere*) un'obbligazione; la *causa credendi*, se la consegna era relativa a danaro o ad altre cose fungibili allo scopo di crearsi un diritto di credito facendo un *mutuum* all'accipiente; la *causa dotis*, se la consegna era effettuata a fine di *datio dotis*; la *causa donationis*, se la consegna era effettuata a fine di arricchimento della controparte. Non erano invece *iustae causae traditionis*, e pertanto non comportavano il trasferimento del dominio: la donazione ad un coniuge [n. 36]; il deposito e il comodato (negozi traslativi della sola *detentio* [n. 71]); il *pignus* e la *depositio in sequestrem* (negozi costitutivi solo di *possessio ad interdicta* [n. 30]); ed altre.

Quanto al requisito della **consegna della cosa**, che avrebbe dovuto costituire il fondamento essenziale della *traditio*, attenuazioni numerose e di varia natura andarono diffondendosi nel corso dell'età preclassica e dell'età classica. Così, ad esempio: si affermò l'uso di considerare valida come *traditio* delle merci contenute in un magazzino la consegna delle chiavi del magazzino stesso (cd. «*traditio symbòlica*» della giurisprudenza medievale); si usò considerare valida come *traditio* di cose situate a una certa distanza la indicazione delle cose stesse dall'alto di una posizione eminente, senza necessità di toccarle e farle toccare materialmente (cd. «*traditio longa manu*»). Furono questi i casi iniziali di un lungo sviluppo, che portò alla formazione della «tradizione fittizia», di cui parleremo tra poco [n. 48].

45. *La tutela del dominio quiritario.* — I mezzi processuali fondamentali a tutela della situazione di domino quiritario furono, in primo luogo, quelli intesi a salvaguardare il dominio dalle **altrui aggressioni**, cioè dall'impossessamento della cosa operato da terzi, oppure dalla asserzione operata da terze persone di essere i veri titolari del dominio: *a*) l'azione di rivendica (con i connessi interdetto *quem fundum* e azione esibitoria); *b*) l'azione negatoria; *c*) in subordinata, l'*exceptio iusti dominii*. A parte questi

mezzi, altri ne furono contemplati, dal diritto civile o dal diritto onorario, per difendere il dominio quiritario dalle **altrui insidie**, cioè da attività esplicate da terzi, che ponessero in pericolo il pacifico e completo godimento della cosa: *d*) la cauzione di danno temuto; *e*) la denunzia di nuova opera; *f*) l'interdetto *quod vi aut clam*; *g*) l'azione per l'acqua piovana.

(*a*) Con l'**azione di rivendica** (*rei vindicatio*) il domino agiva contro colui che si fosse impossessato a proprio esclusivo favore della sua cosa, chiedendo di riottenerla in possesso o, quanto meno, di essere ripagato del valore della stessa sulla base dell'accertamento della sua situazione di domino quiritario (*dominus ex iure Quiritium*).

L' azione si esercitava, nei tempi piú antichi, con la procedura della *legis actio sacramenti in rem*. Ma questa procedura, come si è visto a suo tempo [n. 22], era troppo complessa e dispendiosa per poter essere conservata in epoche piú progredite. Sembra pertanto che ad essa le parti abbiano rinunciato ancor prima dell'introduzione della procedura formulare e che, in questo periodo di transizione, esse siano state solite discutere e risolvere le controversie di proprietà con l'espediente della **utilizzazione della** *sponsio* [n. 67] e della conseguente *legis actio per iudicis postulationem*: sistema della cd. «*legis actio per sponsionem*». Piú precisamente, il *dominus* civilistico spossessato della cosa, avendo interesse a riottenerne la disponibilità, prendeva l'iniziativa di farsi promettere dalla controparte, mediante il ricorso ad una *sponsio* (cd. «*sponsio praeiudicialis*»), il pagamento di una somma simbolica per il caso che gli riuscisse di dimostrare nel successivo giudizio il suo titolo di proprietà. Forte di questa «promessa pregiudiziale», egli citava quindi la controparte *in ius* con la *legis actio per iudicis postulationem*. Se il convenuto non operava il riconoscimento del suo diritto (mediante *confessio in iure*), la lite imperniata sulla *sponsio* e sul suo buon fondamento (vale a dire sull'accertamento del *dominium ex iure Quiritium* in ordine alla *res*) passava ad essere risolta dal *iudex* senza la necessità di pagare la dispendiosa *summa sacramenti*.

Anche **dopo l'adozione del sistema formulare**, la *rei vindicatio* poteva ancora esperirsi attraverso un sistema corrispondente all'antica *legis actio per sponsionem*, cioè mediante un'«*actio per sponsionem*», quindi mediante un'azione *in personam*. Tuttavia il procedimento di gran lunga prevalente divenne rapidamente quello della cd. «*formula petitoria*» (**formula di richiesta**), che era un'*actio in rem*. Senza bisogno di strappare una preventiva *sponsio* alla controparte, l'attore la conveniva *in ius* e davanti al magistrato affermava la sua qualità di *dominus ex iure Quiritium*, chiedendo la restituzione della cosa: in caso di diniego del convenuto, la «regola di giudizio» (il cd. *iudicium*) veniva pertanto ad essere formulata come un invito al giudice acché condannasse il convenuto al controvalore della cosa contesa ove gli risultasse che proprietario della cosa fosse effettivamente l'attore (ed ove il convenuto non prevenisse la condanna mediante la restituzione all'attore della cosa stessa).

(*a*^{1}) **Convenuto** nella rivendica era, di regola, il **possessore effettivo** della cosa al momento della litiscontestazione. Ad evitare astute manovre

del convenuto stesso per sottrarsi alla condanna, si ritenne che questa potesse essere chiesta e irrogata anche nei confronti del cd. **possessore fittizio** («*fictus possèssor*»), cioè: *a*) di colui che, per coprire il vero possessore della cosa, si fosse lasciato trascinare in giudizio, evitando di mettere in chiaro sin dall'inizio di non esserne possessore a proprio vantaggio («*qui liti se òptulit*»); *b*) oppure di colui che avesse maliziosamente trasferito ad altri il possesso della cosa all'unico scopo di sottrarsi alla rivendicazione («*qui dolo dèsiit possidére*»).

La rivendicazione nella formula petitoria era un'azione arbitraria [n. 23], cioè esigeva che il convenuto, se al giudice paresse aver egli torto, fosse da costui preventivamente invitato a decidere se restituire la cosa onde essere assolto (*arbitrium de restituendo*). Solo se non effettuava la restituzione della cosa il convenuto era da condannarsi al pagamento di una somma pari al **valore** che avesse la cosa rivendicata **nel momento della sentenza** del giudice (*quanti ea res erit*). L'«estimazione giudiziale» (*litis aestimatio*) del valore della cosa controversa (*lis*) era operata solitamente col ricorso ad un giuramento sul valore della cosa stessa (*iusiurandum in litem*), che il giudice deferiva all'attore: ed era questo un motivo di piú acché il convenuto fosse spinto ad evitare mediante la restituzione della *res* la condanna pecuniaria, che sarebbe stata presumibilmente assai alta.

Nel vecchio processo della *legis actio sacramenti in rem* il convenuto era tenuto a offrire dei garanti (*praedes*) della restituzione della cosa o del pagamento del suo valore in caso di soccombenza [n. 66]. Nel processo successivo egli doveva prestare, a titolo sostitutivo dei *praedes*, una **promessa personale** [n. 26], garantita però da terzi (quindi una *satisdatio*), e cioè: una «*cautio pro praede litis et vindiciarum*» nell'ipotesi di *actio per sponsionem*; oppure una «*satisdatio iudicatum solvi*» nell'ipotesi di *formula petitoria*. In caso di rifiuto di prestare la *satisdatio* (per iattanza o per impossibilità di trovare garanti solvibili), il **possesso della cosa** controversa era negato al convenuto e trasferito imperativamente all'attore, purché questi fosse disposto ad offrire a sua volta satisdazione (cd. «*translatio possessionis*»): in questa ipotesi l'attore era esentato dall'onere della prova e il convenuto, volendo riottenere il possesso della cosa, era tenuto egli stesso a provare (come se fosse l'attore) il fondamento del suo titolo di proprietà. Naturalmente, le parti potevano anche rinunciare alla *satisdatio*, accontentandosi di una semplice *repromissio*.

Nella procedura «*per formulam petitoriam*» il possessore era tenuto a restituire all'attore **anche i frutti** (*fructus*) che la cosa avesse prodotto. Se il possesso era stato iniziato in buona fede, i frutti da restituire erano quelli percepiti dopo la *litis contestatio*; se il possesso era stato iniziato in mala fede, erano da restituire anche i frutti percepiti prima della *litis contestatio*, cioè sin dal momento dell'impossessamento. Nel diritto giustinianeo, in cui la procedura formulare aveva ceduto il po-

sto alla procedura straordinaria, il possessore di mala fede era tenuto a restituire non soltanto i frutti raccolti (*percèpti*), ma anche quelli raccoglibili (*percipièndi*), cioè quelli che egli avrebbe potuto ottenere dalla cosa se l'avesse sfruttata piú razionalmente.

Per ciò che riguarda le spese incontrate dal convenuto durante il possesso della cosa (*impensae*), il *ius honorarium* ammise che al convenuto si dovessero risarcire quelle necessarie ed utili (ma in nessun caso quelle voluttuarie), purché risultasse essere stato possessore in buona fede, e a questo fine gli accordò un'*exceptio doli* da opporre all'attore; dell'*exceptio doli* non vi fu piú bisogno nel *ius novum* postclassico, dato che il risarcimento delle spese era calcolato direttamente dal giudice in sentenza. In diritto giustinianeo, al possessore, sia di buona che di mala fede, si riconobbe il diritto al recupero, in ogni caso, delle spese necessarie: al possessore di buona fede si riconobbe, in piú, il diritto al rimborso delle spese utili (nella somma minore tra lo speso ed il migliorato); a tutti e due si riconobbe un «*ius tollendi*», cioè un «diritto di asporto» dalla cosa di tutte le accessioni che vi fossero state operate, sempre che questa asportazione non implicasse un danneggiamento della cosa nel suo complesso.

(*a*[2]) Il punto debole del processo rivendicatorio era costituito, quanto meno nella procedura formulare, dalla **mancata difesa** (*indefensio*) del convenuto, cioè dal fatto che il convenuto si rifiutasse di addivenire alla litiscontestazione in ordine alla formula giudiziale proposta dall'attore e avallata dal magistrato giusdicente. Per costringere indirettamente il convenuto a non sottrarsi al processo e a difendere il suo possesso («*rem defèndere*») o almeno ad effettuarne il trasferimento («*translàtio possessiònis*») all'attore, furono creati due **mezzi processuali complementari** un interdetto per la restituzione delle cose immobili, oppure un'azione per l'esibizione delle cose mobili.

L'**interdetto** «*quem fundum*» (cosí denominato dalle parole iniziali della formula) era un interdetto restitutorio relativo alle cose immobili. Con esso il magistrato ordinava al convenuto di restituire la cosa (*restitúere rem*), cioè di trasferire il possesso all'attore. Se il convenuto non possedeva la cosa, né aveva fatto dolosamente in modo da perderne il possesso, gli bastava resistere all'ordine interdittale, sicuro di essere assolto nel procedimento di cognizione ad esso conseguente. In caso contrario, il suo interesse era (potendo ancora farlo) di trasferire il possesso della cosa all'attore (con la riserva di agire in rivendicazione contro di lui in un secondo tempo), oppure di decidersi ad accettare, cosí come pronunciatagli dall'attore, la formula giudiziale della rivendica: altrimenti sarebbe stato condannato nel processo interdittale.

L'**azione esibitoria** (*actio ad exhibèndum*) era relativa alle sole cose mobili (schiavi compresi) ed offriva al rivendicante una garanzia anche maggiore dell'interdetto. Di fronte alla mancata difesa del convenuto, l'attore, se la cosa contestata non era già stata portata davanti al magistrato, passava ad esercitare nei suoi con-

fronti un'azione personale arbitraria, con la quale chiedeva la consegna della cosa o, in mancanza, la condanna di lui al controvalore della cosa al momento della sentenza giudiziale (*quanti ea res erit*). Se il convenuto non possedeva la cosa, né aveva fatto dolosamente in modo da perderne il possesso, egli non aveva che da resistere alla nuova azione; in caso contrario, gli conveniva (potendo ancora farlo) operare subito la restituzione, oppure decidersi a difendersi. E finalmente, se egli si rifiutava di contestare la lite in ordine all'azione personale, scattavano a suo danno le conseguenze dell'esecuzione personale (*duci iubère*) o dell'immissione della controparte nel patrimonio (*missio in bona*).

(*b*) L'**azione negatoria** (*actio negatoria*) era promossa dal domino contro colui che proclamasse illecitamente la titolarità di un diritto reale limitato sulla cosa, e piú precisamente la titolarità di una servitú o di un usufrutto [n. 50-54]. Essa mirava a contestare l'esistenza di questo diritto e ad affermare la piena libertà della cosa da ogni vincolo estraneo al potere assorbente del domino: si chiamava «negatoria» appunto perché caratterizzata dalla negazione di un diritto reale sulla cosa. Alla condanna nel valore della cosa al momento della sentenza (*quanti ea res erit*), il convenuto poteva sottrarsi con la restituzione della cosa stessa. Nell'ipotesi di mancata difesa del convenuto, erano a disposizione dell'attore, come per la rivendicazione, l'interdetto «*quem fundum*» o l'azione *ad exhibendum*.

(*c*) Il domino poteva anche opporre un'**eccezione di giusto dominio** (*exceptio iusti dominii*) a chi, ritenendo il suo dominio infondato e ritenendosi domino in vece sua, gli contestasse la disponibilità della cosa mediante una rivendicazione. Generalmente egli seguiva questa via, sobbarcandosi all'onere della prova (e rinunciando alla comoda posizione processuale del convenuto, che si limitava a negare la pretesa dell'attore), quando aveva motivo di temere che il pretore volesse favorire le ragioni dell'attore: ad esempio, quando gli premesse di dimostrare di essersi reimpossessato per un giusto motivo della cosa mancipi di sua proprietà dopo averla precedentemente venduta e consegnata (*vèndita ac tràdita*) alla controparte (attrice, in questo caso, come diremo tra poco [n. 47], con l'azione *Publiciana*).

(*d*) La **cauzione di danno temuto** (*cautio damni infècti*) era una stipulazione pretoria consistente in una solenne promessa (*cautio*) garantita un terzo (dunque una *satisdatio*) con la quale chi fosse proprietario di un edificio in pericolo o costruisse azzardatamente un edificio sul proprio fondo assicurava al domino del fondo o dell'edificio vicino di risarcirgli il danno che sarebbe potuto derivare al suo fondo o al suo edificio da eventuali crolli: un danno «non fatto» (*infèctum*), ma soltanto temuto.

Se si verificava l'ipotesi del danno, il *dominus* garantito da questa *cautio* non aveva che da esercitare l'*actio ex stipulatu* contro il *promissor* (o, subordinatamente, l'azione adeguata contro il garante di costui). Se però il proprietario del fondo da cui partiva il pericolo si rendeva assente *in iure* o ivi si rifiutava di prestare la *cautio*, il pretore elargiva all'interessato una *missio in possessionem* nell'immobile di lui, con l'effetto di renderlo «compossessore» dello stesso insieme al proprietario. Se infine, passato un anno, il proprietario del fondo insisteva ancora nel sottrarsi alla *cautio*, il pretore elargiva all'interessato una nuova e piú efficace *missio in possessionem* («*missio ex secundo decreto*»), mediante la quale egli era immesso nel possesso esclusivo (e *ad usucapionem*) dell'immobile.

(*e*) La **denunzia di nuova opera** (*operis novi nuntiàtio*) risaliva al diritto arcaico e consisteva, nel sistema del diritto onorario, in un'esplicita diffida extragiudiziale (cioè fatta fuori del tribunale pretorio) a chi avesse intrapreso (sempre che non l'avesse ancora portata a compimento) una costruzione o una demolizione su suolo pubblico o privato, affinché si astenesse dal continuarla e la eliminasse.

Il «*nuntians*», autore della diffida, si limitava ad **identificare**, nel sito e nelle caratteristiche, la nuova opera (l'*opus novum*) e ad **asserire** (senza necessità di provarlo) di essere titolare al riguardo di un diritto di opposizione (di un «*ius* [*opus novum*] *prohibendi*»), cioè di un interesse giuridicamente rilevante a che l'opera non fosse eseguita (interesse derivantegli, ad esempio, dalla omessa osservanza delle prescrizioni sulle modalità e i limiti di quel certo tipo di costruzione o demolizione, oppure dalla mancata prestazione della *cautio damni infecti* da parte del costruttore, e via dicendo). Il «*nuntiatus*», destinatario della diffida, se non intendeva interrompere la nuova opera, asseriva a sua volta l'inesistenza del *ius prohibendi* del *nuntians* e si faceva dare dal *praetor* un *decretum* di **autorizzazione a proseguire** (provvisoriamente e a tutto suo rischio) i lavori. Di fronte a questo atteggiamento del *nuntiatus*, il *nuntians* poteva tornare alla carica, chiedendo al magistrato un **interdetto demolitorio** (*interdictum demolitorium*) che ordinasse espressamente al *nuntiatus* la restituzione allo stato pristino, e quindi la demolizione del già costruito: il susseguente procedimento interdittale accertava se il *nuntians* avesse ragione (ed eventualmente, ove egli avesse torto, stabiliva quale risarcimento fosse tenuto a pagare per la sua incauta e ritardatrice *nuntiatio*). Per poter proseguire i lavori in attesa della definizione del procedimento interdittale, il *nuntiatus* doveva prestare una promessa di risarcimento di ogni possibile danno («*cautio ex operis novi nuntiatione*»).

(*f*) L'*interdictum quod vi aut clam* (cosí denominato dalle parole iniziali della formula) era pronunciato, su richiesta di chiunque (anche se non *dominus*) dimostrasse di avervi un interesse giuridicamente rilevante, contro chi avesse già compiuto (su un fondo che fosse o si ritenesse altrui) opere illecite di nascosto (*clam*), oppure resistendo ad un precedente invito a desistere (*vi*). Si trattava di un interdetto restitutorio: dunque il convenuto era chiamato a rimettere le cose in pristino.

(*g*) L'*actio aquae pluviae arcendae* (azione per il contenimento dell'acqua piovana), prevista già dalle XII Tavole, era concessa al domino di un fondo contro il

vicino, se a causa di lavori compiuti sul fondo di costui («*opus manu factum*») si fosse determinato un afflusso o un maggior afflusso di acque piovane sul fondo di lui. Il vicino era tenuto a risarcire all'attore ogni spesa incontrata dal proprietario del fondo invaso dall'acqua per evitare il danno e rimettere le cose al loro posto.

46. *La potestà padronale sugli schiavi.* — Manifestazione particolare del dominio quiritario fu la cd. **potestà padronale** o dominicale (*domínica potestas*: spesso, peraltro, denominata semplicemente *dominium* o *potèstas*) sugli schiavi. Gli schiavi (*servi*), anche se erano in linea di massima equiparati alle cose, erano pur sempre esseri umani (*personae*), e di qui derivò qualche anomalia del potere dominicale spettante su di essi al soggetto giuridico (il quale poteva essere, si ricordi, sia maschio sia femmina): anomalia che faceva pensare piuttosto alla potestà familiare, che non al vero e proprio dominio.

Di tutto ciò cercheremo di rendere conto, mediante: *a*) un breve riepilogo della storia della schiavitú in Roma; *b*) qualche precisazione sulla condizione giuridica degli schiavi; *c*) l'indicazione dei modi di costituzione e di estinzione della schiavitú; *d*) una trattazione piú particolareggiata delle modalità e degli effetti dell'affrancazione (*manumissio*).

(*a*) L'**evoluzione storica della schiavitú in Roma** può essere approssimativamente tratteggiata in tre fasi: *a*) quella originaria, corrispondente al periodo arcaico; *b*) quella della massima fioritura, corrispondente ai periodi preclassico e classico; *c*) quella della decadenza, corrispondente al periodo postclassico.

(*a*1) Nel **periodo arcaico** ed anche oltre, cioè sino a che si realizzò il primo assestamento della *respublica* nazionale romana (fine del sec. IV a. C.), la schiavitú fu in Roma un istituto universalmente e pacificamente accettato in astratto, ma un fenomeno praticamente molto poco diffuso. Ciò principalmente per due ragioni. In primo luogo, era ancora magra la fonte principale dello schiavismo, costituita dalle guerre vittoriose: gli scontri con Latini, Etruschi e talune popolazioni campane si erano svolti con molta fortuna per Roma, ma su scala limitata dal punto di vista delle masse impiegate e, sopra tutto, nel quadro di una politica essenzialmente distensiva, che implicava scambi di prigionieri e concessioni di cittadinanza, sia pure senza diritto di voto (*sine suffragio*), alle popolazioni debellate (specialmente a quelle del ceppo latino). In secondo luogo, ed in concorso con la prima causa ora accennata, mancava in Roma una precisa esigenza del lavoro schiavistico: ai limitati impieghi della pastorizia, dell'agricoltura di tipo elementare, della semplice vita delle *familiae* erano generalmente sufficienti i *filii familiarum* e i *liberi in mancipio* acquistati presso altre famiglie che avessero figliolanza in esubero. Inoltre vi erano, a titolo complementare, le masse ancora consistenti dei *plebeii* non abbienti, sempre disponibili questi ultimi, sopra tutto in città, per le prestazioni piú varie (particolarmente per quelle artigianali) in cambio di modeste remunerazioni.

Fu in quest'epoca appunto che prese piede l'istituto della *manumissio iure civili* (quella poi detta *iusta ac legitima*) come atto di liberazione dal *mancipium* (o *manus* che dir si voglia) di coloro che, essendo stati già liberi e cittadini (o quanto meno di stirpe strettamente affine a quella romana, come i *Latini*), fossero passati a servire in una *familia* che non era la propria per integrarne le forze di lavoro: nulla di strano e di sorprendente che, nei limitati casi in cui questi *mancipia* non fossero già *cives*, la *manumissio* li rendesse tuttavia, oltre che liberi, anche cittadini.

(*a*[2]) Sul piano pratico, il fenomeno della schiavitú esplose, durante il **periodo della *respublica* nazionale**, solo nella fase delle conquiste: prima della Campania e dell'Italia centrale (ca. 327-283 a. C.), poi dell'Italia meridionale (ca. 282-270 a. C.), poi ancora della Sicilia, del Mediterraneo occidentale, di quello orientale, e insomma di tutto il mondo conosciuto che valesse la pena di assoggettare. In questo riscontro storico: da un lato, venne ulteriormente meno, sin quasi ad esaurirsi, la disponibilità delle forze di lavoro familiari e di quelle libere, essendo esse assorbite nelle continue guerre e nelle necessità di colonizzare o di presidiare i territori di conquista; dall'altro lato, l'afflusso degli schiavi di guerra (e per di piú appartenenti a popoli considerati in ogni senso estranei alla romanità) fu cosí ingente, da rendere addirittura svantaggioso il ricorso al lavoro libero e remunerato. L'economia romana fu pertanto progressivamente impostata sulla base del lavoro schiavistico in tutte le sue manifestazioni (sia in città che in campagna e nei latifondi, sia nelle attività agricole che in quelle commerciali marittime e terrestri, sia infine nelle prestazioni intellettuali dei pedagoghi, dei medici, degli amministratori d'azienda e via dicendo). Se e quando le esigenze di *servi* non fossero direttamente soddisfatte, sul piano della quantità o su quello della qualità, dalle guerre vittoriose, sovvenne su larga scala il ricorso al mercato internazionale degli schiavi, fortemente alimentato dalla pirateria non romana, sicché il lavoro libero si svalutò al punto da essere utilizzato solo là dove particolari condizioni di pericolo o di disagio rendessero piú conveniente pagare un modesto e temporaneo salario, anziché rischiare il capitale investito nella proprietà dei *servi*.

A questa situazione cosí diversa da quella dei tempi piú antichi il *ius civile vetus*, peraltro, non seppe adeguarsi. L'istituto tradizionale della *manumissio*, con quel suo caratteristico effetto di rendere l'affrancato libero e (ove già non lo fosse) anche cittadino, non fu abolito ed il *ius publicum* preclassico intervenne, a tutela della nazionalità romana, solo con leggi intese a gravare di un forte tributo le *manumissiones* ed a limitare in varî modi la capacità pubblica e privata dei *liberti*. Nel successivo periodo classico numerosi provvedimenti normativi di vario tipo, tutti ispirati dai *principes*, operarono ancora piú incisivamente nel frenare le affrancazioni inconsulte, negando la cittadinanza romana agli schiavi che non fossero stati liberati nei modi solenni del *ius civile*; ma si trattò di un rimedio di scarsa portata, ampiamente neutralizzato dalle concessioni elargite in cambio ai *liberti* (sopra tutto a quelli imperiali) e dallo scadimento progressivo dei valori della nazionalità romana.

(*a*[3]) Il **periodo postclassico** (ma, sia ben chiaro, già in parte la fase tarda del periodo classico) registrò, in concomitanza con l'esaurirsi delle grandi conquiste, la

decadenza del fenomeno della schiavitú. Gli apporti di schiavi si ridussero notevolmente, elevandosi con ciò il prezzo della merce-schiavo sui mercati; d'altro canto, si moltiplicarono le istanze dei *servi* (istanze già numerose e pressanti nel periodo precedente) sia per una congrua remunerazione del loro lavoro (con la conseguente moltiplicazione dei *peculia servorum*), sia per l'affrancazione, spesso da loro stessi pagata utilizzando i *peculia*, dopo un certo periodo di soggezione. Il cristianesimo indubbiamente favorí questo processo, pur essendo ben lontano, quanto meno nei fatti, dal combattere l'istituto della schiavitú come tale. Fu giocoforza pertanto che l'economia romana tornasse ad orientarsi verso il lavoro libero come surrogato di quello schiavistico, e su questa strada cercarono di porsi gli imperatori con le loro illusorie, e comunque effimere, politiche di dirigismo economico. Di qui sorse e si propagò, nel mondo postclassico, quel largo e vario ceto dei «semiliberi» [n. 10], vincolati alla terra o ai mestieri, che, in luogo degli schiavi mancanti, furono sfruttati, nella decadenza economica generale, per dare in qualche modo alla produzione l'alimento di lavoro di cui essa aveva bisogno.

(*b*) La **condizione giuridica degli schiavi** (*status servorum*) era, come si è detto a suo tempo [n. 13], quella delle cose mancipi. Ma si trattava, per molteplici riguardi, di oggetti giuridici del tutto particolari.

(*b*1) Durante la schiavitú i *servi* erano, all'interno della *familia*, su un piano non diverso da quello dei *filii*, delle *uxores in manu* e dei *liberi in mancipio*, tanto vero che con i *filii* essi erano accomunati nella dizione di ***personae in potestate*** [n. 8]: al *dominus* (e anche alla *domina*) spettava quindi su di essi il *ius vitae ac necis*, il *ius vendendi* e il *ius noxae dandi* [n. 34].

Se utilizzati nella *domus*, cioè prevalentemente in città (o nella sede di una *colonia civium Romanorum*) e alle dirette dipendenze del *dominus*, gli schiavi costituivano la cd. *familia urbana* (*servorum*), con una varietà di impieghi (manuali, artigianali, culturali, amministrativi) che poteva essere, in relazione al rilievo sociale ed economico del padrone, anche molto vasta e che portava spesso i piú dotati al godimento, in pratica, di un trattamento identico a quello dei sottoposti liberi: possibilità di essere utilizzati come sostituti del *dominus* (con connessa attribuzione di una «mera capacità di agire»); incarichi di fiducia (e spesso di speciale delicatezza) nell'amministrazione domestica; facilità di ottenere adeguate retribuzioni e di crearsi un *peculium servile* (del quale potevano far parte persino altri schiavi); conseguente facilità di essere affrancati (non di rado riscattandosi col *peculium*) dopo un certo periodo di tempo e di passare allo stato di *liberti*, eventualmente come *exercitores*, come *institores*, o addirittura come *procuratores omnium bonorum* dei loro antichi padroni.

Se utilizzati dai ricchi proprietarî fondiari a distanza, particolarmente nelle *villae* rustiche e nei *latifundia*, gli schiavi integravano una *familia rustica* (*servorum*), tra le poche o molte di cui i loro *domini* disponessero, e si trovavano alle dirette dipendenze dell'amministratore relativo, il «*vilicus*», che era spesso un liberto o addirittura uno schiavo di rango superiore. Il trattamento cui i *servi* venivano sottoposti era sovente, in tal caso, assai crudo, determinando in essi stimoli di astensione dal

lavoro o addirittura di rivolta e, per controreazione, repressioni severissime, sino alla morte.

In ogni caso era preclusa ai *servi*, sul piano giuridico, la possibilità del *matrimonium* e della potestà sui propri figli. La loro unione era detta *contubèrnium*, cioè mera «convivenza», ed era in astratto (anzi, nelle *familiae rusticae*, anche talvolta in concreto) trattata, sopra tutto quanto ai «frutti», cioè ai figli, alla stessa stregua delle unioni tra animali subumani (i figli spettavano, dunque, al padrone).

(*b*2) La mancanza di efficienti mezzi di **identificazione degli schiavi** (i quali, almeno questo, non erano certo marchiati a fuoco come oggi gli animali subumani) dava luogo a numerosi casi di dubbio e di controversia, per dirimere i quali si ricorreva ad uno speciale procedimento di accertamento, la cd. ***causa liberalis***, risalente ai tempi piú antichi. Chi volesse sostenere che una persona apparentemente libera era in realtà un proprio *servus* esercitava contro di lei una «*vindicatio in servitutem*», accollandosi ovviamente il difficile onere della prova. Viceversa chi (solitamente un amico dell'interessato) volesse sostenere che una persona apparentemente schiava era in realtà libera esercitava contro il *dominus* una «*vindicatio in libertatem*», di cui parleremo tra poco (*sub d*). Augusto affidò le delicate questioni della *causa liberalis* ad un «*praetor liberalium causarum*» e la procedura si svolse nel periodo classico prevalentemente *extra ordinem*.

(*c*) **Fatti costitutivi** della situazione di schiavo erano: *a*) la prigionia di guerra (*captívitas*) dello straniero (*peregrinus*) o dell'ex cittadino che avesse subito la perdita della cittadinanza (*amíssio civitatis*); *b*) la nascita da schiava (*ex ancilla*), cioè da donna che fosse schiava al momento del parto; *c*) la riduzione in schiavitú del cittadino per provvedimento di governo (es.: per condanna implicante la cd. *servitus poenae*); *d*) in diritto postclassico, infine, la «revoca in schiavitú» (*revocatio in servitutem*) del liberto che si fosse mostrato «ingrato» nei confronti del patrono. Essendo la *servitus* uno stato personale, non vi era possibilità di sottrarvisi con la fuga: anche se si trattava di un marchio puramente ideale, cioè non visibile, esso tale era e tale rimaneva sino alla sua estinzione.

Fatti estintivi della schiavitú erano: *a*) la morte dello schiavo; *b*) la «concessione della libertà» in forza di speciali provvedimenti di governo; *c*) in periodo postclassico, la prescrizione lunga (*longi temporis praescriptio*); *d*) ma sopra tutto la manumissione, cioè un atto di «affrancazione» deciso dal domino.

(*d*) È sull'istituto della **manomissione** (*manumissio*) che occorrerà ora fermarsi, per illustrarlo nei suoi varî aspetti, di manomissione a effetti pieni e di manomissione a effetti limitati.

(*d*1) Modi di **affrancazione piena secondo il diritto civile** (cd. *manumissiones iustae ac legitimae*), che sortivano l'effetto caratteristico di far

divenire il servo, al tempo stesso, libero e cittadino romano, furono tre: *a*) l'**affrancazione giudiziale** (*manumissio vindicta*), la quale si operava mediante una finta rivendicazione della libertà dello schiavo (*vindicatio in libertatem*) e con forme ancorate alla procedura dell'azione di legge: davanti ad un magistrato munito di imperio (anche non giusdicente: ad esempio, un console) un amico del domino in veste di assertore della libertà (*adsèrtor in libertatem*) toccava lo schiavo con una festuca (*vindicta*) e proclamava che egli era invece libero («*hunc ego hominem liberum esse aio*»), dopo di che il magistrato, nel silenzio del domino, pronunziava l'assegnazione alla libertà (*addictio in libertatem*) dello schiavo; *b*) l'**affrancazione per censimento** (*manumissio censu*), la quale si operava dal domino autorizzando lo schiavo, all'atto del censimento, a farsi iscrivere dai censori nelle liste censuali degli uomini liberi; *c*) l'**affrancazione testamentaria** (*manumissio testamento*), la quale conseguiva ad una apposita disposizione testamentaria del domino («*Stichum servum meum liberum esse iubeo*» [n. 92]). Se la manumissione testamentaria era stata subordinata al verificarsi di una condizione sospensiva, il manomesso era considerato, in omaggio al favore per la libertà (*favor libertatis*), in uno stato di provvisoria libertà sino al momento del verificarsi della condizione ed era denominato statolibero (*statuliber*).

(*d*2) **Affrancazioni a efficacia ridotta** furono: *a*) le cd. manomissioni di diritto onorario; *b*) certe manomissioni limitate da apposite leggi pubbliche o dal diritto nuovo.

Le **affrancazioni di diritto onorario** (*manumissiones iure praetorio*) erano affrancazioni non solenni, che prescindevano dalle rigide forme e, quindi, dalle remore e cautele del diritto civile. Si soleva, infatti, già nel periodo preclassico, affrancare gli schiavi con dichiarazioni rese alla presenza di testimonî (*inter amicos*) o con dichiarazioni scritte a forma libera (*per epistulam*): nel qual caso il pretore, per dare una qualche rilevanza giuridica a questi atti (che per diritto civile erano privi di ogni validità), soleva concedere agli affrancati eccezioni e azioni onorarie contro coloro (a cominciare eventualmente dallo stesso domino) che si rifiutassero di considerarli nella pratica condizione di liberti. Senonché tali liberti, anche se erano piú o meno largamente equiparati ai cittadini dal punto di vista privatistico, non avevano i requisiti formali per godere anche del diritto di voto e dell'accesso alle cariche pubbliche.

Non tanto per salvaguardare gli ormai scaduti valori della nazionalità romana, quanto per evitare che il privilegio della situazione di cittadino

romano fosse elargito a troppi titolari, Augusto e Tiberio, in ciò seguiti da tutto il diritto nuovo imperiale, promossero pertanto l'emanazione (formalmente su richiesta dei consoli) di tre fondamentali **leggi limitative delle affrancazioni**: *a*) la legge Fufia Caninia (2 a. C.), che vietò ai domini di manomettere per testamento piú di una certa quota dei loro schiavi; *b*) la legge Elia Senzia (4 d. C.) che proclamò nulle le manomissioni operate allo scopo di rendersi insolventi e di danneggiare con ciò i proprî creditori («*in fraudem creditorum*» [n. 89]), assegnò la qualifica deteriore di Latini a certi schiavi manomessi poco giustificabilmente e dette la qualifica ancora peggiore di deditizî, cioè di stranieri arresisi a discrezione (cd. «*dediticii Aeliani*»), ai manomessi che avessero compiuto in istato di schiavitú alcuni crimini particolarmente gravi; *c*) la legge Giunia Norbana (19 d. C.) che dette infine riconoscimento formale alle affrancazioni non solenni (*inter amicos* o *per epistulam*), ma assegnò agli affrancati la qualifica deteriore di Latini (cd. «*Latini Iuniani*») [n. 10].

In periodo postclassico le affrancazioni non solenni («*inter amicos*», «*per epistulam*») si diffusero sempre piú e furono incrementate, nell'uso corrente, da un altro modo: la «*manumissio per mensam*» o «*convivii adhibitione*», cioè operata per sfoggio di opulenza durante un banchetto, fermo restando il riconoscimento agli affrancati della qualifica di *Latini Iuniani*. Si affermò inoltre una forma privilegiata: la «*manumissio in ecclèsia*», che consisteva in una dichiarazione pubblica di affrancazione fatta in chiesa, davanti al capitolo sacerdotale, e che faceva acquistare la piena cittadinanza romana all'affrancato. Ogni differenza fu eliminata da Giustiniano, che fece conseguire a tutti i tipi di *manumissi* la *civitas Romana*.

47. *I rapporti affini al dominio quiritario.* — Rapporti affini al dominio quiritario, venutisi a configurare tra l'età preclassica e quella classica ed esauritisi nella successiva età postclassica, furono due istituti del diritto onorario: *a*) la proprietà pretoria (*in bonis habere*); *b*) la proprietà provinciale (*possessio vel ususfructus provincialis*). Si trattò: *a*) nel primo caso, di un espediente di «supplenza» del dominio quiritario; *b*) nel secondo caso, di un espediente di «imitazione» dello stesso.

(*a*) La **proprietà pretoria** è l'espressione con la quale indicheremo quella che era solo una perifrasi (*in bonis habere*: letteralmente, l'«avere nel patrimonio») volta ad indicare il fatto che un soggetto giuridico avesse una certa cosa nel suo patrimonio (nei suoi *bona*) in guisa analoga a quella di un oggetto del suo dominio quiritario. Il soggetto del rapporto era tale non perché fosse veramente domino quiritario della cosa, ma perché il diritto onorario trovava equo, a certe condizioni, equipararlo

nella tutela processuale a un domino civilistico. Altro modo moderno per indicare il rapporto è quello di «dominio bonitario».

L' istituto si profilò, sullo scorcio del periodo preclassico, per effetto della iniziativa assunta dai pretori giusdicenti di favorire certi possessori di una cosa in attesa di usucapione della stessa (*possessores ad usucapionem*), accordando ad essi senza indugio una tutela processuale analoga a quella che sarebbe loro spettata se e quando fossero diventati domini civilistici. In età classica la giurisprudenza lo valorizzò sino al punto di considerarlo un **rapporto assoluto reale** in senso proprio: *a*) a carattere **provvisorio** (valevole cioè sino all'acquisto del dominio civilistico sulla cosa per usucapione); *b*) a carattere **sostitutivo** (in questo periodo di attesa) del dominio quiritario; *c*) a carattere addirittura **prevalente sul dominio civilistico** in caso di conflitto tra possessore pretorio e domino civilistico. Il motivo di tanto favore accordato (anche nei confronti del proprietario ufficiale) a chi avesse la cosa in possesso fu che, in certi casi ben determinati, parve equo proteggere processualmente chi si fosse correttamente comportato sul piano sociale ed economico nell'acquistare la cosa e avesse mancato di divenirne domino civilistico esclusivamente per vizi di carattere formale: sino a che non si fosse verificata (in uno o due anni) l'usucapione della cosa, e cioè sin tanto che il possessore non si fosse trasformato per questa via in domino civilistico, il possessore era protetto dal magistrato giusdicente come se fosse il vero proprietario della cosa.

(*a1*) L' **ipotesi tipica e originaria** della proprietà pretoria fu costituita dalla alienazione di una cosa mancipi quando fosse stata fatta senza la formalità richiesta a questo scopo (cioè omettendo di utilizzare i negozî della *mancipatio* o della *in iure cessio*, ma ricorrendo ad una semplice *traditio*). Il fenomeno, decaduta l'importanza delle cose mancipi, era praticamente frequente (sopra tutto per le cose mobili) e comportava, a rigore di diritto civile, che l'accipiente non acquistasse il dominio quiritario, ma conseguisse soltanto un «titolo» per la usucapione della cosa. Siccome non era equo che, essendo mancata o non essendo risultata valida una formalità oramai ritenuta dalla coscienza sociale pressoché superflua, l'accipiente della cosa mancipi fosse esposto, nel tempo occorrente al compimento dell'usucapione, al rischio di subire l'azione di rivendicazione del dominio civilistico (oppure al pericolo di non poter chiedere la restituzione della cosa o il pagamento del suo valore a chi lo avesse spossessato della stessa), il pretore giudicò opportuno tutelare con mezzi speciali, sino al momento della usucapione, l'«aspettativa di dominio» dell'accipiente.

(*a*2) Per il caso che il domino esperisse la rivendicazione, fu concessa pertanto all'acquirente un'**eccezione di avvenuta alienazione e consegna** (*exceptio rei venditae et tràditae*), la quale serviva a paralizzare l'azione nell'ipotesi che al giudice risultasse provato che la cosa era stata oggetto di un negozio avente la finalità della sua alienazione (per es., di una compravendita) e che la cosa stessa era stata liberamente consegnata (*tràdita*) dall'alienante all'acquirente, venendo perciò a far parte in modo socialmente ed economicamente corretto del patrimonio del primo.

(*a*3) Per il caso che l'acquirente dopo aver ricevuto la cosa dall'alienante, ne fosse stato spossessato o da lui o da altri, non potendoglisi riconoscere il diritto di esperire la rivendicazione, gli si concesse contro il possessore un'azione fittizia [n. 23] denominata **azione Publiciana** (*actio Publiciana*). L' azione aveva una formula perfettamente identica a quella della rivendicazione, ma conteneva in piú l'invito al giudice privato di «fingere» che il consegnatario della cosa venduta avesse già maturato a proprio favore il termine per l'usucapione, e fosse perciò per questa via divenuto ormai domino quiritario.

Se l'azione Publiciana era esercitata dal soggetto favorito dal pretore contro lo stesso l'alienante, che si fosse nuovamente impossessato della cosa di cui era domino civilistico, costui poteva opporre l'eccezione di giusta proprietà (*exceptio iusti dominii* [n. 45]), ma l'attore della Publiciana aveva la possibilità di contrapporre utilmente la replica (*replicatio*) di avvenuta alienazione o anche una replica di dolo.

Dall'ipotesi originaria di alienazione di una *res mancipi* senza le richieste formalità, ma con *traditio* della *res* al compratore, si passò, col tempo, ad altre **applicazioni dell'*actio Publiciana*** nelle seguenti ipotesi analoghe: *a*) quella della *traditio* di *res mancipi* fatta a titolo di donazione, di costituzione di dote, e cosí via; *b*) quella della cosa trasferita da chi non ne fosse domino (*a non domino*), nel qual caso, peraltro, sin che il termine della usucapione non fosse decorso il vero domino della cosa, facendosi avanti, non poteva che avere la prevalenza; *c*) quella in cui non si venisse comunque a costituire un diritto civilistico, ma si determinasse una situazione giudicata degna di tutela soltanto a termini di *ius honorarium* (come quando un'*adiudicatio* fosse stata operata mediante *iudicium imperio còntinens* anziché mediante *iudicium legitimum*, o un *bonorum possessor* chiedesse la consegna dei beni ereditarî prima di averli usucapiti).

In età classica giunse, sia pure piuttosto tardi e molto nebulosamente, a prendere forma l'idea che il *dominium* fosse una categoria suprema, che si distingueva in due sottospecie: l'una costituita dal *dominium ex iure Quiritium* e l'altra costituita dall'eventuale *in bonis habere* pretorio. Poteva darsi, pertanto, che una cosa fosse oggetto di cd. **doppio dominio** (*duplex dominium*), quello formale del *dominus ex*

iure Quiritium e quello sostanziale del cosí detto proprietario pretorio: il «*plenum ius*» si verificava quando i due *dominia* si unificassero, per via di *usucapio*, nella stessa persona.

(*b*) La «*possessio vel ususfructus* dei fondi provinciali» era una locuzione di comodo con la quale si soleva indicare un altro tipo di rapporto assoluto in senso proprio affine al dominio quiritario e che si usa denominare, in traduzione libera, **proprietà provinciale**.

L'istituto si configurò, sebbene in modo sporadico e non del tutto chiaro, come situazione attiva di un rapporto puramente **imitativo del dominio quiritario**, il quale atteneva a cose immobili che non potevano costituire oggetto di quest'ultimo, e piú precisamente a terreni che non erano siti nelle tribú cittadine dell'Italia peninsulare o nei municipi e colonie romane (*fundi in agro Romano*), ma che facevano parte del territorio provinciale (*agri provinciales*): terreni sottoposti ad una potestà pubblicistica dello stato (o dei suoi rappresentanti) ed inseriti pertanto tra le cose fuori commercio (*res publicae* [n. 13]). Dato che il potere pubblico, salvo eccezioni, non amministrava direttamente questi terreni, ma usava concederli in utilizzazione indefinita ai cittadini privati contro il pagamento di un tributo (che si diceva *stipendium* nelle province gestite dal senato e *tributum* nelle province assegnate alla gestione dei príncipi), i **soggetti giuridici concessionarî dei terreni** (dei *fundi stipendiarii* o *tributarii*) erano praticamente assimilati a domini degli stessi. Siccome però la concessione era revocabile, la giurisprudenza classica, evitando studiatamente di usare la terminologia del dominio, parlò di «possesso», probabilmente per derivazione dal termine adoperato in antico rispetto alle concessioni delle terre pubbliche, e parlò aggiuntivamente anche di «usufrutto», verosimilmente allo scopo di porre in rilievo l'analogia esistente tra il concessionario di un fondo provinciale e la figura dell'usufruttuario [n. 53]. Ai titolari del «possesso o usufrutto» gli editti provinciali concedevano un'**azione utile imitativa della rivendicazione** (*ad exemplum rei vindicationis*), per permettergli di reclamare la restituzione del fondo di cui gli fosse stata concessa l'utilizzazione (l'«*habere possidère uti frui licère*») da parte di chi lo avesse spossessato.

Modo caratteristico di acquisto della proprietà provinciale fu, per intervento del diritto nuovo in età classica, la **prescrizione per lungo decorso di tempo** (*praescriptio longi temporis*): istituto che era ricalcato sulla greca *paragraphé*. Dato che i fondi stipendiari o tributari non costituivano oggetto di dominio civilistico e perciò non potevano dar luogo ad una

usucapione, le costituzioni imperiali dell'età dei Severi ammisero coloro che li avessero posseduti per un lungo periodo di tempo ad opporre un'eccezione contro chi si risolvesse tardivamente ad agire nei loro confronti con la rivendicazione utile per riottenerli. Con il che essi non venivano certo ad acquistare né il dominio né un vero e proprio titolo di proprietà, ma venivano comunque a godere di un mezzo giudiziario atto a tutelare stabilmente la disposizione del fondo di cui si fossero da congruo tempo pacificamente e pubblicamente impossessati.

48. *Il dominio unificato.* — Nel quadro del diritto nuovo tardoclassico e postclassico avvenne la progressiva formazione di un dominio unitario, nel quale confluirono non solo i tre istituti che abbiamo poc'anzi descritti (*dominium* civilistico, dominio bonitario e proprietà provinciale), ma si insinuarono altresí alcuni aspetti della concezione postclassica del cd. possesso dei diritti [n. 29].

Al nuovo istituto, la cui denominazione prevalente (ma non esclusiva) fu quella di **dominio** (*domínium*) senza ulteriori specificazioni, non si pervenne costruendolo *ex novo* con l'utilizzo di materiali estranei ai regimi precedenti. Si pervenne, invece, lavorando sul tronco antico del dominio quiritario ed apportando via via ad esso tutte le modifiche e le integrazioni suggerite dall'esperienza del dominio bonitario e della proprietà provinciale: istituti, questi due, che vennero pertanto ad essere sostanzialmente accantonati, pur se furono formalmente aboliti solo dall'imperatore Giustiniano.

Le **cause principali** del processo di trasformazione che portò al «dominio unificato» furono tre: *a*) la prevalenza schiacciante dell'impero romano nei confronti degli ultimi resti della repubblica; *b*) la estensione del tributo fondiario anche ai fondi siti in territorio romano (*in agro Romano*), riforma introdotta dall'imperatore Aureliano nel sec. III d. C.; *c*) la decadenza della peculiare importanza delle cose mancipi di fronte alle cose non mancipi, quindi la valorizzazione della pura e semplice tradizione (*traditio ex iusta causa*) nei confronti delle formalità negoziali (della *mancipatio* e dell'*in iure cessio*).

La concezione dello stato come **dominato imperiale**, cui tutti i dominî privati (e in particolare, tutti i dominî fondiari) erano parimenti sottoposti, comportò non soltanto l'estensione a tutto il territorio dell'impero dell'imposta fondiaria, ma anche tre altre limitazioni che erano state nei confronti del dominio quiritario ai limiti dell'inconcepibile: *a*) l'**espro-**

priazione per pubblica utilità decretata (generalmente contro compenso dei beni espropriati) a suo proprio arbitrio dall'imperatore; *b*) il **divieto dell'abbandono dei beni immobili** e, in particolare, dei terreni coltivabili; *c*) l'**imposizione autoritaria di servitú legali**, al cui rispetto i proprietarî immobiliari erano tenuti anche contro la loro volontà. Per il resto, a prescindere da modifiche parziali di cui abbiamo parlato a suo tempo (ed a prescindere dal fatto che anche in materia di proprietà, come in ogni altra materia, la tutela giudiziaria passò ad essere esercitata stabilmente a titolo straordinario, *extra ordinem*), le riforme di maggior rilievo del dominio civilistico furono apportate alle modalità ed ai requisiti della tradizione e dell'usucapione. Limiteremo pertanto il nostro discorso a queste riforme, subito dopo aver dedicato qualche precisazione ulteriore alla categoria delle servitú legali.

(*a*) Le **servitú legali** (*servitutes legis*), anche dette «servitú coattive», imposte dalle costituzioni imperiali (cd. *leges*) postclassiche furono numerosissime (ed anche piuttosto variabili) e consisterono in limitazioni all'esercizio della proprietà immobiliare, la cui violazione da parte di chi ne fosse gravato dava luogo ad azioni per inadempimento esercitate direttamente dai privati interessati alla loro osservanza, nonché spesso ad interventi pubblicistici anche a titolo di sanzione criminale.

Le **piú vistose** riguardarono le seguenti materie: *a*) «distanze immobiliari», da tenersi tra l'uno e l'altro fondo o tra l'una e l'altra costruzione, la cui misura fu fissata in dimensioni maggiori di quelle antiche del *limes* e dell'*ambitus*; *b*) «luci e prospetti» degli edifici, la cui salvaguardia fu attuata da un complesso di minutissime norme relative all'apertura delle finestre e alla distanza e all'altezza delle finestre stesse; *c*) «regime delle acque», a garanzia del quale si assegnò all'*actio aquae pluviae arcendae* anche la funzione di impedire qualsiasi abuso da parte del proprietario nel suo stesso fondo, se questo abuso fosse tale da poter recare nocumento indiretto al proprietario del fondo vicino; *d*) «passaggio attraverso fondi», a garanzia del quale (e contrariamente alla regola classica che conosceremo tra poco [n. 51]), si affermò l'istituto del «passo necessario», consistente nel diritto del proprietario o dell'usufruttuario di un fondo «intercluso», cioè totalmente circondato da altri fondi, di godere del passaggio forzoso attraverso questi ultimi; *e*) «edilizia», per cui molteplici limitazioni, che qui non è il caso di indicare in dettaglio, furono apportate alle costruzioni; *f*) «miniere», relativamente alle quali si permise espressamente di scavare al di sotto del fondo altrui, versando però un decimo del ricavo al proprietario ed un altro decimo al fisco.

(*b*) La **tradizione** (*traditio ex iusta causa*), che progressivamente sostituí, sino a rimanere sola, la mancipazione e la cessione davanti al magistrato, già dagli ultimi tempi del periodo classico fu sempre piú chiara-

mente impostata sulla essenzialità del requisito della volontà (*ànimus tradèndi*) di colui che la effettuasse a scopo di trasferimento del dominio. Tuttavia in diritto giustinianeo: *a*) per il trasferimento del dominio sulle cose mobili finí per essere ritenuta bastevole la pura e semplice consegna delle stesse; *b*) per il trasferimento del dominio sulle cose immobili si affermò la consegna degli atti costitutivi della proprietà (cd. «*traditio per chartam*») accompagnata da un accordo scritto (*scriptura*) e possibilmente integrata dalla cd. «insinuazione» (*insinuatio*), cioè dalla cura di di inserire (*insinuàre*) una copia o un riassunto del documento nei processi verbali e nei pubblici registri tenuti da funzionari imperiali o da giudici.

In piú, si ampliarono e moltiplicarono i casi di **tradizione fittizia** (*traditio ficta*), nel senso che alle figure già note della cd. *traditio symbolica* e della *traditio longa manu* (relative, l'una e l'altra, a cose mobili e immobili) vennero ad aggiungersi la *traditio brevi manu* e il *constitutum possessorium*.

La ***traditio brevi manu*** era ravvisata nel mutamento dello stato d'animo delle parti riguardo alla cosa: si verificava cioè nell'ipotesi che colui il quale deteneva la cosa a nome di altri (per esempio, a titolo di comodato o di locazione) cominciasse a un certo momento, con il consenso (espresso o tacito) del *dominus*, a possederla come propria, acquisendola quindi al suo *dominium*.

Il ***constitutum possessorium*** era ravvisato nel mutamento inverso dello stato d'animo delle parti: si verificava cioè nell'ipotesi che colui il quale possedeva la cosa in nome proprio e a titolo di *dominium* volesse trasferirla ad altri conservando a se stesso il solo diritto di utilizzarla, e quindi continuasse a detenerla con intenzione opportunamente mutata (come usufruttuario, affittuario, comodatario ecc.).

(*c*) Usucapione e prescrizione per lungo decorso di tempo (*usucapio* e *praescriptio longi temporis*) si fusero progressivamente in età postclassica: piú precisamente, si parlò di **usucapione** (*usucapio*) nei riguardi dell'acquisto delle cose mobili e di **prescrizione acquisitiva per lungo decorso di tempo** (*praescriptio longi temporis*) nei riguardi delle cose immobili. L'acquisto (per usucapione o, rispettivamente, per prescrizione acquisitiva) si verificava a favore di chi possedesse ininterrottamente a fini di usucapione (cioè *ex iusta causa* ed *ex fide bona*) una cosa adatta (*res hàbilis*) per la durata di 3 anni se mobile, o di 10 (o 20) anni se immobile.

I requisiti sono riassunti in questo esametro di conio medievale: «*res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*».

(*c*[1]) Si richiese, in primo luogo, la ***res habilis ad usucapionem*** («cosa usucapibile», «atta all'usucapione»), nel senso che alcune categorie di cose non potevano essere, a causa di loro caratteristiche oggettive, usucapite: le cose fuori commercio, le cose rubate, le cose sottratte con la forza (in base alle citate *leges Atinia* e *Plautia de vi*, cui si aggiunse piú tardi la *lex Iulia de vi*), le cose che il magistrato avesse ri-

cevuto in dono nella provincia assegnatagli, le cose del fisco, le cose del principe, i *bona materna* ed altre specie via via indicate (non senza variazioni) dalle costituzioni imperiali.

(*c*[2]) Si richiese, in secondo luogo, che l'usucapiente esercitasse sulla *res habilis* la *possessio civilis* (o *«ad usucapionem»*) e che questo esercizio fosse esente da ogni «interruzione» (*usurpatio*) quanto meno nell'*animus*. Secondo il diritto classico, la morte del possessore non dava luogo ad interruzione, ma determinava la successione nel possesso (*«successio possessionis»*) a favore del suo successore universale *mortis causa* (non però del legatario). Secondo il diritto postclassico (che raccolse uno spunto forse già offerto dalla *praescriptio longi temporis* classica), l'interruzione fu esclusa anche nell'ipotesi di trasferimento a titolo particolare (ad un legatario o ad un acquirente *inter vivos*) e si ammise che al tempo maturato dal primo usucapiente si aggiungesse quello maturato dall'acquirente (cd. *accessio possessionis*).

(*c*[3]) Si richiese, in terzo luogo, che la *possessio* ininterrotta della *res habilis* fosse giustificata da un *titulus*, cioè da una ragion d'essere, da una situazione oggettiva che l'ordinamento (e prima ancora, la coscienza sociale) ritenesse atta a liceizzare la trasformazione, col tempo, della *possessio* in *dominium* (cd. *iusta causa usucapionis*, «giusta causa dell'usucapione»). In pratica, l'usucapiente aveva l'onere di provare, se convenuto in giudizio, di non aver violato, impossessandosi della *res*, il diritto del proprietario, ma di essersi impossessato della cosa col concorso della volontà di lui o, quanto meno, senza coartare la sua volontà o ingannare la sua buona fede (*«nec vi nec clam»*: pacificamente e pubblicamente). *Tituli ad usucapionem* furono ritenuti, pertanto: *a*) il titolo *«pro emptore»* (impossessamento verificatosi in base ad una *emptio venditio rei*, la quale, come vedremo a suo tempo [n. 73], non aveva di per sé sola l'effetto di determinare il trasferimento del *dominium* dal *venditor* all'*emptor*); *b*) il titolo *«pro donato»* (impossessamento verificatosi in base ad una donazione non traslativa di proprietà); *c*) il titolo *«pro dote»* (basato su una attribuzione dotale non accompagnata da trasferimento del *dominium*); *d*) il titolo *«pro legato»*, quello *«pro derelicto»*, quello *«pro soluto»*, quello *«pro herede»* e via su questa strada sino al cd. titolo *«pro suo»*, che stava ad indicare, a quanto sembra, ogni altra situazione (atipica) di giusto impossessamento di una *res*, pur se verificatosi contro il gradimento del *dominus* (per esempio, l'impossessamento *«ex secundo decreto»* del fondo di chi si fosse rifiutato di prestare la *cautio damni infecti* [n. 45]). Va aggiunto che, per essere operante, la *iusta causa usucapionis* doveva essere «continuativa», cioè esistente ininterrottamente sin dal primo momento della *possessio*, e «effettiva», cioè non meramente supposta (sia pure in buona fede): si ritenne, pertanto, che l'usucapiente non potesse cambiare di sua iniziativa una *causa* inizialmente *iniusta* (*«nemo sibi causam possessionis mutare potest»*) e non potesse invocare una *causa* meramente immaginaria (cd. *«titulus putativus»*), quale, ad esempio, la tradizione della *res* effettuata sulla base di un'*emptio venditio* ritenuta valida, ma in realtà invalida.

(*c*[4]) Si richiese, in quarto luogo, che la *possessio* della *res habilis*, oltre che ininterrotta e titolata, fosse corroborata dalla *bona fides* soggettiva dell'usucapiente, il quale doveva essere ragionevolmente consapevole di non ledere, con la presa di

possesso della *res*, un diritto altrui. La *bona fides* era però «iniziale», era cioè richiesta solo al momento della presa di possesso, non dopo: si diceva quindi che «la mala fede sopravvenuta non nuoce» (*«mala fides supervèniens non nocet»*). Solo in alcuni casi eccezionali si prescindeva dal requisito della buona fede.

(*c5*) Si richiese, in quinto luogo, che la ininterrotta *possessio ad usucapionem* della *res habilis* si protraesse per una durata minima (*tempus*), che Giustiniano portò a: 3 anni per la *usucapio* delle *res mobiles*; 10 anni per la *praescriptio longi temporis* di *res immobiles*, quando usucapiente e domino della *res* risiedessero nella stessa città (*praescriptio «inter praesentes»*); 20 anni per la *praescriptio longi temporis* di *res immobiles*, quando usucapiente e domino risiedessero in due città diverse (*praescriptio «inter absentes»*).

(*d*) In periodo postclassico, da Costantino a Giustiniano, il *ius novum* forgiò infine (ma con caratteristiche molto approssimative) l'istituto della cd. **prescrizione acquisitiva per decorso di lunghissimo tempo** (*longissimi temporis praescriptio*) applicabile ad ogni sorta di cose, salvo quelle fuori commercio e quelle sottratte con la forza. A determinare l'acquisto del *dominium* bastava la buona fede iniziale (non era, dunque, richiesta la *iusta causa*) di un possesso ininterrotto, cui Giustiniano fissò il tempo minimo di 30 anni (elevato in certi casi a 40).

CAPITOLO IX

I RAPPORTI ASSOLUTI SU COSA ALTRUI

SOMMARIO: 49. I rapporti assoluti su cosa altrui. — 50. Le servitú prediali. — 51. I tipi di servitú prediali. — 52. Il regime delle servitú prediali. — 53. L' usufrutto. — 54. I rapporti affini all'usufrutto. — 55. La superficie. — 56. L' enfiteusi. — 57. I rapporti assoluti di garanzia.

49. *I rapporti assoluti su cosa altrui.* — Oltre i rapporti assoluti di cui abbiamo fin qui parlato, il diritto privato romano annoverò, per diverse ragioni di utilità sociale, anche un certo numero di **rapporti assoluti in senso improprio** dei quali occorre passare a fare menzione: i rapporti assoluti su cosa altrui. Si trattò di taluni rapporti **relativi** (intercorrenti cioè tra soggetti, attivi e passivi, determinati) ai quali fu conferito anche, e in via preferenziale, il **trattamento proprio dei rapporti assoluti**: quindi principalmente la tutela del soggetto attivo verso tutti (*erga omnes*), con possibilità di scavalcare il soggetto attivo e di agire, in difesa del proprio diritto sull'oggetto giuridico (solitamente una cosa), direttamente contro chiunque tra i consociati (gli *omnes*) lo avesse leso o messo in pericolo.

La formazione della categoria dei diritti assoluti su cosa altrui (con particolare riguardo ai diritti di godimento) fu connessa a tutto un orientamento generale di salvaguardia della proprietà individuale (o meglio familiare), quindi all'accennata concezione della famiglia come unità economica (e autonoma) elementare. Il diritto romano, pur conoscendo il concetto di comunione dei diritti, e in particolare dei diritti assoluti [n. 31-32], fu ad essa tendenzialmente sfavorevole, sopra tutto quando la comunione non intercorresse tra parenti (originarî di una stessa *familia*), ma intercorresse tra estranei. Là dove situazioni di fatto o di convenienza avrebbero suggerito il concorso di piú soggetti nello sfruttamento di un bene, quindi la costituzione di una comunione, la reazione del diritto privato fu di lasciare possibilmente intatto (almeno nella forma) il dominio originario e di proporre ai privati

l'alternativa di una **limitazione del dominio originario** entro gli stretti limiti di un vincolo posto al domino della cosa per il beneficio che da questa cosa potesse ricavare l'estraneo. Perciò, ad esempio, se il fondo di Tizio era utile anche al vicino Caio (per transitarvi, per portarvi il bestiame all'abbeverata ecc.), le soluzioni astrattamente possibili erano tre: che Tizio si obbligasse a puro titolo «relativo» verso Caio; che Tizio e Caio divenissero «condomini» del fondo appartenente in origine al solo Tizio; che Tizio concedesse a Caio un diritto sul proprio fondo (che era «cosa altrui» per Caio), o addirittura che questo diritto su cosa altrui (*ius in re aliena*) fosse imposto, nei casi di stretta necessità, dall'ordinamento. Il favore dell'ordinamento (oltre che della mentalità ovviamente individualistica dei soggetti privati) fu orientato verso la prima o la terza soluzione.

I **rapporti assoluti in senso improprio** del diritto privato erano differenziabili in due gruppi: *a*) rapporti reali di godimento; *b*) rapporti reali di garanzia.

(*a*) I **rapporti reali di godimento** avevano la caratteristica di assicurare al soggetto attivo il godimento di alcune tra le facoltà giuridiche comprese nel dominio, sottraendole alla disponibilità del domino della cosa altrui, ed erano: *a*) le cd. «servitú prediali» («*iúra praediòrum*» o «*servitútes praediorum*»), che comportavano il diritto del domino di un fondo (rustico o urbano) di utilizzare il fondo (il *praèdium*) di un domino vicino a fini ben delimitati e di interesse del proprio fondo; *b*) l'«usufrutto» («*ususfrúctus*»), che comportava il diritto di un soggetto all'utilizzazione temporanea (comunque, non oltre la sua vita) di una cosa fruttifera (mobile o immobile) altrui allo scopo di usarla e di trarne, a tempo debito, i frutti; *c*) alcuni rapporti analoghi all'usufrutto (l'«*usus sine fructu*», l'«*habitatio*», il «*fructus sine usu*», le «*operae servorum*»); *d*) la «superficie» («*superficies*»), che comportava il diritto di un soggetto all'utilizzazione di un suolo altrui per costruirvi un edificio proprio; *e*) l'«enfitèusi» («*emphytèusis*»), sviluppatasi per vero in età postclassica dal «*ius in agro vectigali*» del periodo classico, che comportava il diritto di un soggetto ad utilizzare a lungo termine (o senza limiti di tempo) un fondo altrui per coltivarlo e migliorarlo come proprio, salvo l'obbligo di pagare un modico canone periodico al proprietario del fondo (cd. «concedente»).

(*b*) I **rapporti reali di garanzia** avevano la caratteristica di assicurare al soggetto attivo la possibilità, in caso di mancato adempimento di un'obbligazione della quale fosse creditore, di rivalersi direttamente su una cosa del debitore o di un suo garante, nel senso di poterla vendere a terzi per soddisfarsi sul ricavato. Tali: *a*) la «fiducia» (*fiducia*), per cui il creditore otteneva il dominio della cosa datagli in garanzia; *b*) il «pegno»

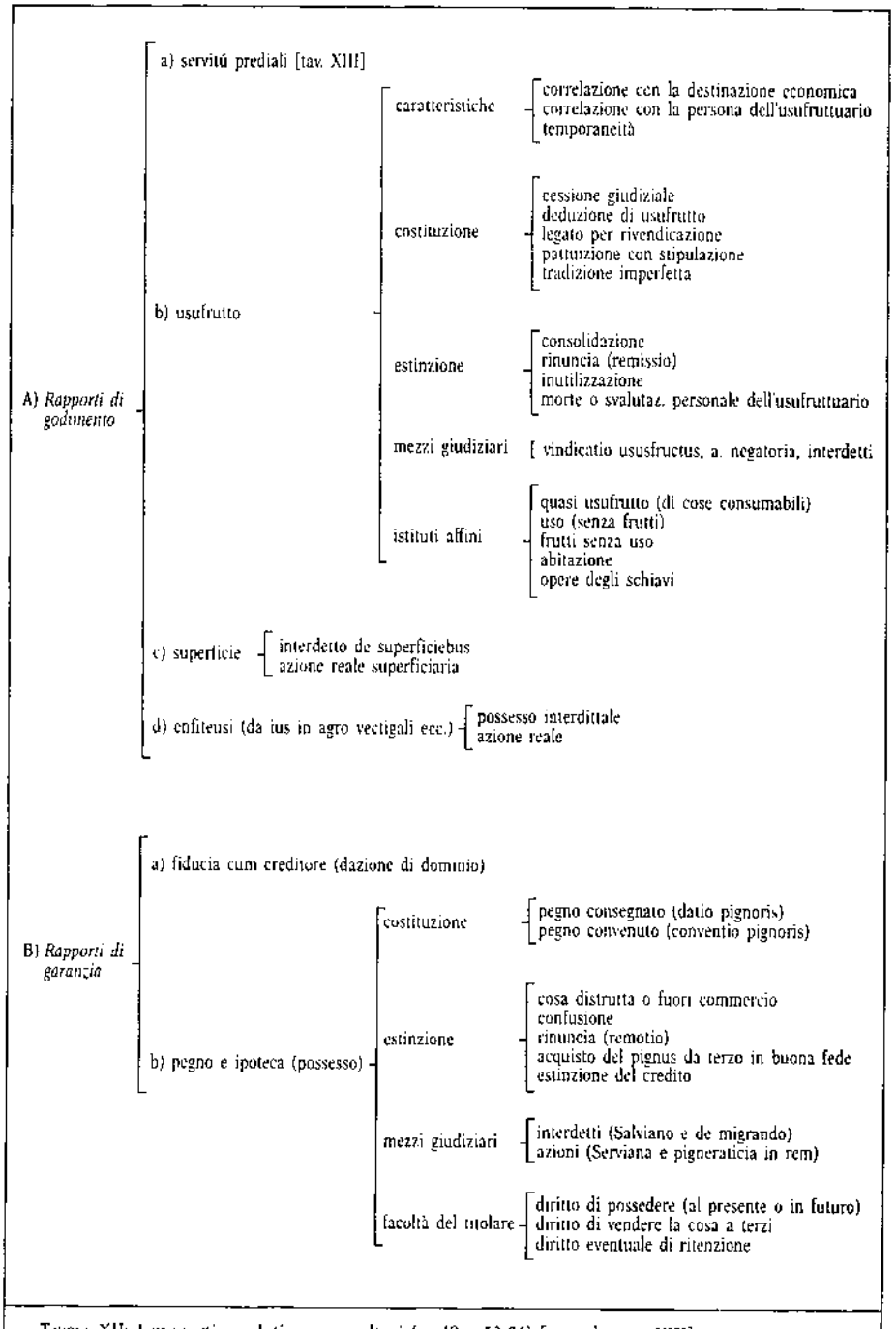


TAVOLA XII: I rapporti assoluti su cosa altrui (n. 49 e 53-56) [v. anche tav. XIII].

(*pignus datum*), per cui il creditore otteneva sin dall'inizio il possesso della cosa (mobile o immobile) oppignorata; *b*) l'ipoteca (*hypothèca*, o «*convèntio pignoris*»), per cui la cosa rimaneva nella disponibilità materiale del concedente (debitore o terzo garante), essendo però vincolata alle conseguenze dell'eventuale inadempimento.

50. *Le servitú prediali.* — Tra i rapporti assoluti su cosa altrui (*in re aliena*), quelli di origine piú risalente furono le cd. **servitú prediali** (*servitutes praediorum* o *iura praediòrum*) relativi solo a cose immobili, cioè a fondi (*praedia*). Il termine di «servitú prediale» (*sèrvitus praedii*) stette, letteralmente, ad indicare la situazione di subordinazione (di «servitú» in senso metaforico) in cui venisse a trovarsi un immobile, detto perciò «fondo servente», rispetto ad un immobile vicino, detto perciò «fondo dominante», quando fosse destinato ad assicurare un certo vantaggio oggettivo (una *utílitas*) a quest'altro fondo. Ma il rapporto giuridico di servitú non correva, ovviamente, tra i fondi, bensí tra le persone dei loro proprietari: nel senso che il domino del fondo dominante aveva diritto assoluto (*erga omnes*) a che il fondo servente, in mancanza di opposizione da parte del suo domino, subisse una determinata limitazione per il vantaggio del fondo dominante.

Data la inerenza del rapporto all'utilità «obbiettiva» del fondo dominante, esso però non si estingueva con il mutamento dei soggetti, cioè dei domini dei due fondi posti tra loro in correlazione di servitú, ma continuava a sussistere sinché permanesse la utilità: quindi permaneva anche se uno o ambedue i proprietari cambiavano.

Le servitú prediali furono, in un certo senso, il **paradigma** cui si attennero i regolamenti di altri rapporti assoluti reali in senso improprio (non tutti limitati a cose immobili) che vennero a costituirsi successivamente, durante il corso del diritto romano. Questo spiega per quale motivo alcune regole caratteristiche delle servitú prediali si poterono estendere anche ad altri diritti assoluti su cosa altrui e poterono addirittura assumere la parvenza di regole generali, almeno per i cd. «diritti reali di godimento».

In **periodo postclassico** e in diritto giustinianeo avvenne qualcosa di piú. Avvenne che la terminologia di «servitú» (*sèrvitus*) e lo schema sistematico delle servitú furono applicati anche ad altri rapporti assoluti di godimento, ed in particolare al rapporto di usufrutto e ai rapporti giuridici affini all'usufrutto. Pertanto nel *Corpus iuris* giustinianeo si trova adombrata, in molti passi di giuristi classici alterati in età successiva, una **categoria generale** delle *servitutes*, la quale viene distinta in due sottocategorie: *a*) quella delle «*servitutes praediorum*» o «*rerum*», vale a dire

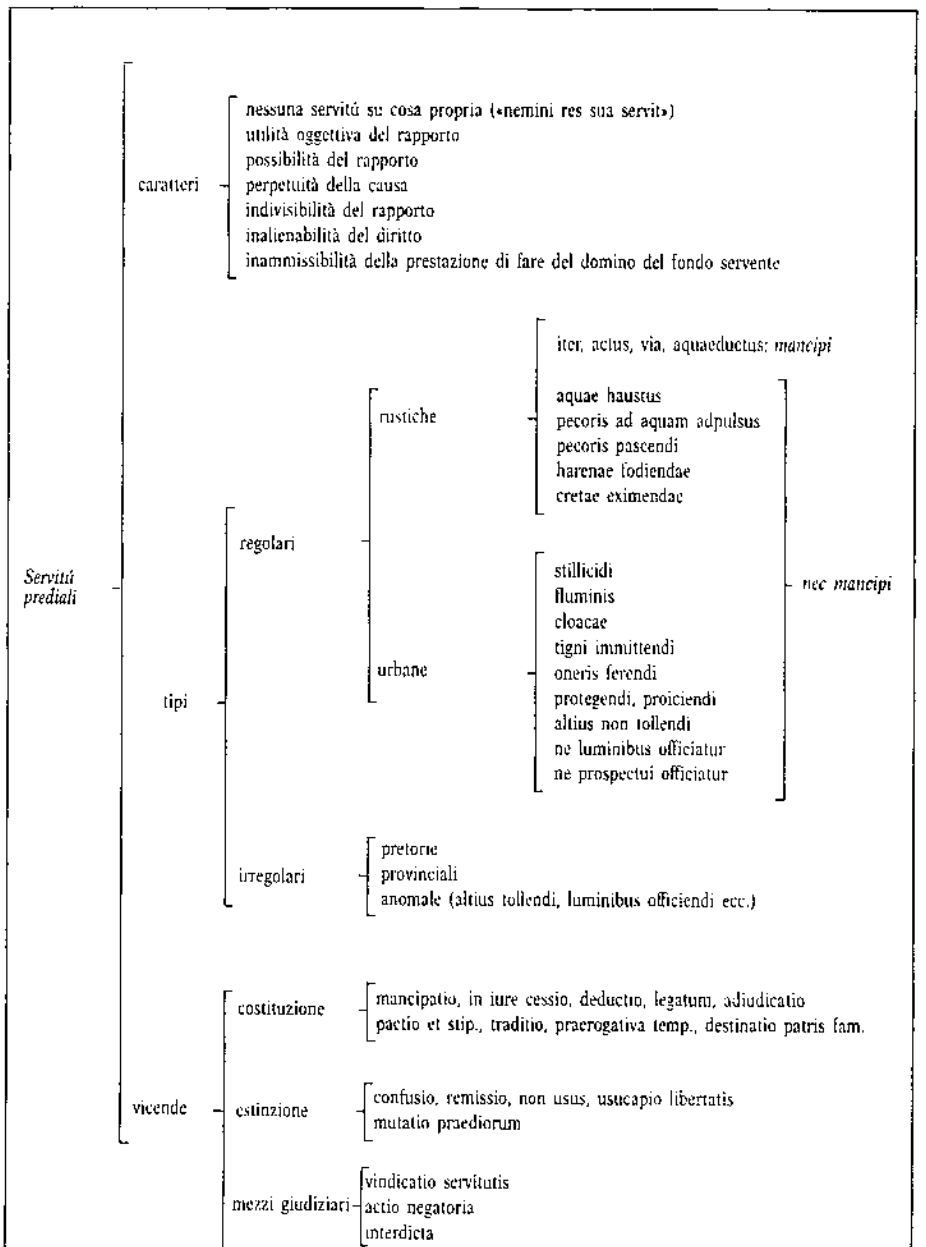


TAVOLA XIII: Le servitù prediali (n. 50-52).

delle «servitú prediali» in senso proprio (gravanti cioè su un fondo a favore del proprietario di un altro fondo vicino); *b*) quella delle cd. «servitú personali» («*servitutes personarum*»), cosí dette perché gravanti su una cosa anche mobile a favore di persona non proprietaria della stessa): categoria in cui rientrano per l'appunto l'usufrutto e i diritti affini.

(*a*) La configurazione come rapporti assoluti delle servitú prediali, anziché come rapporti relativi (intercorrenti cioè solo tra i due proprietarî dei fondi interessati), trova la sua spiegazione piú plausibile nella **storia dell'istituto** e nella già segnalata antica origine dello stesso. È importante metterlo in rilievo perché ciò permette di ravvisare, sempre sul metro della probabilità, lo spunto concreto, di carattere essenzialmente storico, da cui sono derivate successivamente non solo la costruzione come rapporti assoluti (in senso improprio) delle altre servitú, ma anche la costruzione come rapporti assoluti, e non come rapporti relativi, di tutti i diritti su cosa altrui (*iura in re aliena*) diversi dalle servitú prediali.

(*a*[1]) Già abbiamo detto a suo tempo [n. 28] che taluni diritti prediali (*iura praediorum*, cioè l'*iter*, l'*actus*, la *via* e l'*aquaeductus*) sono sorti in epoca antica, anche se non antichissima, presumibilmente tra la fine del sec. VI e gli inizî del sec. V a. C., come manifestazioni complementari del *mancipium* immobiliare nel suo aspetto piú evoluto: di un *mancipium* che, avendo superato gli stretti confini ed i connessi orizzonti dell'orticello familiare (*heredium*), si esplicava sul fondo sito in territorio cittadino (*fundus in agro Romano*) a fini di sfruttamento economico dello stesso. Qui possiamo aggiungere che l'identificazione di queste origini dell'istituto non è suggerita soltanto dalla storia economica di Roma, ma è suffragata anche da un indizio di notevole importanza. A differenza di tutte le altre, le quattro antichissime servitú sopra indicate erano qualificate, in età storica, «*servitutes màncipi*» ed erano costituite, come vedremo, non solo mediante *in iure cessio*, ma anche ed essenzialmente mediante *mancipatio*. Si può ritenere pertanto, con sufficiente sicurezza, che la loro formazione sia proprio avvenuta in un'età primordiale, quella del *ius Quiritium*, in cui la sfera dell'ordinamento era tuttora limitata al *mancipium* e i rapporti relativi (le *obligationes*) ancora non avevano conseguito quella rilevanza giuridica che fu loro riconosciuta soltanto dal *ius legitimum vetus*, e in particolare dalle XII Tavole (451-450 a. C.): dato che l'unica forma giuridica disponibile era a quell'epoca il *mancipium*, fu evidentemente in quella forma che dovettero riversarsi le prime servitú prediali, dette poi appunto *servitutes mancipi*.

(*a*[2]) Il *mancipium* del titolare del fondo dominante sulla zona di fondo servente necessaria al passaggio o all'acquedotto non ebbe mai, probabilmente, carattere esclusivo: sarebbe stato irragionevole escludere radicalmente dal godimento di quella zona il titolare del fondo servente e sarebbe stato antieconomico spezzettare quest'ultimo. È presumibile che il problema del concorso dei due titolari sulla stessa zona di fondo servente fosse risolto ricorrendo al *consortium ercto non cito* [n.

31], cioè alla comunione solidaristica in una sua applicazione specifica. In prosieguo di tempo, man mano che si affermò e prese consistenza (sovrapponendosi agli originari istituti del *mancipium* e della *possessio* extragiuridica) il *dominium ex iure Quiritium*, la soluzione del *consortium* venne però accantonata in omaggio al principio che non vi possono essere due o più diritti di proprietà sulla stessa cosa («*duorum vel plurium in solidum dominium esse non potest*»): fu giocoforza, pertanto, che il *dominium* del titolare del fondo dominante si affievolisse e si trasfigurasse progressivamente sino al punto da essere concepito come un semplice *ius in re aliena*, che limitava sí, ma non contrastava o escludeva il *dominium*, formalmente unico e solo, del titolare del fondo servente.

(*a*3) Le ragioni per cui, giunte le cose a questo stadio, non si effettuò, nel quadro del *ius civile vetus*, il trapasso ad una concezione del rapporto tra i due *domini* come rapporto relativo, ed anzi molte altre *servitutes praedii* sopravvenute a quelle originarie (cioè le cd. *servitutes nec mancipi*) vennero anche esse trattate come rapporti assoluti, furono due: *a*) il tradizionalismo (o, se si preferisce, la forza di inerzia) connesso con un istituto di alta antichità e di vasta diffusione; *b*) il vantaggio notevole offerto al soggetto attivo (proprietario del fondo dominante) dalla disponibilità di un'*actio in rem*, esperibile *erga omnes*, in luogo di un'*actio in personam*, che sarebbe stata esperibile solo nei confronti del proprietario del fondo servente. Sopra tutto questa seconda considerazione spinse più tardi i Romani a creare, anche fuori del campo delle *servitutes praediorum*, altri *iura in re aliena* in ipotesi in cui la situazione del non proprietario della *res* fu ritenuta degna di particolare tutela.

(*b*) Caratteristica delle servitú prediali, almeno fino all'esaurimento dell'età classica, fu la cd. **tipicità delle esplicazioni**. I soggetti giuridici, nella concezione corrente, non avevano a loro disposizione la possibilità di porre in essere tutte le figure di servitú che gli piacesse di escogitare: essi avevano solo la scelta tra varî «tipi» già affermatisi nella prassi ed avallati dalla giurisprudenza in base a considerazioni di opportunità e di funzionalità oggettive. Ciò non impediva la formazione di nuovi tipi di servitú, ma la rendeva praticamente assai lenta e laboriosa, condizionandola comunque al riconoscimento da parte della comunità (e per essa principalmente la giurisprudenza) della effettiva e rilevante utilità economica di ogni nuovo tipo di rapporto.

Anche quando si diffuse una visione unitaria delle servitú prediali in generale, la «categoria» relativa non fu posta a disposizione dei privati affinché la utilizzassero, attraverso la messa in opera di nuovi e specifici negozi costitutivi, a loro discrezione. Le categorie delle servitú prediali, e piú in generale quella delle servitú (*praediorum* e *personarum*), e piú in generale ancora quella dei diritti su cosa altrui furono concepite esclusivamente a fini classificatorî delle preesistenti e consolidate figure tipiche.

Per individuare meglio il tipo di *ius praedii* (o, piú in generale, di *ius in re aliena*) da loro prescelto, e cioè per determinarne concretamente il contenuto specifico, le parti avevano la possibilità di inserire nell'atto costitutivo (oppure, ovviamente, di aggiungere ad esso con separato negozio) il cd. ***modus servitutis*** (da non confondere con le clausole modali in senso tecnico [n. 19]): un insieme appunto di «modalità», di precisazioni relative ad orari da osservare, a percorsi da seguire, a ritmi da rispettare, a quantità da non superare e cosí via dicendo.

Se ed in quanto il *modus servitutis* (o di qualunque altro *ius in re aliena*) non alterasse il tipo di rapporto prescelto (*ius itineris* piuttosto che *ius viae, ius aquaeductus* piuttosto che *ius cloacae, ususfructus* piuttosto che *usus* ecc.), esso era ritenuto valido. Ma è evidente che l'affermazione di nuovi tipi di *servitutes praediorum* o di altri *iura in re aliena* derivò proprio dal riconoscimento di modalità di esercizio cautamente innovative affermatesi lentamente nella prassi.

(*c*) Alcuni **principî caratteristici** delle servitú prediali, utili al fine della loro individuazione, emergono dalla molteplicità di osservazioni e rilievi dedicati all'istituto dalla giurisprudenza preclassica e classica: osservazioni e rilievi che, pur essendo stati fatti essenzialmente sul piano della casistica, presentano tra loro una singolare coerenza di fondo e sono inoltre, come si è detto, spesso estensibili a tutti i diritti reali di godimento. Di questi principî è utile indicare i piú importanti.

(*c*1) Prima e ovvia regola era quella espressa col detto che **nessuno può essere titolare di una servitú su cosa propria** (*némini res sua servit*). Era infatti inconcepibile che un rapporto di servitú potesse esistere o continuare ad esistere tra due fondi vicini appartenenti allo stesso proprietario e non a proprietari diversi. Principio valevole, evidentemente, per tutti i diritti assoluti su cosa altrui.

(*c*2) Secondo principio era quello, già accennato dianzi, della **utilità oggettiva del rapporto** (*utilitas*): il fondo servente doveva essere infatti destinato ad una qualche utilità, ad un qualche vantaggio piú o meno rilevante, piú o meno concreto, del fondo dominante. L'utilità del fondo servente poteva consistere anche in una pura e semplice **piacevolezza attrattiva** (*amoènitas*), come ad esempio nel caso della servitú di prospetto (*ne prospectui officiatur*), la quale importava l'obbligo (del proprietario del fondo servente) di astenersi da qualsiasi attività che potesse rendere meno gradevole la vista da parte del proprietario del fondo dominante. Doveva, ad ogni modo, trattarsi di una utilità «oggettiva» e non di una utilità soggettiva: doveva cioè risolversi in una qualche dote o in una qualche peculiarità, che fosse in relazione alle caratteristiche dei fondi, e non in relazione soltanto alle tendenze o alle esigenze personali o occasionali del

proprietario del fondo dominante. Principio, entro certi limiti, non estraneo agli altri diritti su cosa altrui.

(*c2*) Terzo principio: quello della **possibilità del rapporto**: l'esercizio della servitú doveva essere materialmente possibile. A questo fine occorreva, ovviamente, che i fondi fossero, se non contigui, quanto meno vicini, per modo che potesse tra essi esistere quella materiale ed immediata correlazione che costituiva il fondamento pratico della servitú. Principio, anche questo, valevole per qualunque diritto assoluto su cosa altrui.

(*c4*) Quarto principio: quello della **perpetuità della causa** (meglio detto: permanenza della funzione oggettiva della servitú). Affinché una servitú prediale potesse essere costituita occorreva che i fondi fossero in condizioni tali da rendere possibile in modo permanente, duraturo, a tempo indeterminato (o, come si usava dire, *in perpètuum*) l'esercizio della servitú: ad esempio, la servitú di acquedotto si poteva costituire relativamente a corsi d'acqua viva o di acqua perenne, ma non relativamente a cisterne o a stagni o ad altri collettori artificiali di durata limitata o incerta. In adesione a questo principio, in periodo classico, pur ammettendosi che le servitú potessero essere volontariamente estinte, non si riteneva concepibile che esse fossero costituite con la predeterminazione del momento della loro estinzione. Invece in periodo postclassico si ritenne valida anche una costituzione a termine o sotto condizione.

(*c5*) Quinto principio: quello della **indivisibilità del rapporto**. La servitú, essendo una qualità di tutto il fondo (*quàlitas fundi*), non poteva che sorgere od estinguersi per intero. Pertanto si escludeva che un solo condomino potesse costituire una servitú e si richiedeva, a questo fine, il concorso della volontà di tutti i condomini; al contrario, se il proprietario di uno dei due fondi acquistava una quota di condominio sull'altro fondo, si ammetteva che la servitú sussistesse per intero. Se il fondo dominante o il fondo servente veniva diviso, la servitú, in forza della sua caratteristica di indivisibilità, persisteva per intero, sempre che la situazione del fondo servente non fosse resa piú gravosa: a parte ciò, dunque, ciascuna frazione del fondo dominante dava diritto all'intera servitú, cosí come ciascuna parte del fondo servente determinava il dovere di sopportare la servitú per intero.

(*c6*) Sesto principio: quello della **inalienabilità del diritto**. La servitú, essendo un diritto inerente al fondo, una sua qualità oggettiva, doveva seguirne le sorti. Non era ammessa dunque un'alienazione separata della sola servitú: questa poteva essere alienata esclusivamente mediante il trasferimento del fondo ed esclusivamente a favore dell'acquirente del fondo.

(*c7*) Settimo principio: quello per cui la **servitú non può comportare prestazioni di fare** («*servitus in faciendo consístere nèquit*»). Il proprietario del fondo servente non poteva essere dunque tenuto ad un'attività positiva (*fàcere*) in favore del proprietario del fondo dominante. Un'apparente eccezione a questo principio si ebbe nei riguardi della servitú avente per oggetto il dovere da parte del proprietario del fondo servente di sostenere con un muro o con una colonna di sua proprietà il peso di un fondo o di una parte del fondo dominante, che a quel muro o a quella colonna si appoggiasse («*sèrvitus òneris feréndi*» [n. 51]): il proprietario del fondo servente era tenuto a riparare il muro o pilastro di sostegno del fondo dominante ed eventualmente a ricostruirlo (*reficere paríetem*), ma quest'obbligo era considerato, nell'opinione dominante, solo un dovere accessorio, assolutamente in sottordine rispetto a quello caratteristico e fondamentale della sopportazione del peso del fondo dominante (*onus ferre*).

Sempre a proposito del principio «*servitus in faciendo consistere nequit*», si tenga presente, peraltro, che esso non riguardava il **proprietario del fondo dominante**. Dal punto di vista di costui, la *servitus* poteva essere, infatti: *a*) tanto «positiva» (o «affermativa»), se comportava un suo diritto di *facere* al quale il proprietario del fondo servente non potesse opporsi (es.: il diritto di passaggio su fondo altrui); *b*) quanto «negativa», se comportava un suo diritto di pretendere che il proprietario del fondo servente si astenesse dal compiere una certa attività (es.: *servitus altius non tollendi*).

51. ***I tipi di servitú prediali.*** — I tipi di servitú prediali affermatisi nel diritto romano vanno distinti in due gruppi: quello delle servitú regolari (suddistinte in servitú rustiche e servitú urbane) e quello delle servitú irregolari.

Prima di passare ad una piú precisa indicazione riteniamo opportuno dedicare un cenno ad alcune **altre classificazioni** dei *iura praediorum* che si rinvengono nelle fonti. Esse sono quelle che distinguono tra: *a*) servitú màncipi e non màncipi; *b*) servitú sul suolo e sulla superficie; *c*) servitú rustiche e urbane.

La **distinzione tra *servitutes mancipi* e *servitutes nec mancipi*** si riportava alle origini dell'istituto. «*Servitutes màncipi*» erano solo le piú antiche servitú (formatesi, come abbiamo detto [n. 28 e 50], in un'epoca, quella del *ius Quiritium*, in cui il *mancipium* era l'unico rapporto assoluto riconosciuto dal diritto romano) erano: *a*) la «*servitus itíneris*» (cioè «di cammino»), che comportava per il proprietario del fondo dominante il diritto di passare a piedi o su un quadrupede attraverso il fondo servente; *b*) la «*servitus àctus*» (cioè «di condurre»), che comportava il diritto di condurre o guidare (*àgere*) attraverso il fondo servente bestiame o carri; *c*) la «*servitus viae*» («di strada»), che comportava il diritto di avvalersi, per il passaggio attraverso il fon-

do servente, di una vera e propria strada, di cui le XII Tavole si preoccuparono di stabilire anche l'ampiezza minima (8 piedi nei tratti rettilinei e 16 piedi nelle svolte); *d*) la «*servitus aquaedúctus*» (cioè «di acquedotto»), che comportava il diritto di far scorrere attraverso il fondo servente le acque di afflusso o di deflusso necessarie per l'utilizzazione del fondo dominante. «*Servitutes nec mancipi*» erano tutte le altre servitú, venute in essere in tempi posteriori alla fioritura del *ius Quiritium*.

La **distinzione** tra «*servitutes in solo*» e «*servitutes in superficie*» fu di origine tardo-classica e si diffuse col progressivo profilarsi (di cui parleremo piú in là [n. 55]) del rapporto reale assoluto di *superficies*, distinto dal *dominium ex iure Quiritium* e da ogni altra forma di proprietà. Ove il concedente di un diritto di superficie fosse tenuto verso il *superficiarius* a subire qualcosa di piú della normale e generica disposizione del soprasuolo da parte di lui (per esempio, fosse impegnato a subire l'inserzione o l'appoggio delle fondazioni di uno stabile edificio), si disse talvolta che il superficiario, pur non essendo proprietario ma solo un *possessor* (anomalo, cioè non *ad interdicta*) del soprasuolo, aveva un *ius praedii* nei confronti del concedente.

(*a*) Le **servitú regolari**, previste e regolate dal diritto civile antico, erano comunemente distinte in rustiche e urbane. La differenza era fondata sulla funzione economica del rapporto e consisteva, piú precisamente, in ciò: che le servitú rustiche erano quelle che soddisfacevano esigenze «tipiche» dell'agricoltura, mentre le servitú urbane erano quelle che soddisfacevano esigenze «tipiche» dei centri urbani. La qualifica, dunque, non aveva rapporto con la effettiva ubicazione dei fondi in territorio urbano o in territorio extraurbano: una servitú urbana (cosí definita perché tipicamente di città) poteva costituirsi anche in territorio agricolo, mentre una servitú rustica (di campagna) poteva costituirsi anche all'interno di un centro abitato.

(*a*[1]) **Servitú rustiche** o «di campagna» (*servitutes praediorum rusticorum*), tipiche dei fondi rustici, furono anzitutto le «servitú di passaggio» e la «servitú di acquedotto», cioè quelle servitú piú antiche (servitú màncipi) di cui si è fatto cenno dianzi: *a*) di cammino (*itíneris*); *b*) di conduzione di animali (*àctus*); *c*) di strada (*viae*); *d*) di acquedotto (*aquaeductus*). Altre servitú rustiche (non màncipi) furono: *e*) quella implicante il diritto di «attingere acqua» nel fondo servente, e quindi anche di entrarvi a questo scopo (*servitus aquae hàustus*); *f*) quella consistente nel diritto di portare (*adpèllere*) il proprio bestiame (*pecus*) nel fondo servente per l'«abbeverata» (*servitus pècoris ad aquam adpúlsus*); *g*) quella consistente nel diritto di portare il proprio bestiame nel fondo servente per farlo «pascolare» (*pàscere*) ivi (*servitus pecoris pascèndi*); *h*) quella consistente nel diritto di «impastare calcina» sul fondo servente (*servitus calcis coquèn-*

dae); *i*) quelle consistenti nel diritto di «prelevare sabbia oppure creta» dal fondo servente (*servitus arènae fodièndae* e *servitus cretae eximèndae*»).

(*a*2) **Servitú urbane** o «di città» (*servitutes praediorum urbanorum*), tipiche dei fondi urbani e tutte non mancipi, furono le seguenti: *a*) quelle consistenti nel diritto di «riversare l'acqua piovana» dal proprio tetto sul fondo altrui, la prima cosí come l'acqua cade dal cielo (cioè goccia a goccia, stilla a stilla), la seconda mediante grondaie (*flúmina*) artificiali (*servitutes stillicidii* e *fluminis*); *b*) quella consistente nel diritto di far passare le proprie «fogne di scarico» (*cloàcae*) attraverso il fondo altrui (*servitus cloàcae*); *c*) quella consistente nel diritto di «infiggere travi» (*tigna*) o altri materiali costruttivi nel fondo altrui (*servitus tigni immittendi*); *d*) quella di cui si è già parlato poc'anzi [n. 50 *sub c*], consistente nel diritto di esigere dal proprietario del fondo servente il «sostegno dell'edificio dominante» mediante una struttura muraria (parete o colonna) (*servitus oneris ferendi*); *e*) quelle consistenti nel diritto di «sporto», cioè di far sporgere il proprio tetto, oppure i proprî balconi, o altre strutture di un edificio, al di sopra del fondo altrui, in modo da coprirlo (*tègere*) in parte (*servitus protegèndi* e *servitus proicièndi*); *f*) quella consistente nel diritto di esigere dal proprietario del fondo servente la «non elevazione» del suo edificio al di sopra di una certa altezza (*servitus àltius non tollèndi*); *g*) quella consistente nel diritto di esigere dal proprietario del fondo servente che le costruzioni da lui erette su quest'ultimo non arrechino «pregiudizio alle luci» (*officere lumínibus*), cioè alla luminosità offerta dalle aperture (finestre, balconi ecc.) destinate a portare la luce naturale all'interno del fondo dominante (*servitus ne lumínibus officiàtur*); *h*) quella consistente nel diritto di esigere dal proprietario del fondo servente che le sue costruzioni non arrechino «pregiudizio al prospetto» (*officere prospèctui*), cioè ad una certa veduta ben determinata goduta dal fondo dominante (*servitus ne prospèctui officiàtur*).

(*b*) Accanto alle «servitú regolari» ora descritte, le fonti romane recano tracce di **servitú irregolari**, cioè variamente difformi dalle regole civilistiche. Tali: *a*) le servitú pretorie; *b*) le servitú provinciali; *c*) le servitú anomale.

(*b*1) Le cd. **servitú pretorie** (*servitutes praetoriae*) furono rapporti analoghi, ma non identici alle servitú del diritto civile: principalmente quelle costituite mediante semplice tradizione (messa a disposizione non formale) e quelle in cui l'utilità non fosse rapportata al fondo dominante, ma piuttosto alla persona del suo attuale proprietario (anche dette, perciò, «*servitutes personae*»). A questi rapporti concesse talvolta tutela, quan-

do fosse equo farlo, il diritto onorario, con mezzi che lo stato delle nostre conoscenze non permette però di identificare in modo preciso.

(*b*2) Le cd. **servitú provinciali** furono rapporti analoghi alle servitú civilistiche, ma aventi ad oggetto fondi delle province: fondi in ordine ai quali, non potendo esservi il dominio quiritario, non potevano esservi nemmeno vere e proprie servitú. Esse si costituivano mediante convenzioni atipiche rafforzate da stipulazioni («*pactiones et stipulationes*»), cioè mediante negozi creativi di mere obbligazioni, e ricevevano una tutela assoluta solo attraverso la concessione magistratuale di azioni utili, approssimativamente corrispondenti a quelle delle servitú civilistiche.

(*b*3) **Servitú anomale**, cioè irregolari in senso pieno («abnormi»), furono alcune altre che risultano da certe fonti, ma di cui la struttura non è chiara del tutto.

Tali: *a*) la «*servitus altius tollendi*», la quale comportava il diritto di fabbricare nel proprio fondo (cioè nel fondo dominante) o di fabbricarvi oltre una certa altezza; *b*) la «*servitus luminibus officiendi*», la quale comportava il diritto di oscurare le luci altrui stando nel proprio fondo; *c*) la «*servitus stillicidii vel fluminis non avertendi*», la quale comportava il diritto di astenersi dallo scaricare le acque piovane o quelle di una condotta sul tetto o sul terreno del vicino (con ciò eventualmente sottraendo a quest'ultimo il vantaggio di utilizzare in via di risulta le acque stesse). Tre «servitú» (urbane), che, come si vede, altro non erano, in sostanza, se non esplicazioni del dominio sul proprio fondo e che vanno ritenute costruzioni dottrinali postclassiche, le quali vogliono esprimere la possibilità spettante al proprietario di un fondo, quando non sia gravato da servitú nei riguardi dei proprietari dei fondi vicini, di esercitare ogni facoltà compresa nel suo diritto: cosa ovvia sino ad un certo punto, se si ricordano le numerose «servitú di legge» circa l'altezza e le luci degli edifici introdotte dalla legislazione postclassica [n. 48].

52. *Il regime delle servitú prediali.* — Il regime caratteristico delle servitú regolari può essere riassunto con riguardo: *a*) alla loro costituzione; *b*) alla loro estinzione; *c*) ai mezzi processuali ad esse relativi.

(*a*) Affinché si potesse procedere a valida **costituzione di una servitú regolare** occorreva che i due fondi in correlazione fossero fondi situati in territorio romano, che i loro proprietari fossero domini quiritari e che fosse posto in opera uno dei seguenti modi di costituzione: *a*) la *mancipatio; b*) la *in iure cessio; c*) la *deductio servitutis; d*) il *legatum per vindicationem; e*) la *adiudicatio*. Ma in età postclassica, cessata la distinzione tra fondi su suolo cittadino (o equiparato) e fondi provinciali, scomparse inoltre la *mancipatio* e la *in iure cessio*, i primi due modi di costituzione

vennero meno, mentre ai rimanenti se ne aggiunsero altri quattro: *f*) la *pactio et stipulatio*; *g*) la *traditio servitutis*; *h*) la *praerogativa temporis*; *i*) la *destinatio patris familias*.

(*a*[1]) La **mancipazione di servitú** (*mancipatio servitutis*) era riservata in età classica (in alternativa alla cessione giudiziale) alle servitú màncipi. Non sappiamo però quali ritocchi si apportassero alla formula di mancipazione traslativa del dominio [n. 44] e in che modo fosse soddisfatta l'esigenza della presenza della cosa nel cerimoniale della mancipazione.

(*a*[2]) Tutte le altre servitú (cd. non màncipi) si costituivano, in periodo classico, solo mediante **cessione giudiziale di servitú** (*in iure cessio servitutis*), cioè mediante un processo fittizio di rivendicazione della servitú esercitata dall'acquirente e di silenzio da parte dell'alienante.

(*a*[3]) Altro modo di costituzione, classico e postclassico, delle servitú, sia màncipi che non màncipi, fu la **deduzione di servitú** (*deductio servitutis*), cioè la riserva di servitú a favore dell'alienante operata nell'atto stesso dell'alienazione del dominio quiritario di un fondo (*mancipatio, in iure cessio, legatum*). Il negozio di alienazione del fondo, in altri termini, era compiuto con espressa deduzione di servitú (*deducta servitute*) a favore dell'alienante (o, nel caso del legato, a favore dell'erede).

(*a*[4]) Mediante un **legato per rivendicazione** (*legatum per vindicationem*) il testatore poteva costituire a favore del legatario anche il diritto reale di servitú [n. 96].

(*a*[5]) Fu anche ammesso, come modo di costituzione delle servitú, l'**aggiudicazione** (*adiudicatio*) della servitú da parte del giudice in un giudizio divisorio [n. 32], allorché egli, trovandosi a dividere un dominio quiritario collettivo su una determinata cosa immobile, ritenesse opportuno o necessario assegnare ad uno dei condividenti la servitú sulla cosa stessa o su parte di essa. Questo modo di costituzione rimase fermo in diritto postclassico.

(*a*[6]) In età postclassica il modo regolare e fondamentale di costituzione delle servitú divenne l'**accordo confermato da stipulazione** (*pactio et stipulatio*), vale a dire l'accordo intervenuto in qualunque forma (ma completato da solenne clausola stipulatoria) tra proprietario del fondo dominante e proprietario del fondo servente. Questo modo di costituzione, lo abbiamo visto, era già usato in diritto classico, con tutela giudiziaria concessa in via «utile», per le cd. «servitú provinciali».

(*a*[7]) Il diritto classico non riteneva ammissibile, per evidenti motivi, la costituzione di servitú prediali mediante tradizione, non essendovi al-

cuna cosa da consegnare. In età postclassica venne ammessa la **tradizione imperfetta** (*quasi traditio*, detta anche «*traditio servitutis*» o «*patientia*»), la quale fu costituita dalla accettazione non formale di una servitú rustica e positiva da parte del proprietario del fondo servente: vale a dire dalla «sopportazione» (*patientia*) da parte sua che il proprietario di un altro fondo compisse atti di servitú positiva (passaggio, abbeverata ecc.) sul fondo proprio.

(*a*[8]) In origine le servitú si potevano acquistare anche mediante **usucapione**, probabilmente col decorso di due anni, ma una legge Scribonia, sulla fine dell'epoca preclassica, lo vietò. In diritto postclassico si tornò peraltro a ritenere, rispetto a talune servitú (forse già con qualche precedente nel tardo diritto classico), che la «*vetústas*» (la «lunga durata», altrimenti detta «*praerogativa tèmporis*»), e piú precisamente il **lungo esercizio di fatto di una servitú**, reso «apparente» (o meglio, appariscente) da opere costruite sul fondo servente da tempo immemorabile, potesse costituire prova dell'esistenza del diritto di servitú. Giustiniano, infine, assoggettò a prescrizione acquisitiva tutte le servitú positive con gli stessi requisiti della prescrizione di lungo tempo relativa a cose immobili [n. 48].

(*a*[9]) Un modo tipicamente postclassico di costituzione delle servitú prediali fu (sembra) la cd. **destinazione del padre di famiglia** (*destinàtio patris familias*: destinazione operata dal soggetto giuridico) la quale presupponeva una preesistente correlazione di «servitú di fatto» istituita da un proprietario tra due fondi o tra due parti chiaramente distinguibili di un unico fondo in dominio di un certo soggetto. Se i due fondi passavano a proprietari diversi (oppure se le due parti cessavano di essere dello stesso proprietario) si ritenne che tra i due fondi, per il solo motivo che in linea puramente di fatto già precedentemente si era costituito tra loro un rapporto economico di servitú, dovesse riconoscersi intercorrente anche di diritto un rapporto di servitú.

(*b*) Modi di **estinzione delle servitú** furono: *a*) la *confusio*; *b*) la *remissio*; *c*) il *non usus*; *d*) l'*usucapio libertatis*; *e*) la *mutatio praediorum*.

(*b*[1]) La estinzione della servitú per **confusione** (*confúsio*) aveva luogo allorché i due fondi in correlazione di servitú venissero per un qualunque motivo a riunirsi in dominio quiritario di una stessa persona. In tale caso la estinzione della servitú era conseguenza dell'impossibilità di una servitú tra due fondi appartenenti allo stesso soggetto (*nèmini res sua servit*).

(*b*[2]) La **remissione della servitú** (*remíssio servitutis*) si aveva allorché il proprietario del fondo dominante rinunciasse alla servitú a lui spettan-

te. Ma la rinuncia, per poter essere giuridicamente operante, doveva concretarsi in un'operazione fittizia consistente in ciò: che il titolare del fondo servente esercitasse contro il proprietario del fondo dominante una finta azione negatoria, sostenendo cioè che il fondo fosse libero, e che il titolare del fondo dominante non si opponesse (*in iure cessio*). Il diritto postclassico ritenne però sufficiente una non formale manifestazione di volontà («*concessio*») da parte del proprietario del fondo dominante.

(*b3*) L'**inutilizzazione delle servitú positive** (*non usus*) da parte del proprietario del fondo dominante comportava l'estinzione delle servitú stesse quando si protraesse per due anni. Il termine dei due anni, caratteristico del diritto classico, nell'età postclassica fu portato rispettivamente a dieci o venti anni, a seconda che si trattasse di rapporti tra «presenti» o tra «assenti», secondo le regole della prescrizione di lungo tempo [n. 48] La giustificazione del principio fu che il proprietario del fondo servente, in caso di inutilizzazione della servitú da parte del proprietario del fondo dominante, acquistava il fondo servente come libero a titolo di usucapione.

(*b4*) Relativamente alle **servitú negative** non bastava alla riconoscibilità del mancato uso della servitú l'astensione dal suo godimento da parte del proprietario del fondo dominante, perché egli non era tenuto ad esercitare nessuna attività positiva. Pertanto, a rendere riconoscibile l'inizio del periodo di non uso occorreva uno specifico e appariscente fatto indicativo, cioè un **atto di aperta tolleranza**, da parte del proprietario del fondo dominante, di una attività che il proprietario del fondo servente non avrebbe potuto compiere, se avesse voluto assolvere i doveri che gli incombevano in forza della servitú: per esempio, trattandosi di una servitú di non sopraelevazione (*servitus altius non tollendi*), era richiesto che il proprietario del fondo servente avesse effettivamente fabbricato, contravvenendo ai suoi obblighi, e che il proprietario del fondo dominante per tutto il periodo relativo al non uso non avesse fatto opposizione implicitamente accettandola. Fu questo il motivo per cui, relativamente alle servitú negative, anziché di non uso da parte del proprietario del fondo dominante, si preferí parlare di **usucapione della libertà del fondo** (*usucapio libertàtis*) da parte del proprietario del fondo servente.

(*b5*) Altro modo, ma non a carattere generale, di estinzione della servitú fu costituito dal **mutamento dello stato dei luoghi** (*mutatio praediorum*), se ed in quanto rendesse perpetuamente impossibile l'esercizio della servitú. Per ciò che riguarda le servitú rustiche, si ritenne che le modifica-

zioni naturali dello stato dei luoghi non implicassero la loro estinzione, ma soltanto l'impossibilità del loro esercizio: pertanto, quando questa possibilità fosse con opportuni interventi ripristinata (a meno che non fosse trascorso il termine del non uso), la servitú riprendeva vigore. Invece le servitú urbane tra edifici si estinguevano allorché l'edificio dominante o l'edificio servente fosse stato demolito, salvo che la demolizione fosse avvenuta come presupposto della ricostruzione dell'edificio.

(*c*) **Mezzo processuale** fondamentale a tutela delle servitú fu l'azione di **rivendicazione della servitú** spettante al proprietario o al possessore del fondo dominante contro il proprietario del fondo servente quando questi ponessero ostacoli all'esercizio concreto della servitú (*vindicatio servitutis*, anche detta da Giustiniano «*actio confessoria*»). Il proprietario del fondo asserito essere servente poteva, peraltro, contestare l'esistenza della servitú mediante un'**azione negatoria** (*actio negatoria servitutis*), intesa ad ottenere l'accertamento che il preteso fondo servente era invece libero [n. 45].

La **procedura** della *vindicatio servitutis* e dell'*actio negatoria*, salva la differente formulazione dei due *iudicia* (una positiva e l'altra negativa), era praticamente la stessa ed era corrispondente, in linea generale, almeno nel diritto classico, alla procedura della *rei vindicatio*. Il convenuto poteva liberarsi delle conseguenze della condanna secondo i principî dei *iudicia arbitraria*, cioè mediante la cd. *restitutio*: la quale consisteva o nel consentire all'attore della *vindicatio servitutis* l'esercizio della servitú vantata, o nell'abbandonare l'esercizio della servitú in caso di vittoria dell'attore dell'*actio negatoria*. Mancando la *restitutio*, si applicava, a termini di *ius vetus*, la condanna in danaro comportata dalla *cognitio ordinaria*: quindi, se il soccombente pagava la somma stimata congrua dal giudice nella valutazione della servitú (*litis aestimatio*), la servitú veniva a costituirsi ove non esistesse, o viceversa veniva ad estinguersi ove esistesse. A termini di *ius novum*, cioè di *cognitio extra ordinem*, classica e postclassica, dato il sopravvento del principio della *condemnatio in ipsam rem*, la vittoria nelle azioni confessoria e negatoria causava invece la effettiva messa in atto della servitú contestata dal convenuto o, rispettivamente, la eliminazione della servitú negata dall'attore.

Indipendentemente dalla esistenza effettiva, dal punto di vista giuridico, delle servitú e indipendentemente dalla tutela delle relative azioni, il pretore romano introdusse un **numeroso stuolo di interdetti** (*interdicta de servitutibus*), sopra tutto in materia di passaggio e di acque, allo scopo di tutelare, in determinate ipotesi, l'attuale situazione di un fondo nei riguardi dell'altro fondo. Questi interdetti, concessi a tutela di chi fosse di fatto in una condizione analoga a quella del titolare di un fondo dominante rispetto al fondo servente, non erano, in epoca classica, considerati veri e proprî interdetti possessorî e davano luogo ad una *possessio ad interdicta* anomala, cioè a quella che in età postclassica si passò a denominare *possessio iuris* [n. 30].

53. *L'usufrutto.* — L'usufrutto (*ususfructus*) era un rapporto assoluto reale in senso improprio avente ad oggetto una cosa fruttifera (mobile o immobile) e, nel contempo, inconsumabile. In forza di esso l'**usufruttuario** (*ususfructuarius*) aveva in assoluto (*erga omnes*) il diritto (si badi: temporaneo o, tutt'al piú, vitalizio) di **usare la cosa** di un altro soggetto e di **percepirne i frutti** (*ius utendi fruendi*), purché non ne mutasse la destinazione economica (*salva rerum substantia*). Tra i soggetti (*omnes*) tenuti al rispetto della situazione attiva dell'usufruttuario vi era in particolare, ed è ovvio, il proprietario stesso della cosa altrui (cd. «*dominus proprietatis*», o «*proprietarius*», o «nudo proprietario»).

L'uso della cosa (*usus*), riconosciuto all'usufruttuario allo scopo di garantire il suo diritto alla percezione dei frutti, essendo esercitato con pieno riconoscimento del dominio del proprietario della cosa stessa, non integrava un'ipotesi di possesso interdittale, ma era solo una manifestazione di possesso naturale: l'usufruttuario altri non era, cioè, che un detentore (*possessor naturalis* [n. 29]) della cosa fruttifera. Per quanto riguarda il cd. «nudo proprietario», a lui fu riconosciuto il diritto di disporre ed anche di godere della cosa fruttifera nei limiti in cui non ostacolasse l'utilizzazione della stessa da parte dell'usufruttuario: è dubbio però che lo si ritenesse possessore interdittale (*possessor ad interdicta* [n. 30]) della cosa.

La concezione dell'usufrutto, caratteristica del diritto civile antico, fu largamente sfruttata per analogia in materia di fondi provinciali. Il diritto postclassico inquadrò l'istituto, come sappiamo, nella categoria generale delle servitú, a titolo di servitú personale (*servitus personarum*).

La configurazione dell'*usufructus* come rapporto assoluto anziché come rapporto relativo (intercorrente cioè tra l'usufruttuario e il nudo proprietario) fu il portato di uno **sviluppo storico** indirettamente influenzato da quello dei *iura praediorum*.

L'istituto si profilò nel *ius civile vetus* durante il sec. III a. C. come strumento per la realizzazione di uno scopo sociale ed economico caratteristico: quello di assicurare testamentariamente i mezzi di sussistenza, per un certo periodo di tempo o addirittura a vita, a certe persone che non avessero diritto alla successione *ab intestato* e che, d'altra parte, non si volesse nominare eredi testamentari. Destinare in legato a tali soggetti il *dominium ex iure Quiritium* di un bene o di un complesso di beni sarebbe stato eccessivo perché avrebbe depauperato a titolo definitivo, una volta per sempre, il patrimonio familiare: fu preferito pertanto, almeno in un primo momento, il sistema di imporre all'erede, mediante *legatum sinendi modo*, di lasciar percepire periodicamente i frutti di una cosa fruttifera al beneficiario [n. 96].

In un secondo momento neanche questo espediente fu però ritenuto soddisfacente. Visto che al beneficiario erano assegnati tutti i frutti della cosa, era giusto che alla custodia e allo sfruttamento della cosa fruttifera (per esempio, alla

coltivazione del *fundus*) provvedesse egli stesso. Se la *locatio conductio rei* [n. 75] o, meglio ancora, il *commodatum* [n. 71] fossero stati, a quei tempi, già saldamente affermati nel *ius civile Romanorum*, può anche darsi che si sarebbe fatto ricorso dai testatori ai rapporti puramente relativi da essi scaturenti: siccome invece (come diremo a suo tempo) ciò non era ancora avvenuto, la giurisprudenza suggerí la via del lascito al beneficiario del diritto di usare della cosa fruttifera («*uti*») e di appropriarsi dei suoi frutti («*frui*»), con obbligo di puntuale restituzione della cosa stessa alla scadenza del rapporto. Si trattava, in altri termini, di dare all'usufruttuario un potere giuridico analogo a quello riconosciuto al titolare di un *ius praedii*, quindi un diritto *erga omnes*: di qui la conseguenza per cui il *ius utendi fruendi* passò a poter essere costituito non solo *inter vivos* dall'erede (che fosse stato gravato a questo fine da *legatum sinendi modo* o da *legatum per damnationem*), ma anche *mortis causa*, cioè direttamente dallo stesso testatore, mediante *legatum per vindicationem* [n. 96].

Siccome dall'essersi inizialmente riconosciuto ad un soggetto il solo diritto di percepire i frutti di una cosa, si passò poi ad attribuirgli il diritto di usare della cosa produttiva (donde la regola del diritto romano classico «*fructus sine usu esse non potest*»), si può capire per quale motivo ed in quale senso l'usufrutto sia stato concepito, in antico, come una «*pars dominii*», oppure anche come una «*pars rei*». L'usufrutto fu inteso come *pars dominii*, o come *pars rei* (cioè come parte della cosa oggetto di dominio civilistico), nel senso che si ritenne che potesse sorgere un vero e proprio diritto di proprietà sui frutti di una cosa solo dal momento in cui questi frutti fossero effettivamente percepiti: di modo che sino a quel momento vi era uno stretto inquadramento del diritto dell'usufruttuario entro la sfera del *dominium* del proprietario della cosa fruttifera.

È bene avvertire, peraltro, che i romani, pur avendo avuto chiara visione, sopra tutto alle origini, del carattere di frazionamento della proprietà nell'ipotesi di usufrutto, non giunsero mai alla conseguenza di ritenere che si potesse avere un usufrutto sulla cosa propria. Essi rimasero fermi nel principio, già proclamato in tema di servitú prediali, «*nemini res sua servit*». La distinzione tra «usufrutto formale», cioè spettante a persona diversa dal proprietario, e «usufrutto causale», cioè spettante allo stesso proprietario, si profilò soltanto nel Medioevo sulla base di alcune fonti indubbiamente interpolate.

(*a*) **Caratteristiche essenziali** dell'usufrutto furono: *a*) la correlazione con la destinazione economica della cosa; *b*) la correlazione con la persona dell'usufruttuario; *c*) la temporaneità.

(*a1*) La **correlazione con la destinazione economica della cosa** implicò che l'usufruttuario non potesse mutare la struttura e la destinazione attuale della cosa, neanche se ne derivasse una valorizzazione della cosa stessa: solo in età postclassica si diffuse (opportunamente) una larga tolleranza nelle ipotesi in cui la cosa fosse stata dall'usufruttuario oggettivamente migliorata.

Per essere immesso nell'esercizio effettivo del diritto, l'usufruttuario era quindi tenuto a garantire specificamente, nei riguardi del nudo proprietario, la conservazione della cosa e la sua restituzione alla scadenza: il che egli corroborava di solito mediante la prestazione di una stipulazione [n. 67], detta **cauzione usufruttuaria** (*cautio usufructuaria*), con la quale prometteva inoltre di sostenere le spese necessarie per la manutenzione della cosa fruttifera.

(*a*2) La **correlazione con la persona dell'usufruttuario** (solitamente espressa anche col termine ambiguo di «personalitàs» dell'usufrutto) implicò che l'usufrutto fosse inscindibile dalla persona e dall'attuale situazione giuridica dell'usufruttuario. Originariamente, dato il suo carattere alimentare, l'usufrutto fu anzi strettamente limitato ai soggetti corporali (alle cd. persone fisiche), non ritenendosi concepibile un usufrutto a favore di enti immateriali [n. 11]: limitazione che fu completamente superata solo in periodo classico.

Dal **principio di personalità** conseguiva: *a*) che solo l'usufruttuario poteva godere dell'usufrutto, la cui titolarità egli non poteva dunque trasferire ad altri; *b*) che cause ineluttabili di estinzione dell'usufrutto erano, anche se non fosse ancora scaduto il termine prefissato, la morte naturale e la svalutazione giuridica (*capitis deminutio*) dell'usufruttuario.

(*a*3) La **temporaneità** dell'usufrutto importava che esso dovesse essere costituito a termine e che, se non costituito a termine, esso (come abbiamo visto or ora) non potesse comunque durare oltre la vita dell'usufruttuario.

Nel caso di usufrutto costituito senza termine **a favore di un soggetto immateriale** (es.: di un municipio), si discusse circa la durata del diritto. I giuristi classici risolsero la questione subordinando la estinzione del rapporto all'estinzione dell'ente, cioè al non uso del diritto da parte di quest'ultimo. Il diritto postclassico-giustinianeo fissò il termine massimo dell'usufrutto a favore di enti associativi in cento anni (pari alla piú tarda età di una persona fisica: «*finis vitae longaèvi hòminis*»).

(*b*) **Modi di costituzione** civilistici dell'usufrutto furono, in analogia con i modi di costituzione delle servitú prediali: *a*) la «cessione giudiziale» («*in iure cessio ususfructus*»; non però la *mancipatio*, non essendo l'usufrutto cosa mancipi); *b*) la «deduzione di usufrutto» (*deductio usufructus*); *c*) l'«aggiudicazione» (*adiudicatio*); *d*) il «legato di usufrutto» (*legatum* [*per vindicationem*] *usufructus*: «*Titio usum fructum fundi Corneliani do lego*»). In età postclassica, venuta meno l'*in iure cessio*, si aggiunsero, sempre in analogia con le servitú prediali: *e*) l'«accordo confermato da stipulazione» (*pactio et stipulatio*), *f*) la «tradizione imperfetta» (*quasi traditio*).

È discusso se il diritto classico ammettesse anche l'acquisto dell'usufrutto per **usucapione** (*usucapio ususfructus*), che peraltro non risulta vietato da alcuna norma. Il diritto postclassico, comunque, applicò all'usufrutto (in quanto «*servitus personae*») il regime sia della usucapione (relativamente alle cose mobili) sia della prescrizione del lungo tempo (*praescriptio longi temporis*: relativamente alle cose immobili) [n. 48].

L'usufrutto era **intrasferibile** come diritto, ma poteva ben formare oggetto di locazione [n. 75] o addirittura di vendita [n. 73] da parte dell'usufruttuario a un conduttore o ad un compratore. Tali contratti creavano l'obbligazione dell'usufruttuario di permettere alla controparte il mero «esercizio» del suo diritto: quindi, se veniva a cessare l'usufrutto per scadenza del termine o per morte dell'usufruttuario, avevano fine gli effetti della locazione o della vendita, pure se fosse stato convenuto tra le parti che essi dovessero perdurare per un periodo maggiore.

(*c*) **Modi di estinzione** dell'usufrutto furono: *a*) la «consolidazione» (*consolidatio*), cioè la riunione (a mo' di confusione) in una sola persona delle situazioni di proprietario e di usufruttuario; *b*) la «rinuncia» (*remissio*); *c*) l'«inutilizzazione» (*non usus*); *d*) la morte e la svalutazione giuridica (*capitis deminutio*; in età postclassica esclusa però quella *minima*) dell'usufruttuario.

Nel *legatum per vindicationem* costitutivo dell'*ususfructus* (non così nell'*in iure cessio* e nella *mancipatio cum deductione*, che erano *actus legitimi*) si poteva inserire la clausola condizionale della cd. ***repetitio ususfructus*** (ripetizione dell'usufrutto) per l'ipotesi che l'*ususfructuarius* soffrisse una *capitis deminutio*: in forza di essa l'usufrutto passava, verificandosi la *capitis deminutio*, ad altra persona designata dal testatore. In diritto postclassico la *repetitio ususfructus* fu ammessa anche in caso di morte dell'usufruttuario e a favore degli eredi di quest'ultimo.

(*d*) **A tutela dell'usufrutto** il mezzo processuale di base fu la «rivendicazione dell'usufrutto» (*vindicatio ususfructus*, anche detta «*petitio ususfructus*»), spettante all'usufruttuario in analogia alla rivendicazione della servitú. Inoltre fu riconosciuto all'usufruttuario un «interdetto *quem usumfructum*», restitutorio, a tutela della sua situazione di detentore della cosa a fini di usufrutto.

Come per le servitú, al proprietario fu attribuita un'***actio negatoria*** (o «*negativa*» *ususfructus*), da opporre a chi pretendesse di avere un diritto di usufrutto sulla sua cosa.

54. ***I rapporti affini all'usufrutto.*** — Rapporti affini all'*ususfructus*, venuti via via e per diverse ragioni a fargli corona, furono: *a*) il *quasi ususfructus*; *b*) l'*usus sine fructu*; *c*) il *fructus sine usu*; *d*) l'*habitatio*; *e*) le *operae servorum*.

(*a*) Il **quasi usufrutto** (*quasi ususfructus*) acquistò rilevanza autonoma agli albori dell'età classica, in patente deroga all'ovvio principio per cui l'usufrutto non poteva che essere limitato alle cose inconsumabili. Esso era, infatti, l'usufrutto avente ad oggetto **cose consumabili**, tra cui principalmente il danaro: cose il cui uso da parte dell'usufruttuario poneva quest'ultimo nella situazione di non poterle restituire se non per equivalente, e di diventarne insomma domino. Un istituto, dal punto di vista logico, intrinsecamente contraddittorio: di cui solo la ricostruzione storica è in grado di rintracciare le ragioni pratiche che poterono giustificarlo.

A parte le denominazioni formali, sta di fatto che il quasi usufruttuario, acquistando il dominio delle cose consumabili lasciategli in godimento, si trovava nella stessa situazione che vedremo piú in là [n. 70] essere stata quella di un mutuatario, ed era obbligato come il mutuatario a restituire l'altrettanto dello stesso tipo (*tantundem eiusdem generis*). Pertanto, se in qualche caso egli non prestava la cauzione (per la restituzione dell'altrettanto o, piú tardi, del controvalore in danaro), non lo si poteva certo convenire in giudizio con la rivendicazione: occorreva, in queste ipotesi, ricorrere contro di lui alle azioni personali spettanti al mutuante di danaro o di derrate.

Sin dall'età preclassica era avvenuto che, per pura **inavvertenza**, si assegnasse talvolta in legato l'usufrutto di cose consumabili: il che poteva succedere, piú precisamente, quando il lascito avesse ad oggetto l'usufrutto di un patrimonio o di una frazione di patrimonio, entro cui era assai facile che rientrassero anche cose consumabili. Questo sistema divenne **cosciente e diffuso** sul finire del sec. I a. C., allorché intervenne la legislazione matrimoniale di Augusto [n. 35] a limitare la capacità di acquisto del *dominium* a titolo successorio per i *caelibes* e gli *orbi*: il legato di usufrutto del patrimonio o di quote di esso servì a garantire lo sfruttamento vitalizio del patrimonio del testatore senza che ne acquistassero il *dominium*.

Siccome l'usufrutto di cose consumabili, implicando per il suo esercizio la consumazione delle cose stesse, altro non era, nella sua sostanza, che **dominio di queste cose**, perché solo il dominio comportava la facoltà di consumare la cosa che ne costituisse oggetto: nel caso degli *incapaces ex lege Iulia et Papia*, la giurisprudenza non mancò di rilevarlo e perciò si divise tra chi denunciava questa prassi come *fraus legi* (e sosteneva pertanto la nullità del lascito) e chi, viceversa, era orientato nei suoi confronti verso una certa tolleranza (quindi verso la validità del lascito stesso). A risolvere la questione nel senso piú favorevole agli *incapaces* (quello della validità del negozio) intervenne nel sec. I d. C. un *senatusconsultum* normativo, di proponente ignoto, che riconobbe implicitamente la liceità dell'usufrutto di cose consumabili, stabilendo che il cd. usufruttuario dovesse garantire all'erede, mediante una speciale promessa stipulatoria (*cautio*), la restituzione di al-

trettante cose della stessa qualità di quelle da lui ricevute e consumate (il *tantundem eiusdem generis*). L'istituto ebbe fortuna e fu esteso, in periodo postclassico, anche alle cd. «cose deteriorabili» (in particolare alle vesti), stabilendosi altresí che, anziché essere obbligato alla restituzione dell'esatto *tantundem*, il «quasi usufruttuario» potesse procedere al pagamento del controvalore in danaro della cosa assegnatagli in quasi usufrutto.

(*b*) L'**uso senza frutto** (*usus sine fructu*) di una cosa inconsumabile, fruttifera o anche infruttifera (istituto solitamente designato solo come «uso»), fu riconosciuto sin dal periodo classico e consistette appunto nel solo diritto assoluto (valevole *erga omnes*) di usare una cosa altrui entro i limiti dei proprî bisogni o dei bisogni della propria famiglia.

L'*usus*, pur essendo in linea di principio senza frutto (*sine fructu*), poteva talvolta anche non essere completamente esente dalla possibilità di appropriarsi dei frutti della cosa: il che avveniva nell'ipotesi che la cosa fosse fruttifera e i suoi frutti fossero abitualmente percetti, almeno entro certi limiti, ai fini della sua utilizzazione. Ad esempio, l'*usus* di un fondo rustico implicava di solito anche la facoltà dell'usuario di coglierne qualche fiore e qualche frutto per l'ornamento della casa o per l'imbandigione della tavola, e cosí pure di attingervi acqua sempre per impieghi strettamente domestici. La giurisprudenza classica e quella postclassica favorirono largamente questa interpretazione tollerante e Giustiniano stabilí, in termini generali, che l'usuario potesse percepire tutti i frutti che occorressero al sostentamento suo e dei suoi familiari («*quod ad victum sibi suisque sufficiat*»).

(*c*) Il **diritto sui frutti senza uso della cosa** (*fructus sine usu*) fu costruzione prevalentemente scolastica, sebbene con qualche precedente nell'usanza preclassica del legato (*sinendi modo*) di concessione della mera raccolta dei frutti. Esso implicava, come indica la denominazione, il potere del fruttuario di percepire i frutti di una cosa fruttifera senza peraltro utilizzarla.

(*d*) Il **diritto di abitazione** (*habitatio*) era, in età giustinianea, un rapporto assoluto su cosa altrui, in forza del quale il soggetto attivo (*habitàtor*) aveva il diritto (*erga omnes*) di dimorare in una casa altrui ed eventualmente anche di darla in locazione a terzi.

È incerto se l'*habitatio*, pur essendo stata sicuramente conosciuta in diritto classico, fosse da questo concepita come un vero e proprio rapporto giuridico reale in senso improprio. La questione fu risolta da Giustiniano proclamando l'*habitatio* un diritto *sui generis* (un *ius proprium* con «*natura specialis*») distinto sia dall'uso che dall'usufrutto.

(*e*) L'istituto delle **opere degli schiavi** (*operae servorum*) comportava, in età giustinianea, il diritto assoluto di valersi dell'attività di schiavi altrui. Anche questo istituto ebbe certamente radici classiche, ma è proba-

bilmente da escludere che in periodo classico il rapporto fosse concepito come un rapporto giuridico reale, e in particolare come istituto affine, nel regolamento e nella struttura, all'usufrutto e all'uso.

Soltanto Giustiniano, attraverso interpolazioni e risistemazioni dei testi accolti nei Digesti, avvicinò chiaramente le *operae servorum* all'uso. Anzi lo stesso Giustiniano, sempre su questa strada, ammise pure che potessero costituire oggetto di diritto assoluto autonomo le opere degli animali (*operae animalium*) oltre che degli schiavi.

55. ***La superficie.*** — La superficie (*superficies*) era un rapporto assoluto reale in senso improprio, in forza del quale un soggetto (superficiario) poteva costruire e mantenere su un suolo altrui, in perpetuo o per lungo periodo di tempo, un edificio, con il diritto di difendere il suo godimento contro tutti (*erga omnes*), ma con l'obbligo di pagare al domino del suolo un canone periodico detto solario (*solarium*). A questa configurazione dell'istituto come rapporto assoluto, il diritto privato giunse peraltro solo in periodo giustinianeo e non senza incertezze e contraddizioni, partendo da una configurazione originaria della fattispecie come rapporto puramente relativo tra superficiario e domino del suolo.

Il **regime classico** dell'istituto fu fondamentalmente quello di un rapporto giuridico «relativo» intercorrente tra superficiario e domino del suolo e derivante da una locazione del soprasuolo (o *superficies* che dir si voglia) fatta dal secondo al primo: il corrispettivo del godimento era costituito dal solario. Un interdetto (*de superficièbus*) faceva del superficiario un possessore interdittale (sia pure *pro alieno*), anziché un semplice detentore. Un'azione reale (*actio in rem superficiaria*) era forse concessa al superficiario sopra tutto nelle ipotesi di locazione del suolo a tempo indeterminato, purché fosse regolarmente pagato il solario: casi che le fonti classiche denominano anche, talvolta, di «vendita» della superficie.

Quanto al **regime postclassico-giustinianeo** della superficie, esso subí, probabilmente, molte variazioni peraltro non pienamente coerenti tra loro: variazioni che non furono tutte eliminate o superate dalla Compilazione giustinianea. Il piú delle volte, la superficie figura come un diritto assoluto su cosa altrui (tutelato da *actio in rem superficiaria*), altre volte essa viene presentata come servitú (*in superficie*); altre volte ancora essa (sopra tutto trattandosi di concessioni superficiarie perpetue) ha tutte le apparenze di una sottospecie, tipicamente urbana, dell'enfiteusi, di cui parleremo tra poco [n. 56].

Il **processo di formazione** del *ius in re aliena* fu reso particolarmente difficile dal fatto che nel *ius civile* dell'età preclassica e classica aveva vigore, come già sappiamo [n. 43], il principio che il soprasuolo accede al suolo («*superficies solo cedit*»), ragion per cui il proprietario di un fondo era proprietario delle opere costruite da lui o anche da terzi sul suolo di sua proprietà. Se avveniva che taluno costruisse con materiali propri od altrui un edificio (una casa in muratura o, piú comunemente, un chiosco) sul suolo in *dominium* di un altro soggetto, sia pure con l'autorizzazione di quest'ultimo, la proprietà della costruzione non gli spettava: al massimo egli poteva goderne come creditore, se (e fino a quando) il godimento gli fosse elargito dal *dominus soli* in base a *commodatum* [n. 71] o in base a *locatio conductio* [n. 75].

A parziale correzione di questo rigido sistema, sin dall'**età preclassica** invalse l'uso che gli enti pubblici, a cominciare dallo stato, non potendo o non volendo procedere ad utilizzazione diretta dei loro fondi, operassero **concessioni temporanee di suoli pubblici** a soggetti privati aventi un interesse ad esserne detentori per costruirvi padiglioni o edicole per l'esercizio dei loro commerci o delle loro industrie: il che era ovviamente subordinato alla corresponsione periodica di una somma di danaro che alimentasse l'erario. A tutela dei concessionarî il *ius honorarium* intervenne accordando loro un interdetto proibitorio (l'*interdictum de loco publico fruendo*), il quale li metteva in grado di opporsi ad ogni invasione tentata o consumata da terzi che operassero con violenza e fossero sprovveduti di un titolo prevalente rilasciato del pari dalla comunità concedente.

Nel corso del **periodo classico**, l'uso delle concessioni superficiarie si estese anche ai rapporti fra privati e molto probabilmente fu utilizzato a questo scopo lo schema tecnico del contratto di *locatio conductio*, di modo che per le **concessioni private di superfici edificatorie** il concessionario (che solo piú tardi si sarebbe qualificato *superficiarius*) fu usualmente indicato col termine di «*condúctor*» o «*inquilínus*». Dal suo canto, il *ius honorarium*, e piú precisamente il pretore, ritenendo che il concessionario di una *superficies* a titolo di *ius privatum* fosse equiparabile non tanto ad un mero detentore quanto ad un vero e proprio possessore, gli elargí, a tutela di questa sua *quasi possessio*, un interdetto proibitorio (l'*interdictum de superficiebus*), mediante cui egli poteva respingere ogni attacco violento che si operasse da altri al suo godimento, sempre che il godimento non fosse stato da lui conseguito, in pregiudizio dell'attaccante, *vi, clam, precario*.

Il punto dubbio è se, in età classica, il pretore si sia anche riservato di concedere al superficiario, subordinatamente ad un accertamento sommario del suo titolo possessorio (cioè previa *causae cognitio*), un'*actio in factum* nei confronti di chi gli avesse strappato il godimento della superficie, impossessandosi dell'edificio. Tutto sommato, nei limiti di una concessione fatta a ragion veduta e caso per caso, noi pensiamo che quest'***actio in rem superficiaria*** sia proprio una creazione del diritto classico. Comunque è certo che in età postclassica essa si generalizzò, dando fondamento stabile alla concezione della superficie come rapporto giuridico assoluto in senso improprio avente ad oggetto il soprasuolo altrui.

56. *L'enfiteusi.* — L'enfitèusi (*emphytèusis*) era, in **diritto giustinianeo**, un rapporto assoluto reale in senso improprio, in forza del quale un soggetto, l'enfiteuta (*emphytèuta*), poteva godere e disporre nel modo piú pieno, in perpetuo o per un lungo periodo di anni, del fondo rustico di proprietà di un altro soggetto (cd. «concedente»), con l'obbligo di pagargli un canone annuo e col rischio di perdita del fondo (cd. «devoluzione», *devolutio fundi*) in certi casi piú gravi di inadempimento. In questa sua configurazione l'istituto implicava la concessione all'enfiteuta di un potere talmente intenso, per cui era persino dubbio se il vero domino del fondo fosse l'enfiteuta, anziché il concedente. Tuttavia bisogna avvertire che allo stadio giustinianeo il diritto privato pervenne a séguito di un'evoluzione complessa (e discussa) che ebbe i suoi inizî in periodo classico, anzi addirittura in età preclassica.

(*a*) L'istituto dell'enfiteusi si ricollegava al precedente preclassico e classico noto come **diritto su terreno vettigalista** (*ius in agro vectigali*): diritto spettante a coloro che avessero ottenuto in godimento, a titolo analogo (ma non identico) alla locazione (*locatio conductio* [n. 75]), terreni rustici appartenenti a municipii o colonie di cittadini romani (cd. «*res universitatis*» [n. 13]), impegnandosi in cambio a pagare un canone annuo denominato «*vectigal*». Lo scopo di queste concessioni fu, essenzialmente, quello di far sí che la terra potesse essere sfruttata dai privati in un modo tale che non sarebbe stato agevole agli enti concedenti: qualcosa di simile alle concessioni di vario tipo che del terreno pubblico ad essa riservato faceva la repubblica [n. 74 *sub b*].

Nella giurisprudenza classica era fortemente discusso se il **diritto del concessionario** verso gli enti concedenti, relativamente agli *agri vectigales*, derivasse, piuttosto che da una *locatio conductio*, da un'*emptio venditio*: [n. 73]: cioè se il vettigalista fosse sempre e soltanto un mero creditore (*conductor*) nei riguardi del concedente o fosse invece un creditore predestinato (in quanto *emptor* usucapiente, col tempo, *pro emptione*) a diventare il *dominus ex iure Quiritium* del fondo. L'opinione prevalente era tuttavia, e giustamente, nel primo senso.

Il «*ius in agro vectigali*», pur se era un diritto di credito, presentava notevoli singolarità. Il pretore, infatti, non solo riconobbe eccezionalmente al vettigalista la *possessio ad interdicta* (peraltro *pro alieno* [n. 30]), ma gli accordò anche (e in piú) un'«*actio in rem*», analoga alla *rei vindicatio* del domino civilistico e all'*actio in rem* del cd. «proprietario provinciale» (cioè di colui che avesse la *possessio vel ususfructus* dell'*ager tributarius vel stipendiarius*): elargizione forse però limitata alle sole concessioni *in perpetuum*. In tal modo la situazione del titolare del *ius in agro vectigali* venne ad accostarsi, nel *ius vetus* dell'età classica, a quella del titolare di un *ius in re aliena*.

(*b*) A termini del diritto nuovo postclassico, il sistema della **concessione di fondi pubblici** a privati coltivatori (sistema originariamente caratteristico, come abbiamo detto, delle comunità municipali e coloniarie) fu adottato su larga scala anche **dallo stato**, in relazione a quei fondi provinciali che esso non intendeva concedere piú ai privati a titolo esclusivo e irrevocabile di proprietà provinciale (*possessio vel usufructus*), ma preferiva trattenere senza equivoci sotto il suo dominio.

I terreni statali interessati si distinguevano in due categorie: *a*) i «*fundi rei privatae*», di pertinenza del *fiscus Caesaris* (che aveva ormai assorbito l'*aerarium populi Romani*); *b*) i «*fundi patrimoniales*», di pertinenza diretta dell'imperatore (rientranti cioè nel cd. «*patrimonium principis*»). Ma le concessioni relative, pur essendo analoghe a quelle municipali, non furono esattamente inquadrate nello schema formale del *ius in agro vectigali*. E a questo proposito bisogna distinguere il sistema prevalente nel sec. IV da quello prevalente nel successivo sec. V d. C.

Nel sec. IV d. C. si distingueva, generalmente, tra «*ius perpetuum*», relativo ai *fundi rei privatae*, e «*ius emphyteuticarium*», relativo ai *fundi patrimoniales*, ricalcato quest'ultimo sul modello greco della *emphýteusis*. Sia il concessionario del *ius perpetuum* che quello del *ius emphyteuticarium* erano tenuti al pagamento di un canone periodico, generalmente in natura, al concedente: ma la concessione in *ius perpetuum* non era revocabile e non era piú ritoccabile nelle sue modalità, mentre la concessione in *ius emphyteuticarium* era, almeno formalmente, soggetta a essere periodicamente rinnovata e ritoccata nelle clausole. Il *ius perpetuum*, dunque, non ammettendo modificazioni, implicava che la proprietà, dal punto di vista economico, si staccasse man mano dal concedente per passare, nei suoi aspetti positivi, tutta a vantaggio del concessionario; il *ius emphyteuticarium*, invece, almeno sul piano formale, implicava che fosse perennemente e opportunamente riveduto il rapporto tra concedente e concessionario al fine del mantenimento dell'equilibrio economico tra i due.

Nel sec. V d. C. i due cennati istituti finirono tuttavia per fondersi in un istituto unitario, il quale assunse la denominazione prevalente di *ius emphyteuticarium*. L'istituto composito: *a*) mantenne le peculiarità del *ius perpetuum*, cioè la perpetuità e la invariabilità del canone, ma conservò dell'antico *ius emphyteuticarium* (in senso stretto) la caratteristica della possibilità da parte del concedente di reagire alla cattiva amministrazione del fondo revocando la concessione; *b*) concedente del diritto non fu piú soltanto il *princeps*, ma lo furono anche gli esponenti di grandi famiglie, i cd. «*potentiores*», i quali erano divenuti frattanto, attraverso usurpazioni e concessioni di favore dell'imperatore, latifondisti, cioè praticamente proprietari di vastissime estensioni terriere che non sarebbero stati in grado di amministrare direttamente. Pertanto l'*emphyteusis* si affermò, nel corso del V ed agli albori del VI sec. d. C., come un istituto della massima importanza, in ordine al quale si riprodusse la discussione, già profilatasi in tema di *ius in agro vectigali*, se si trattasse di una concessione a titolo locatizio oppure di una concessione di proprietà. Il dubbio fu autoritativamente eliminato (verso il 480 d. C.) da una costituzione dell'imperatore

Zenone, che parlò di *misthoprasía*, cioè di «locazione mista a vendita», con la conseguenza che ogni rischio (*periculum*) relativo al fondo fosse ripartito, salvo patto contrario, in questo modo: se il fondo era sconvolto irreversibilmente per effetto di forza maggiore, pregiudicato doveva considerarsi il concedente, sicché il concessionario non era più tenuto al pagamento del canone; se il fondo era danneggiato solo temporaneamente e i danni erano riparabili, gli effetti dovevano essere subiti dal concessionario, il quale era perciò tuttora tenuto al pagamento del canone.

(*c*) Il **diritto giustinianeo** recepí il diritto enfiteuticario (*ius emphyteuticarium*), ma cercò di effettuare un **raccordo** di esso con l'antico diritto sui fondi vettigali (*ius in agro vectigali*), di cui imponenti tracce rimanevano nelle opere della giurisprudenza classica. Le caratteristiche dell'istituto vennero ad essere, per effetto di questa ricucitura, le seguenti.

(*c*^{1}) Sull'enfiteuta incombeva l'obbligo di pagare al concedente il **canone** (*cànon* o *vectigal*) stabilito, nonché (di regola) l'obbligo di pagare direttamente allo stato l'imposta fondiaria. A prescindere da ciò, l'enfiteuta non era tenuto ad altro: in particolare non era tenuto (salvo diverso e specifico patto in proposito) a migliorare il fondo, o anche solo a coltivarlo, sempre però che non lo deteriorasse.

(*c*^{2}) L'enfiteusi era **trasmissibile agli eredi** dell'enfiteuta ed era da questi anche **alienabile a terzi**, purché di trattasse di persone patrimonialmente solvibili e purché l'enfiteuta curasse di denunciare prima al concedente l'alienazione. Al concedente, infatti, si riconosceva un **diritto di opzione** (cd. *ius protiméseos*), per cui, offrendo pari condizioni, egli doveva essere preferito nel riscatto del fondo. Se il concedente non esercitava il potere di opzione, egli aveva diritto a ricevere preventivamente dall'enfiteuta il cd. **laudemio** (*laudèmium*), cioè un due per cento del prezzo di vendita, o del valore di stima dell'enfiteusi se trasferita a titolo gratuito.

(*c*^{3}) Il concedente poteva, con la cd. **devoluzione** (*devolútio*, da *devòlvi*, decadere), far valere la estinzione del rapporto nell'ipotesi che l'enfiteuta per tre anni consecutivi (ridotti a due anni, nei casi di enfiteusi concessa da enti ecclesiastici) non avesse pagato il canone dovuto o le imposte gravanti sul fondo.

57. *I rapporti assoluti di garanzia.* — Il fine di offrire ai creditori una **garanzia reale** dei loro crediti (cioè una garanzia risolventesi nel diritto, in caso di inadempimento del debitore, di soddisfarsi direttamente sui beni, sulle «*res*», di lui o di un terzo garante) fu attuato dal diritto privato romano mediante la istituzione di due rapporti assoluti reali in senso im-

proprio, di cui era soggetto attivo il creditore: il «pegno» (*pignus*) e l'ipoteca (*hypotheca*).

(*a*) È da premettere peraltro che in **età preclassica** e ancora (ma sempre piú raramente) in età classica la funzione di garanzia reale delle obbligazioni era anche attuata mediante un istituto tipicamente romano denominato usualmente **fiducia** (*fiducia*), ma che andrebbe qualificato, piú appropriatamente, «proprietà fiduciaria» (*dominium fiduciarium*).

La garanzia derivava infatti dalla fattispecie negoziale della ***fiducia cum creditore*** e consisteva in ciò: che il garante (debitore o terzo che fosse) trasferiva al creditore (mediante mancipazione o cessione giudiziale) il dominio quiritario di una sua cosa màncipi, con l'espresso «patto fiduciario» (*pactum fiduciae*, basato cioè sull'affidamento reciproco) che la cosa gli sarebbe stata ritrasferita in caso di adempimento, mentre in caso di inadempimento sarebbe rimasta per sempre al creditore insoddisfatto: generalmente il garante rimaneva comunque in possesso del bene (specie trattandosi di un fondo) allo scopo di farlo produrre. Proprio perché il dominio del garantito sulla cosa fiduciata aveva questa particolarità a tutti nota (o comunque resa conoscibile mediante adeguati mezzi di prova), si ammise che, ove il debitore avesse adempiuto o estinto l'obbligazione e il garantito non tenesse fede al patto fiduciario di ritrasferimento, il garante rimasto in possesso della cosa fiduciata avesse diritto di riacquistarne il dominio mediante **usurecezione** (*usureceptio*), cioè mediante una usucapione di favore (una cd. «*usucapio lucrativa*») per la realizzazione della quale bastava (anche per le cose immobili) il decorso di un solo anno.

Anche se opportunamente corretto dall'usurecezione, l'istituto della fiducia, facendo venire meno il dominio della cosa data in garanzia, costituiva un sacrificio (ed un rischio) davvero eccessivo per il garante, cioè per il fiduciante. Appunto perciò il **diritto onorario preclassico** accordò tutela giuridica ad un altro tipo di garanzia reale, già da tempo diffuso nella prassi e denominato ellitticamente col termine di **pegno** (*pignus*, cioè «cosa vincolata a garanzia»). Si trattava, piú esattamente, di un rapporto giuridico assoluto improprio, in forza del quale al creditore era riservato il possesso interdittale di una cosa del debitore o di un terzo garante (*pignus* o *res pignoris*) con diritto, in caso di inadempimento, di alienare la cosa e di soddisfarsi sul ricavato: diritto che gli derivava appunto dai mezzi giurisdizionali apprestati a tutela di lui dal diritto onorario.

Nel corso del **periodo classico** il sistema del *pignus*, senza escludere quello del *dominium* fiduciario (comprensibilmente preferito da certi creditori), assunse una schiacciante prevalenza. In **età postclassica** la *fiducia* praticamente scomparve, via via che decaddero *mancipatio* e *in iure cessio* e che, dal suo canto, la *possessio* acquistò sempre maggiori caratteristiche di vero e proprio diritto. Giustiniano, tirando le

somme di questo processo evolutivo, abolí anche formalmente la vecchia *fiducia*, sí che l'unico rapporto assoluto di garanzia rimase quello del *pignus*.

(*b*) Il **pegno** si distingueva in «dato» e «promesso» sulla base di due distinti negozi costitutivi del rapporto: la *datio pignoris* e la *conventio pignoris*. Ma occorre subito precisare che, accanto alla **fattispecie normale** del «pegno volontario» (cioè concesso volontariamente dal garante), il diritto privato riconobbe anche taluni **casi eccezionali** di «pegno necessario» (cioè costituito ad onta della diversa volontà del garante): il pegno giurisdizionale ed il pegno legale.

(*b*[1]) Il **pegno dato** (*pignus datum*), che fu il primo ad affermarsi, era quello basato su una **dazione della cosa oppignorata** (*datio pignoris*) dal garante al creditore, che di quella cosa (mobile o immobile) diveniva pertanto il possessore interdittale (pur se per conto del garante [n. 30]). La cosa oppignorata (*res pigneràta*) doveva essere restituita in caso di avvenuto soddisfacimento dei diritti del creditore (*satisfactio*), mentre poteva essere alienata (per soddisfare il creditore sul ricavato) nel caso opposto.

(*b*[2]) Il **pegno convenzionato** (*pignus convèntum*), anche detto alla greca «ipoteca» (*hypothèca*), derivava, nella sua struttura tipica, da un **accordo di oppignorazione** (*conventio pignoris*) tra garante e creditore, in virtú del quale il primo era obbligato a tenere una certa cosa, mobile o immobile, a disposizione del secondo, con l'intesa che quest'ultimo ne avrebbe ottenuto il possesso solo in caso di inadempimento, sí da poterla poi alienare a soddisfazione del proprio credito. L'ipotesi originaria di applicazione di questo schema (che permetteva al garante il vantaggio di utilizzare egli stesso la cosa fino al momento dell'inadempimento) fu costituita da un accordo che solitamente interveniva tra locatore e conduttore di un fondo rustico: a garanzia del pagamento del canone, l'affittuario (*inquilínus*) si impegnava a non asportare dal fondo ed a tenere a disposizione del locatore, per l'ipotesi di inadempimento, gli oggetti, attrezzi ed animali, che avesse introdotto sul fondo per la coltivazione dello stesso («*invècta et illàta*»).

(*b*[3]) Le ipotesi piú sicure di **pegno (necessario) giurisdizionale**, cioè basato su un provvedimento giurisdizionale, furono, a prescindere dal modello antico della *pignoris capio* [n. 22]: *a*) quella della «*missio in possessionem*», che era disposta dal pretore per costringere a determinati adempimenti una persona riottosa [n. 26]; *b*) quella del «*pignus ex causa iudicati captum*» della procedura *extra ordinem*, che era disposto dal giudicante ed eseguito dai suoi ufficiali giudiziari (*apparitores*) a garanzia dell'esecuzione della sentenza da parte del soccombente [n. 27]. Non in tutti i casi ora indicati il creditore conseguiva però la *possessio* piena (cioè *ad interdicta*).

(*b4*) Le ipotesi di **pegno (necessario) legale**, cioè basato su norme dell'ordinamento giuridico, vanno anzi tutto distinte in ipotesi di «*pignus speciale*», su singoli e determinati beni del debitore, ed in ipotesi di «*pignus generale*», vincolante l'intero patrimonio del debitore. Lo schema entro cui queste ipotesi si riversavano non era quello del *pignus datum*, ma era solitamente quello dell'*hypotheca* (con l'oggetto che rimaneva nelle mani del garante), e la mancanza di una *conventio pignoris* era generalmente supplita, nelle costruzioni giurisprudenziali, dalla presunzione di una implicita accettazione del *pignus* da parte di chi si sottoponesse al sistema normativo che lo implicava: onde si parlava spesso anche di «*pignus tàcitum*», basato su *tacita conventio*.

(*c*) **Oggetto del pegno** poteva essere, a rigore, solo una cosa materiale che fosse suscettibile di alienazione, quindi di soddisfacimento (attraverso l'alienazione a terzi) per il creditore che non avesse ottenuto l'adempimento. Ma già in diritto classico la concezione dell'oggetto del pegno, in omaggio alla funzione di garanzia dell'istituto, progressivamente si allargò. Si ritenne, pertanto, che potessero essere vincolati in pegno anche i diritti reali di godimento (servitú rustiche, usufrutto, superficie, enfiteusi), anche i crediti verso terzi (cd. «*pignus nominis*»), anche i diritti scaturenti da un pegno ottenuto da altri (cd. «*subpignus*», o «*pignus pignori datum*»), e ancora le cose future, i frutti non ancora venuti ad esistenza, le quote di una comunione.

Di regola, nessun cespite poteva costituire oggetto di *pignus* se il costituente (cioè il garante) non lo avesse nel suo *patrimonium*: come *dominus ex iure Quiritium*, o come *in bonis habens*, o come titolare (quanto meno *iure honorario*) del diritto oppignorato, o come titolare di un'aspettativa giuridica al suo ottenimento. Comunque, nell'ipotesi che si fossero costituiti in *pignus* oggetti privi di siffatte qualificazioni, si ammise con una certa larghezza, sopra tutto in diritto postclassico, la possibilità della «convalidazione» successiva del pegno nato invalido.

(*d*) Quanto ai **soggetti attivi** del pegno e dell'ipoteca, tra i due istituti vi fu differenza in questo senso: che la **dazione di pegno** poteva essere operata soltanto a favore di un soggetto singolo, importando l'attribuzione a lui sin dall'inizio del possesso dell'oggetto pignorato, mentre la **convenzione di pegno** poteva essere anche operata a favore di piú soggetti. Era indispensabile, comunque, che il soggetto attivo fosse effettivamente titolare di un diritto di credito: senza di che la garanzia non avrebbe avuto ragione di sussistere e sarebbe stata invalida (cd. **principio dell'accessorietà del pegno** al diritto garantito).

Nell'ipotesi di **pluralità di soggetti** titolari dei diritti nascenti dalla *conventio pignoris*, i rapporti tra le stesse erano regolati dal principio «*prior tèmpore pòtior iure*»

(«primo nel tempo prevalente nel diritto»): il che significava che aveva titolo al soddisfacimento, con preferenza rispetto agli altri (cd. «*privilègium exigèndi*»), colui il quale avesse ottenuto prima degli altri la costituzione a suo favore della *hypotheca*. Tuttavia il creditore al quale fosse stata concessa un'ipoteca posteriore aveva un *ius offerèndi* («diritto di offerta»), vale a dire il diritto di essere surrogato nella posizione del creditore munito di ipoteca anteriore, se ed in quanto offrisse a quest'ultimo di rimborsarlo dell'importo della obbligazione e quest'ultimo accettasse.

In età **postclassica** vennero stabilite alcune **eccezioni** ai principî ora detti sulla contitolarità del *pignus conventum*. Una prima eccezione fu relativa ai cd. **crediti privilegiati** (*nomina privilegiaria*), cioè ad una massa sempre più vasta di crediti che, per considerazioni di favore attinenti alla loro natura o alle caratteristiche della persona del creditore, avevano diritto di precedenza, nell'aggressione dei beni del garante, sugli stessi crediti ipotecari ed erano inoltre anche fra loro graduati: tali, ad esempio, i crediti del fisco per le imposte, o quelli della moglie per la restituzione della dote. Una seconda eccezione (introdotta dall'imperatore Leone nel 472) fu relativa al *pignus publicum* (risultante da atto pubblico) e al *pignus quasi publicum* (risultante da scrittura privata, ma corredato della firma di almeno tre testimonî), nel senso che questi tipi di *pignus conventum*, essendo confortati da peculiari elementi di certezza, erano da preferirsi ad ogni altra *hypotheca*, anche se di data anteriore.

(*e*) I **poteri del creditore pignoratizio** erano, più esattamente: *a*) il *ius possidendi*; *b*) il *ius distrahendi*. Carattere del tutto eccezionale aveva un terzo potere giuridico: *c*) il cd. *ius retentionis*.

(*e*[1]) Il **diritto di possedere** (*ius possidendi*) era il diritto (*erga omnes*) all'ottenimento del possesso dell'oggetto del pegno. Nell'ipotesi di pegno dato, il diritto era inteso al «mantenimento del possesso» già conseguito (quindi, al riottenimento dello stesso ove lo si fosse perduto ad onta della difesa possessoria costituita dagli interdetti) e sussisteva sino al momento del soddisfacimento del creditore. Nell'ipotesi di pegno convenzionale, il diritto era inteso al «conseguimento del possesso» della cosa (da parte del garante o di chiunque altro l'avesse ricevuto) in caso di inadempimento.

Anche quando si sostanziava nella *possessio* attuale, il *ius possidendi* non comportava tuttavia, salvo patto contrario, la facoltà di usufruire dell'oggetto: ad usare la *res pignerata* si commetteva *furtum usus*, ad appropriarsi dei suoi frutti (sempre che non vi fosse patto contrario) si commetteva *furtum rei* [n. 85]. Tra i patti derogativi di questa regola, piuttosto diffuso era il patto cd. di **antícresi** (*antíchresis*), in forza del quale i frutti della cosa erano assegnati al creditore a titolo di interessi.

(*e*[2]) Il **diritto di alienare** (*ius distrahendi*) era appunto quello di alienare a terze persone, in caso di inadempimento, il dominio quiritario dell'oggetto ottenuto in possesso e di soddisfarsi sul ricavato, restituendo ov-

viamente al garante l'eventuale supero (*superfluum*, anche detto l'*hypérocha*). Era escluso, per comprensibili motivi, l'acquisto dell'oggetto, pur se a pagamento, da parte del creditore stesso.

Probabilmente, nei tempi piú antichi il *ius distrahendi* sussisteva solo se tra garante e creditore fosse intervenuta una **specifica pattuizione**, la quale investisse il creditore del potere di alienare il *dominium* di una cosa non propria (il «*pactum de distrahendo pignore*»); ma in età classica il *pactum de distrahendo* si presumeva insito tacitamente in ogni *pignus*, sí che per escludere la *distractio* occorreva un'espressa pattuizione di non alienare la cosa pignorata («*pactum de non distrahendo pignore*»).

(*e*[3]) Il cd. **diritto di ritenzione** (*ius retentionis*), cioè il diritto di appropriarsi dell'oggetto in caso di inadempimento, era escluso non meno della possibilità di acquistare la cosa pignorata. In periodo classico, alla regola si poteva però portare eccezione dalle parti mediante il cd. **patto commissorio** (*pactum commissorium* o *lex commissoria*: «patto di decadenza»), in forza del quale il dominio della cosa oppignorata era attribuito al creditore nell'ipotesi di mancato adempimento. Ma il patto commissorio, troppo gravoso per il garante, fu vietato da Costantino; in cambio, nel corso del periodo postclassico si ammise che il creditore, ove non riuscisse a vendere a terzi la cosa pignorata, facesse la «richiesta di dominio» (*impetratio dominii*) all'imperatore per poterla acquistare egli stesso al suo giusto valore.

(*f*) **Fatti estintivi** del *pignus* furono, in primo luogo, quelli caratteristici di ogni altro rapporto assoluto su cosa altrui. Quindi: *a*) la distruzione della cosa o la sua cancellazione dal novero delle cosa in commercio; *b*) la «confusione» (*confusio*) della situazione di creditore pignoratizio con quella di oppignorante; *c*) l'acquisto del dominio sulla cosa da parte di un terzo in buona fede per effetto di «prescrizione per lungo decorso di tempo» (*praescriptio longi temporis*); *d*) la «rinuncia al pegno» (*remissio pignoris*) da parte del creditore.

In considerazione del carattere di **accessorietà** del *pignus* rispetto all'obbligazione garantita, l'estinzione del pegno poteva essere inoltre implicata dall'estinzione per qualunque causa (adempimento, *confusio, datio in solutum, novatio* e via dicendo) del credito. Faceva eccezione la sola *litis contestatio* del processo formulare, la quale era priva di un vero e proprio carattere «novativo» del rapporto in contestazione.

Ma affinché l'estinzione del pegno si verificasse, occorreva che l'obbligazione fosse **estinta completamente**: una riduzione del pegno per riduzione del debito non era ammissibile («*pignoris causa indivisa est*»). Anzi, Gordiano III introdusse, nel sec. III d. C., una regola ancora piú favorevole al creditore pignoratizio: pur

dopo la completa estinzione del debito garantito, il pegno rimaneva in vita (cd. «*pignus Gordianum*») sin tanto che fossero state estinte le altre obbligazioni, anche se non coperte da pegno, intercorrenti tra creditore pignoratizio e garante.

(*g*) I **mezzi di tutela giurisdizionale** del creditore pignoratizio furono: *a*) l'*interdictum Salvianum*; *b*) l'*actio Serviana*; *c*) l'*actio pigneraticia in rem*.

(*g*[1]) L'**interdetto Salviano** (*interdictum Salvianum*) era un interdetto restitutorio, di cui poteva valersi il locatore di un fondo rustico per ottenere, in caso di inadempimento dell'obbligazione garantita (e cioè in caso di mancato pagamento del canone), la consegna della cosa oppignorata (quindi, degli *invecta et illata*) dal locatario o comunque dall'occupatore del fondo.

L'interdetto per l'uscita dal fondo (*interdictum de migrando*) che era un interdetto proibitorio di cui poteva valersi il conduttore di un immobile urbano contro il locatore, nell'ipotesi che costui gli impedisse l'asporto delle sue cose (*invecta et illata*) pur essendo stato saldato il canone (cd. «*perclúsio locatòris*»).

(*g*[2]) L'**azione Serviana** (*actio Serviana pigneraticia*) era un'azione arbitraria *in rem* concessa al locatore di un fondo rustico per ottenere la condanna di chiunque (affittuario o terzo) risultasse essersi impossessato, avvenuto l'inadempimento, della cosa vincolata a garanzia del canone mediante convenzione di pegno.

(*g*[3]) L'**azione pignoratizia reale** (*actio pigneraticia in rem*, o *vindicatio pignoris*, o *actio quasi Serviana*) era null'altro che un'estensione in via utile dell'*actio Serviana* (con la quale risulta spesso terminologicamente confusa) concessa a tutti i creditori pignoratizi contro chiunque s'impossessasse della cosa oppignorata loro spettante.

CAPITOLO X

I RAPPORTI GIURIDICI RELATIVI

SOMMARIO: 58. I rapporti relativi del diritto privato. — 59. I tipi delle obbligazioni. — 60. I soggetti delle obbligazioni. — 61. L'oggetto delle obbligazioni. — 62. L'adempimento delle obbligazioni. — 63. Le vicende delle obbligazioni. — 64. I fatti modificativi delle obbligazioni.

58. *I rapporti relativi del diritto privato.* — L'esperienza del diritto privato romano conobbe una vasta gamma di **rapporti giuridici relativi**, alla cui esposizione analitica dedicheremo il presente ed i quattro capitoli che seguono (cap. X-XIV). Una gamma di rapporti che, peraltro, la giurisprudenza romana non riuscí mai a ricomprendere tutta sotto una denominazione univoca e costante.

Il termine piú diffuso, sopra tutto in diritto giustinianeo, fu quello di ***obligatio***. Tuttavia, a parte il fatto che esso non fu esclusivo dei rapporti giuridici relativi, è assai dubbio che i romani siano mai pervenuti alla costruzione, o anche soltanto all'intuizione di una categoria generale delle obbligazioni, comprensiva sia dei rapporti relativi di debito sia dei rapporti relativi di responsabilità. Di fronte all'incertezza della terminologia e degli stessi concetti cui sembrano ispirarsi gli scritti dei giuristi romani, è opportuno ricorrere pertanto (beninteso, senza lasciarsene dominare) ai criterî di classificazione suggeriti dalla teoria generale del diritto.

Ciò posto, la prima cura da avere per la comprensione della realtà storica dei rapporti giuridici relativi nell'esperienza romana, consiste, cosí come già abbiamo fatto a suo tempo per il sistema dei rapporti giuridici assoluti, nel rintracciarne le **cause efficienti**, le cd. «fonti», in collegamento con la storia generale e in particolare con la storia economica di Roma. Il che implica il tentativo di individuare le posizioni via via assunte, di

fronte al dilagante fenomeno del credito, dai varî **sistemi normativi** che si susseguirono (e che in parte concorsero piú o meno a lungo tra loro) dall'età arcaica sino al periodo postclassico e, in particolare, a Giustiniano: dunque, partendo dall'antichissimo diritto quiritario e pervenendo al diritto nuovo classico e postclassico.

(*a*) Il sistema arcaico del *ius Quiritium* non ebbe riguardo al fenomeno economico del credito, ma si concentrò, come abbiamo detto a suo tempo [n. 28], nel regolamento dell'istituto del *mancipium*. Ciò non vuol dire però che Roma, quanto meno a partire dalla fase etrusco-latina della *civitas* quiritaria (sec. VI a. C.), abbia ignorato la vita degli scambi di merci e delle prestazioni artigiane. Il punto essenziale è che questa economia di scambio interessava sopra tutto la *pecunia* extrafamiliare e si esauriva quasi interamente nel «baratto» di cose (o di prodotti o di risultati artigianali) contro altre cose, aiutandosi col mezzo di intermediazione costituito dal bronzo non coniato (l'*aes rude*) o, subordinatamente, dalle monete etrusche e greche giunte sull'onda dei traffici al mercato di Roma: era raro, insomma, che intervenisse a dinamizzare, a potenziare gli scambi la tecnica del «credito», cioè del ricevere oggi con l'impegno di restituire domani o del promettere subito prestazioni di dare o di fare da eseguire dopo qualche tempo. Conseguenze di questo assetto socio-economico rudimentale furono due: *a*) che alla creazione dei **rapporti relativi «di debito»** presiedeva la semplice «*fides*», cioè la fiducia reciproca tra le parti, oppure (in qualche caso di maggior rilievo, in cui gli impegni erano assunti mediante il rito antichissimo della *sponsio*) l'autorità intimidatrice del «*fas*»; *b*) che i **rapporti relativi «di responsabilità»** erano ancora ben lontani dall'aver raggiunta una qualche consistenza, sicché alla lesione degli interessi personali o economici del *paterfamilias* non conseguiva una vera e propria «responsabilità primaria» dell'offensore, ma conseguiva direttamente la reazione vendicativa dell'offeso (cosí come autorizzata dal *fas*), mentre all'inadempimento dei debiti non corrispondeva una precisa «responsabilità secondaria» dell'inadempiente, ma corrispondeva del pari una reazione vendicativa (una «*manus iniectio*») da parte del creditore insoddisfatto.

Sin che il bisogno di credito fu esiguo e l'ambiente economico fu sano, questo sistema elementare ed approssimativo poté essere sufficiente; ma quando, sul declino del sec. VI e nei primi decenni del sec. V a. C., una grave **crisi economica** dilagò in Roma, affliggendo in modo particolare larga parte del ceto plebeo, i rapporti relativi di debito non poterono non risentirne, perché la richiesta di risorse a titolo di credito evidentemente si moltiplicò e, per converso, si accrebbe la riluttanza delle persone piú abbienti a concedere credito senza ottenere adeguate garanzie di adempimento. La soluzione del problema fu trovata in un espediente: quello del *nexum*, che era, come ben sappiamo [n. 10 e 28] un adattamento del *mancipium* inteso ad assicurare al creditore insoddisfatto la tutela del *ius Quiritium*. In mancanza di altro, il debitore (oppure un suo amico per lui) mancipava se stesso, mediante una «*nexi datio*», al creditore, divenendo oggetto del suo *mancipium*, e appunto perciò «*nexus*», «*adstrictus*», «*obligatus*» (nel senso letterale di «materialmente vincolato»): il che durava sino al giorno in cui un terzo si presentasse a riscattare il

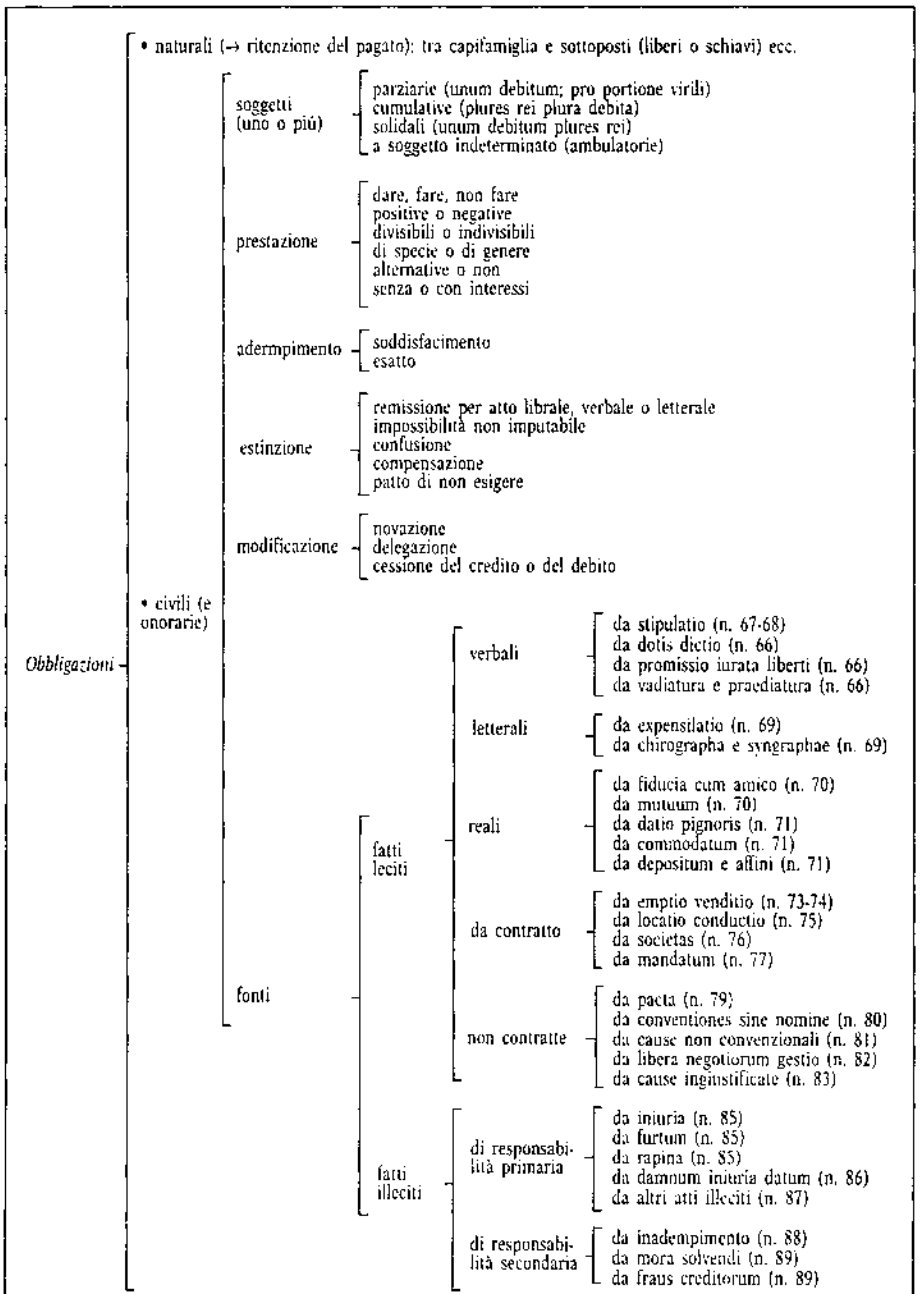


Tavola XIV: I rapporti giuridici relativi (obbligazioni): cap. X-XIV.

nexus, oppure quest'ultimo giungesse, a titolo di compenso del lavoro prestato, ad ottenere la sua liberazione (*nexi liberatio*), vale a dire lo scioglimento dei suoi vincoli (*solutio*: da *sòlvere*, sciogliere) mediante un *actus contrarius* di quel negozio librale che era la *nexi datio*, cioè mediante la cd. «*solutio per aes et libram*».

(*b*) Il complesso delle **antiche leggi patrizie** (cd. *ius legitimum vetus*), concludendo una evoluzione sulla quale molto influí la riluttanza della *plebs* all'espediente del *nexum*, riconobbe e regolò nei suoi termini essenziali sia il fenomeno dei rapporti relativi di debito, sia il fenomeno dei rapporti (relativi) di responsabilità.

In particolare alle **XII Tavole** vanno ascritte tre importanti innovazioni: *a*) fu conferita piena rilevanza giuridica all'istituto (in origine puramente sacrale) della *sponsio* [n. 67]; *b*) fu disciplinata, separatamente dall'*actio sacramenti in rem*, la nuova *actio sacramenti in personam*, a tutela specifica dei rapporti relativi [n. 22]; *c*) fu posto parzialmente freno alla vendetta privata contro le attività illecite (illecite perché *nefas* o illecite perché riprovate dalla piú evoluta coscienza sociale), stabilendo che contro gli autori di *delicta*, cioè di mancanze ai doveri della convivenza sociale, le vittime, almeno in certe ipotesi di minor gravità del fatto (per esempio, quella della cd. *iniuria* semplice, cioè della lesione personale lieve) o di non evidente colpevolezza dell'indiziato (per esempio, quella del *furtum nec manifestum*, cioè del ladro non colto in flagranza), si astenessero dalla vendetta e ricorressero all'*actio in personam*. In tutti questi casi la figura del soggetto passivo si atteggiava ben diversamente da quella di un *nexus*, cioè di una persona sottoposta al *mancipium* della controparte e in attesa del riscatto: il suo vincolamento materiale era solo un **vincolamento eventuale**, perché sospensivamente condizionato al suo inadempimento e, piú in generale, all'affermazione della sua responsabilità a séguito della eventuale condanna giudiziaria.

Negli elementi ora accennati va ravvisato, crediamo, il germe (ma solamente il germe) di una concezione nuova: quella del debitore (o di chi si offrisse al suo posto) non piú (e in nessuna ipotesi) come «materialmente vincolato», non piú come oggetto sin dall'inizio di un potere giuridico assoluto del suo creditore, ma come vincolato dal creditore solo a **titolo metaforico** (solo, come suol dirsi, «idealmente»), almeno sino al momento fissato per il suo volontario adempimento della prestazione dovuta. Per conseguenza, sino a che la condanna del debitore nell'*actio in personam* non aprisse il varco all'esecuzione, quindi alla *manus iniectio*, quindi al potere assoluto del *creditor* sull'*obligatus* a lui assegnato (*addictus*) dal magistrato, il creditore non poteva disporre *erga omnes* dell'obbligato, ma poteva vantare nei suoi confronti soltanto una pretesa all'adempimento, era cioè titolare di un potere giuridico puramente relativo.

(*c*) Il sistema del ***ius civile vetus***, integrato da alcune importanti *leges publcae* repubblicane e attivamente alimentato dalla riflessione giurisprudenziale coeva, progressivamente precisò, pur senza mai giungere a visuali sistematiche generali, la nuova concezione dell'***obligatio* come vincolo puramente ideale**, quindi come espressione di un rapporto giuridico relativo tra «*creditor*» e «*obligatus*», in forza del quale quest'ultimo era tenuto verso il primo al compimento della cd. «prestazione». Molto contribuí a questo processo evolutivo la *lex Poetelia Papiria de nexis* del 326

a. C.: legge la quale dispose che i *nexi* (quindi, per estensione, tutte le persone *sui iuris* provvisoriamente ridotte sotto il potere assoluto di un creditore insoddisfatto) non fossero da trattare nel modo rigoroso (dai ceppi ai piedi sino alla sopportazione del cd. *ius vitae ac necis*) in cui erano trattati o potevano essere trattati i sottoposti a pieno titolo (*filii, servi* e via dicendo). Per effetto di questo processo evolutivo, l'*obligatus*: *a*) sul piano formale rimase tuttora l'oggetto del potere giuridico riconosciuto al *creditor*; *b*) sul piano sostanziale fu invece sempre più chiaramente visto, anche nella fase esecutiva introdotta dalla *manus iniectio* sulla sua persona, come una mera parvenza di sottoposto a *potèstas*, cioè come un soggetto giuridico limitato.

In coerenza con questi sviluppi della visione generale di *obligatio*, la giurisprudenza romana provvide, a partire dal sec. II a. C., ad abbozzare, sia pure in maniera molto frammentaria e imperfetta, un primo quadro delle ***causae obligationum***, quindi delle specie diverse dei rapporti relativi disciplinati dall'ordinamento civilistico. Con il ricorso ad un linguaggio ancora molto incerto e spesso equivoco, sul quale non è qui il caso di indugiare, essa distinse abbastanza nettamente i rapporti relativi di debito da quelli di responsabilità, ma trascurò l'approfondimento di questi ultimi e concentrò invece le sue analisi sulle diverse fonti da cui scaturivano i primi, quasi che le *obligationes* in senso proprio fossero solo quelle derivanti da atti giuridici leciti. Dal che conseguì il delinearsi di una categoria abbastanza precisa e articolata delle «*obligationes contractae*», a fronte di un coacervo, per ora non denominato con apposita terminologia, di rapporti (relativi) di responsabilità derivanti da fatti giuridici involontari e volontari, tra i quali ultimi spiccavano i «*delicta*».

(*c*[1]) Le ***obligationes contractae***, cioè costituite, messe insieme, «strette» lecitamente e deliberatamente tra le parti, furono distinte in tre gruppi, a seconda delle modalità esteriori della loro creazione: *a*) quello delle *obligationes «verbis contractae»*, create con il ricorso a determinate forme espressive orali (*verba*); *b*) quello delle *obligationes «litteris contractae»*, create con il ricorso a determinate forme espressive scritte (*litterae*); *c*) quello delle *obligationes «re contractae»*, create con il ricorso ad inequivoche attività materiali (*res*). L'elenco non fu completo sin dalle origini, ma si accrebbe man mano col passare del tempo (e con l'insorgere di nuove istanze sociali). Le caratteristiche che vanno segnalate sin d'ora sono due: *a*) che gli atti costitutivi di *obligationes contractae* furono solitamente bi- o plurilaterali, ma poterono essere talvolta anche unilaterali, purché a carattere di atti recettizi, cioè con effetti subordinati alla recezione da parte del destinatario (caso, per esempio, della *dotis dictio* [n. 66]); *b*) che gli stessi atti non giungevano a buon fine, non producevano quindi le corrispondenti *obligationes*, se una delle parti del rapporto obbligatorio da costituire non vi aderiva inequivocamente, sia pure con un «silenzio» significativo. Il che dimostra che gli atti produttivi di *obligationes contractae* avevano tutti, al fondo, natura di negozi giuridici.

(*c*[2]) Al di fuori delle *obligationes contractae* i rapporti (relativi) di responsabilità primaria e di responsabilità secondaria soffrirono a lungo, come si è detto, di un'elaborazione concettuale assai meno intensa. Le ipotesi, non rare, di responsabilità oggettiva non furono mai esaminate in modo approfondito e unitario. A

parte ciò: *a*) i casi di «responsabilità secondaria» (cioè per inadempimento di un debito) furono in genere considerati come ipotesi complementari e conseguenziali rispetto alle singole *obligationes contractae* rimaste inadempiute (quindi furono visti, piú che altro, sotto il profilo processuale dell'*actio in personam* esercitata dal creditore insoddisfatto contro l'*obligatus* inadempiente); *b*) i casi di «responsabilità primaria», furono via via riconnessi a tre tipici «*delicta*» (l'*iniuria*, il *furtum*, il *damnum iniuria datum*), ma per lungo tempo non pervennero ancora alla configurazione unitaria di «*obligationes ex delicto*», ed appunto perciò furono essenzialmente considerati come qualcosa di diverso, anche se non completamente, rispetto alle vere e proprie *obligationes* (*contractae*).

(*d*) Il *ius civile novum*, sorto e affermatosi in funzione di una concezione piú aperta e moderna del fenomeno economico del credito, accrebbe il novero delle *obligationes contractae* con quattro importanti gruppi «tipici» di nuove *obligationes*: quelle derivanti da *emptio-venditio*, da *locatio-conductio*, da *societas*, da *mandatum*. Ma il suo contributo all'evoluzione del regolamento romano dei rapporti relativi non fu tanto interessante sotto il profilo quantitativo, quanto lo fu sotto il profilo qualitativo: i negozi da esso introdotti avevano infatti la caratteristica di non essere subordinati ad esigenze di forma o di *datio rei*, ma di essere tipicamente bilaterali (o plurilaterali) e di derivare, in quanto tali, esclusivamente dall'incontro delle volontà comunque manifestate dalle parti.

Fu principalmente guardando ai negozi disciplinati dal *ius civile novum* che i romani, e particolarmente i giuristi, crearono la categoria autonoma espressa dal sostantivo «*contractus*», nel senso nuovo di negozio obbligatorio a struttura bi- o plurilaterale (non unilaterale, si badi). Denominare le *obligationes consensu contractae* del *ius civile novum* come *obligationes ex contractu* significa dunque metterne in rilievo l'originalità rispetto alle *obligationes contractae* del *ius civile vetus*, e significa a un tempo porre in risalto quello che fu il punto di partenza di tutta l'ulteriore evoluzione delle *obligationes* da atto lecito.

(*e*) Notevolissimo fu il contributo apportato dal *ius honorarium* all'incremento ed all'articolazione dei rapporti relativi, sia di debito sia di responsabilità. Esso si manifestò essenzialmente lungo due filoni di intervento: *a*) un primo filone costituito dalla maggiore protezione accordata alle *obligationes* civilistiche e addirittura dall'introduzione tra le stesse, in omaggio a considerazioni analogiche, di nuovi istituti che civilistici di origine assolutamente non erano; *b*) un secondo filone costituito dal riconoscimento di figure non assimilabili facilmente a preesistenti istituti civilistici e fatte oggetto, per conseguenza, di un regolamento anche sul piano formale di carattere dichiaratamente onorario: dai *pacta conventa* ai *recepta*, ai numerosi illeciti cd. pretorii, alla *missio in bona debitoris* sostitutiva della *manus iniectio* e via continuando.

Fatte salve le ipotesi di alcuni istituti immessi surrettiziamente tra quelli produttivi di *obligationes* civilistiche, gli altri numerosi istituti presi in scoperta considerazione dal *ius honorarium* non rientrarono, a stretto rigore, nel concetto di *obligatio*. Per essi, anche in dipendenza del fatto che il rilievo giuridico era loro accordato in sede processuale, si usò parlare piú propriamente di un «*tenèri honoraria*

actione», di un essere vincolati in forza di un'azione (o, piú in generale, di un mezzo processuale) concessa al creditore dal magistrato giusdicente in sede di processo.

(*f*) Importantissimo il ruolo della **giurisprudenza classica**, nel quadro del *ius vetus* del periodo classico ed in relazione al *ius novum* venuto progressivamente ad affermarsi durante lo stesso periodo. Nella sua duplice veste di interprete del *ius vetus* e di ispiratrice di un *ius novum* imperiale che faceva mostra di essere legato ai valori della tradizione anteriore, essa fece opera di sistemazione concettuale, pur se ancora piuttosto approssimativa e talvolta contraddittoria, quanto meno in due sensi: *a*) nel senso già accennato di **unificare tutti i rapporti relativi** (di debito o di responsabilità) sotto il paradigma esplicito o implicito dell'*obligatio*; *b*) nel senso di inquadrare la figura civilistica del *contractus* per antonomasia, che era il negozio a carattere bi- o plurilaterale, entro la **categoria generale delle «*conventiones*»** (cioè degli accordi tra due o piú parti), favorendo per questa via la piena tutela, se non ancora di tutti gli altri possibili negozi giuridici bilaterali o plurilaterali, quanto meno di quei negozi a carattere corrispettivo che conosceremo, a suo tempo, come «*conventiones sine nomine*» (cd. «contratti innominati» [n. 80]).

Sintomatica la **posizione di Gaio**, scrittore del II sec. d. C., che riflette buona parte di questo lavorío incompiuto e non sempre coerente di sistemazione giurisprudenziale in due opere tra loro affini, eppure piuttosto diverse: le *institutiones*, che sono sicuramente sue, ma hanno un marcato carattere tradizionalistico, fortemente influenzato da visioni piuttosto arretrate del diritto privato romano; e le *res cottidianae*, che sono probabilmente di confezione postclassica, ma che riflettono, sino a prova contraria, gli insegnamenti da lui impartiti quotidianamente ai discepoli in relazione al diritto vivente dei proprî tempi. Nel manuale delle *institutiones* Gaio: dichiara, in esordio, che ogni *obligatio* deriva da *contractus* oppure da *delictum* («*omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*»); formula quattro categorie di obbligazioni *ex contractu* (tutte, si badi, da negozi giuridici bilaterali); omette nel discorso relativo alle *obligationes re contractae* ogni riferimento al *depositum*, al *commodatum* ed alla *datio pignoris*; parla quindi delle obbligazioni nascenti dai quattro *delicta* civilistici; si astiene dunque dal segnalare l'esistenza ai suoi tempi di altri atti negoziali e di altri atti illeciti aventi pur essi il carattere di fonti di *obligationes*. Nei *libri rerum cottidianarum*, invece, l'autore (si tratti di Gaio o di un suo tardo parafraste) ci pone di fronte ad una «tripartizione delle fonti», in quanto dice a chiare lettere che le *obligationes* derivano, oltre che da *contractus* e da *delictum*, anche da «varie altre figure di fonti» («*proprio quodam iure ex variis causarum figuris*»): il che conferma il ricollegamento dei rapporti obbligatorî a fonti diverse da quelle individuate nell'ambito del solo *ius civile* (*vetus* o *novum*).

(*g*) Nel quadro del *ius novum* **postclassico** l'unità concettuale delle *obligationes* e l'estensione delle fonti di queste ultime anche a varî altri fatti giuridici involontari e volontari (e, se volontari, leciti o illeciti) trovò la sua piena conferma nel linguaggio delle costituzioni imperiali ed in quello delle non poche glosse o interpolazioni inseritesi, per quanto è dato supporre, negli scritti giuridici di provenienza classica. A conclusione di questo sviluppo, **Giustiniano** tentò di fare qualcosa di piú. Nel suo libro di istituzioni, affrettatamente scritto per sostituire nelle

scuole le *institutiones* di Gaio, abbozzò addirittura una «quadripartizione delle fonti di obbligazioni» alquanto ingenuamente ispirata ad amore di simmetria. Affermò infatti che le *obligationes* possono provenire, oltre che da contratto e da delitto, «quasi da contratto» e «quasi da delitto» («*aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*»), con ciò tentando di articolare meglio, attraverso la distinzione tra atti leciti non pienamente contrattuali ed atti illeciti non pienamente delittuosi, la generica categoria gaiana o pseudo-gaiana delle «*variae causarum figurae*».

L'esposizione **analitica delle** *obligationes*, o piú in generale dei rapporti relativi del diritto privato, può essere ancorata solo parzialmente, ed anche in questi casi non sempre con molta sicurezza, alle imperfette e talvolta contraddittorie concettualizzazioni che ci provengono dalla esperienza romana. Di questa si può dire soltanto: che pervenne assai presto ad una netta differenziazione dei rapporti giuridici relativi (non sempre, peraltro, qualificati come *obligationes*) dai rapporti giuridici assoluti; e che una differenziazione sostanziale, non terminologica, altrettanto netta operò, nell'ambito dei rapporti giuridici relativi, tra rapporti di debito e rapporti di responsabilità.

Ecco il motivo per cui, dopo che avremo premesso in questo stesso capitolo un **quadro generale** dei tipi e delle vicende attinenti a quelle che denomineremo, per semplificazione di discorso, tutte quante come **obbligazioni** (*obligationes*), passeremo nei capitoli successivi a trattare via via di quattro raggruppamenti: *a*) quello delle obbligazioni (lecitamente) **contratte** (*obligationes contractae*) del diritto civile antico (o a quest'ultimo successivamente attribuite dalle leggi pubbliche, dai magistrati giusdicenti e dalla giurisprudenza); *b*) quello delle obbligazioni da **contratto consensuale** (*obligationes ex contractu* o *consensu contractae*) del diritto civile nuovo; *c*) quello delle obbligazioni **non contrattuali** (*obligationes non contractae*: provenienti cioè da *pacta*, da convenzioni cd. «innominate», da altre cause lecite non convenzionali); *d*) quello delle cd. obbligazioni **di responsabilità**, sia **primaria** (da *delicta* civilistici o da altri illeciti successivamente venuti in rilievo giuridico), sia **secondaria** (da inadempimento di obbligazioni primarie di debito o di responsabilità).

59. ***I tipi delle obbligazioni.*** — Anche se l'orientamento dei romani fu, come abbiamo visto, nel senso della omogeneizzazione progressiva dei rapporti giuridici relativi entro la categoria generale dell'obbligazione, non può tacersi, a questo punto, di due **tipi anomali di obbligazioni** che in varia misura si differenziarono dal canone delle obbligazioni in senso

pieno, cioè da quelle che si dissero al loro confronto, le «obbligazioni civili». Le due categorie anomale furono quelle: *a*) delle *obligationes honorariae*; *b*) delle *obligationes naturales*.

(*a*) Le **obbligazioni onorarie** (*obligationes honorariae* o *praetoriae*) erano che i rapporti relativi riconosciuti e tutelati, in periodo preclassico e classico, dal diritto onorario: rapporti che la giurisprudenza di quei tempi evitava (pur se non in modo rigoroso e assoluto) di qualificare col termine di «*obligatio*» e preferiva indicare con la circonlocuzione «*teneri honoraria actione*» (essere cioè il debitore tenuto alla prestazione in virtú di un'azione concessa dal magistrato giusdicente al creditore).

In teoria la sussistenza dell'obbligazione onoraria era legata alla giurisdizione del magistrato che le avesse elargito tutela, quindi anche alla durata in carica di quest'ultimo o comunque alla riconferma della promessa di tutela negli editti dei magistrati successivi. Ma in pratica non tardò a prendere consistenza, nel corso del periodo classico, l'opinione che, una volta recepita la promessa di azione nell'editto giurisdizionale, il vincolo obbligatorio avesse lo stesso valore di un'obbligazione riconosciuta dal diritto civile (*vetus* e *novum*) e dalle leggi pubbliche di esso integrative.

La ragione per cui in **periodo postclassico** si continuò a parlare di «*obligationes honorariae*» non fu piú quella di segnalare la loro differenza dalle «*obligationes civiles*». Essa fu, al contrario, quella di mettere in rilievo che quei rapporti, pur provenendo dal vecchio *ius honorarium*, erano «*obligationes*» a tutti gli effetti parificate alle obbligazioni civilistiche. Ciò spiega perché Giustiniano affermi, nelle sue *Institutiones*, che la «*summa divisio*» delle obbligazioni (prima ancora di quella tra *obligationes ex contractu, quasi ex contractu, ex delicto, quasi ex delicto*) è la distinzione tra *obligationes civiles* e *obligationes honorariae*.

(*b*) Le **obbligazioni naturali** (*obligationes naturales*) erano un vasto e vario novero di rapporti giuridici relativi (generalmente con prestazione di dare) aventi questa caratteristica comune: di dar luogo ad un «diritto affievolito» del creditore, e piú precisamente ad un diritto creditorio condizionato all'**adempimento spontaneo** da parte del debitore. Solo se il debitore avesse provveduto all'adempimento di sua piena e libera volontà, il creditore poteva pretendere la ritenzione della prestazione fattagli, cioè la **ritenzione del pagato** (*soluti retentio*) e poteva conseguentemente resistere in sede giudiziaria (di solito, mediante eccezione di dolo) all'eventuale pretesa di restituzione avanzata dal debitore tardivamente pentito.

Dato che, malgrado questa forte attenuazione del potere del creditore, il rapporto aveva pur sempre carattere «giuridico» (cioè di obbligazio-

ne): *a*) ne era ammessa (anzi, doveva essere frequente) la garanzia da parte di terzi mediante negozî di fideiussione (*fideiussio* [n. 68]) o anche di garanzia reale (*datio* o *conventio pignoris* [n. 57]); *b*) ne era concepibile (purché accettata dal debitore) la novazione (*novatio*) in obbligazione regolare (cioè in «*obligatio civilis*»); *c*) ne era ritenuta possibile (almeno in periodo postclassico) la compensazione (*compensatio* [n. 63]) con una obbligazione civilistica. Nel caso (peraltro rarissimo) che un'obbligazione naturale venisse successivamente munita (dal pretore, da una legge, da una costituzione imperiale) anche di azione diretta al pieno adempimento da parte del debitore, essa passava ovviamente ad essere un'obbligazione civile; ma non era da escludere che, malgrado ciò, si continuasse, per trascuratezza, a denominarla tuttora come obbligazione «naturale».

La **ragione di fondo** per cui vennero riconosciute in sempre piú larga misura, prima dalla giurisprudenza e poi dalla giurisdizione, le fattispecie delle *obligationes naturales* fu essenzialmente questa. In quelle ipotesi, pur quando mancasse ad una delle parti la capacità (giuridica o di agire) occorrente alla costituzione di un rapporto giuridico obbligatorio in piena regola, o pur quando mancasse allo specifico rapporto la motivazione economica adeguata ad un suo pieno riconoscimento giuridico, il debitore doveva sentirsi egualmente tenuto, stando alle correnti opinioni sociali, a comportarsi secondo l'impegno assunto: esigenza che si usava esprimere con la circonlocuzione «*natura debère*» (dover compiere la prestazione per un impulso socialmente del tutto naturale, spontaneo, ovvio) o con fraseologie dello stesso tipo. Sebbene sia evidente un certo collegamento di questa concezione con quelle del *ius gentium* e del *ius naturale* [n. 4], è peraltro da escludere che le obbligazioni naturali siano state viste, salvo che in qualche occasione particolare, come dirette promanazioni di quei sistemi normativi. Al risultato finale di far coincidere le obbligazioni naturali con tutti quanti i piú sentiti «doveri morali e sociali» che già non fossero coperti da piena tutela giuridica, si pervenne (ma in modo alquanto approssimativo) solamente nel periodo postclassico, mentre nel precedente periodo classico le fattispecie piú probabili di *obligationes naturales* furono: *a*) quelle attinenti ai *servi*; *b*) quelle attinenti ai *liberi* sottoposti a *potèstas*; *c*) quelle attinenti ai *capite minuti*; *d*) poche altre ancora.

(*a*) Relativamente ai **sottoposti schiavi** (*servi*), la giurisprudenza classica: da un lato, tenne sempre fermo il principio che essi fossero del tutto sforniti di capacità di agire in nome proprio (*pro se* [n. 15]) e che pertanto non potessero essere soggetti né attivi né passivi di obbligazioni civili (cioè munite di azione); dall'altro lato, si indusse lentamente (e non senza incertezze) a considerarli debitori naturali in ordine alle obbligazioni derivanti da atti illeciti, nonché debitori o anche creditori naturali in ordine alle obbligazioni derivanti da atti leciti.

Questa impostazione, accolta e sviluppata con favore in periodo postclassico, comportò principalmente che il diritto alla **ritenzione del pagato**: *a*) potesse essere fatto valere nei confronti dello schiavo manomesso quando, dopo l'affrancazione, avesse spontaneamente rimborsato l'ex-padrone (o chi altri per costui) delle perdite economiche incontrate a causa di un delitto da lui perpetrato; *b*) potesse essere fatto valere nei confronti dello schiavo manomesso quando avesse spontaneamente adempiuto, sempre dopo l'affrancazione, un'obbligazione assunta per causa lecita verso il proprio padrone o verso un altro soggetto giuridico; *c*) potesse essere fatto valere nei confronti dello schiavo manomesso, almeno nei limiti del peculio, anche quando avesse proceduto all'adempimento spontaneo durante lo stato servile, cioè prima della manumissione; *d*) potesse essere fatto valere, dallo stesso schiavo manomesso, in veste di creditore naturale, nei confronti di chi avesse spontaneamente adempiuto un'obbligazione assunta, per causa lecita e prima dell'affrancazione, a favore di lui.

(*b*) Relativamente ai **sottoposti liberi** di un capofamiglia (cioè ai *filii familiarum* ed ai *liberi* ad essi equiparati), va tenuto presente quanto si è detto a suo tempo [n. 15] circa il riconoscimento agli stessi, e in particolare ai figli maschi di primo grado, di una capacità di agire in nome proprio (*pro se*). Fuori da queste ipotesi speciali, la posizione della giurisprudenza preclassica e classica in ordine ai sottoposti liberi coincise quasi in tutto con quella assunta nei riguardi degli schiavi.

(*c*) Relativamente a **coloro che avessero perso la soggettività** attiva o passiva di una precedente obbligazione civile a séguito di privazione della libertà o ad arrogazione da parte di altro capofamiglia, analogo fu l'atteggiamento della giurisprudenza classica.

Altre fattispecie di obbligazioni naturali, delle quali è dubbia la classicità o addirittura probabile la postclassicità, furono: *a*) l'obbligazione assunta dal pupillo senza l'*auctoritas* del tutore; *b*) l'obbligazione assunta mediante *nudum pactum*; *c*) l'obbligazione estinta per prescrizione; *d*) l'obbligo del *paterfamilias* di dotare la figlia *in potestate*; *e*) l'obbligo della moglie *sui iuris* di autodotarsi; *f*) l'obbligo del liberto di prestare le *operae* al patrono; *g*) l'obbligo del donatario di remunerare il donatore. Elenco, questo, puramente indicativo, il quale non vale a dare un quadro sufficientemente chiaro e sicuro dello stato del diritto classico, ma serve solo a confermare il carattere approssimativo dell'identificazione postclassico-giustinianea delle *obligationes naturales* con i doveri morali e sociali in genere.

60. ***I soggetti delle obbligazioni.*** — I soggetti di un'obbligazione (anche detti «*rei*» della stessa) erano, come abbiamo già visto in preceden-

za, due e ben determinati: un soggetto attivo, denominato «creditore» (*crèditor*), ed un soggetto passivo, denominato «debitore» (*dèbitor*) o anche e piú spesso «obbligato» (*obligatus*). Tuttavia erano possibili e previste l'ipotesi di una **pluralità di soggetti** attivi o passivi e quella dell'**indeterminatezza** dei soggetti stessi. Parleremo qui, pertanto: *a*) delle obbligazioni parziarie; *b*) delle obbligazioni cumulative; *c*) delle obbligazioni solidali; *d*) delle obbligazioni a soggetto indeterminato.

(*a*) La pluralità dei soggetti (attivi o passivi) di un'obbligazione dava luogo, di regola, ad un'**obbligazione parziaria** (*obligatio pro parte* o *pro rata*). L'obbligazione si intendeva cioè ripartita in tante obbligazioni per quanti erano i soggetti attivi e passivi: quindi la prestazione spettava a ciascun creditore o gravava su ciascun debitore solo in proporzione alla sua parte individuale (cd. *portio virilis*). Generalizzando una formulazione sorta in ordine ad una delle ipotesi (peraltro la piú importante) di parziarietà, quella della successione a causa di morte [n. 94], può dirsi, insomma, che il principio era nel senso che le obbligazioni a piú soggetti erano divise automaticamente fra gli stessi («*nòmina ipso iure divisa*»).

(*b*) Rispetto alla regola della parziarietà delle obbligazioni a pluralità di soggetti, una prima eccezione era rappresentata dalle **obbligazioni cumulative** (o «solidalmente cumulative», o «multiple»). Tali erano quelle in cui la prestazione era dovuta per intero (*in sòlidum*) da ciascun condebitore al creditore (ipotesi della «cumulatività passiva») oppure dal debitore a ciascun concreditore (ipotesi della «cumulatività attiva»): dunque in una obbligazione formalmente unica si cumulavano tante obbligazioni tra loro identiche e parallele per quanti erano i soggetti attivi o i soggetti passivi («*plures rei plura debita*»).

La cumulatività poteva derivare dalla volontà dei soggetti che ponevano in essere la obbligazione (*ex voluntate*), oppure da norme dell'ordinamento giuridico (o meglio, da fatti giuridici involontari corrispondenti a quelle norme: *ex iure*). Dato che non sempre le formulazioni relative erano esplicite, o comunque chiare, è evidente che i dubbi, in sede di interpretazione giurisprudenziale, furono tutt'altro che infrequenti.

Sempre cumulative erano, per comune riconoscimento della giurisprudenza preclassica e classica, le cd. **obbligazioni penali**, cioè fissate, a carico o a favore di piú soggetti, a titolo di pena (*obligationes poenales*), e in particolare quelle insorgenti a titolo di pena da una responsabilità primaria (*obligationes poenales ex delicto* [n. 84]). La ragione ne era evidente: la pena è una sanzione strettamente personale, che non manterrebbe la sua carica afflittiva se fosse divisa tra i piú corresponsabili

e non assolverebbe la sua funzione riparatrice se fosse ripartita tra le piú vittime. Tuttavia, man mano che il concetto di «*poena*» (intesa come penalità privata) si allontanò dalle sue origini di «vendetta», la giurisprudenza tardo-classica e, con piú larghezza, il diritto postclassico-giustinianeo mostrarono una forte propensione a ridurre il numero delle ipotesi di cumulatività *ex poena* ed a convertire le obbligazioni penali a pluralità di soggetti da cumulative in solidali.

(*c*) Altra eccezione alla regola della parziarietà delle obbligazioni a pluralità di soggetti fu rappresentata dalle **obbligazioni solidali** (*obligationes in solidum*). Tali erano quelle in cui la prestazione era dovuta per intero (*in sòlidum*), ma una volta soltanto, dal primo dei molteplici condebitori cui la richiedesse l'unico creditore (ipotesi della «solidarietà passiva») oppure al primo dei molteplici concreditori che la richiedesse all'unico debitore (ipotesi della «solidarietà attiva»). Dunque l'obbligazione era unica non solo formalmente (a causa dell'unicità del fatto giuridico da cui era scaturita), ma anche sostanzialmente, cioè a causa dell'unica prestazione dovuta («*plures rei unum debitum*»).

Dalla circostanza che le fonti denominano talvolta (piú precisamente, a proposito della *stipulatio* determinativa di obbligazioni solidali) «*còrrei*» i due o piú soggetti (*rei*) legati dal vincolo di solidarietà, è derivato l'uso di chiamare le obbligazioni solidali, o talune tra esse, anche «obbligazioni correali».

La solidarietà obbligatoria derivava in rare ipotesi (per esempio, in quella delle obbligazioni indivisibili) da norme giuridiche (*ex iure*), ma il piú delle volte derivava dalla volontà dei soggetti (*ex voluntate*) e particolarmente da atti negoziali. I **negozi giuridici piú usuali** ai fini della costituzione di obbligazioni solidali furono: *a*) la *stipulatio* [n. 68] di un debito unitario (*unum debitum*) a carico di due (o piú) *promissores* (che rispondevano, ad esempio, tutti «*spondeo*» alla domanda «*centum dari spondesne?*») o a favore di piú *rei stipulandi* (che rivolgevano ciascuno alla controparte la stessa domanda «*centum dari spondes?*», ricevendone tutti insieme la risposta «*utrique vèstrum dari spondeo*»); *b*) il *legatum per damnationem* [n. 81 e 96] di un «*unum debitum*» a carico di piú eredi e a favore di un legatario (es.: «*Titius heres meus aut Caius heres meus Seio centum damnas esto dare*») o a carico di un solo erede e a favore di piú legatari (es.: «*Titius heres meus Seio aut Maevio centum damnas esto dare*»). Meno frequenti altri negozi costitutivi di obbligazioni *inter vivos* (es.: il *commodatum*) o *mortis causa* (es.: il *legatum sinendi modo*).

In ordine all'**adempimento** dell'obbligazione solidale vanno fatte due precisazioni: *a*) se l'avente diritto non pretendeva per esplicito che esso fosse effettuato integralmente, l'obbligazione (salvo il caso che la prestazione fosse indivisibile) poteva essere ben adempiuta parziariamente (ciascuno per la sua parte di debito) dai singoli condebitori; *b*) se però l'adempimento era stato comunque effettuato integralmente da

uno dei condebitori o ad uno dei concreditori, l'obbligazione era estinta. Non vi era dunque la possibilità di revocare l'adempimento integrale e di effettuare, sia pur d'accordo tra tutti i soggetti, un adempimento parziario.

L'effetto estintivo delle *obligationes* solidali derivava, oltre che dall'adempimento, dalle cd. «cause oggettive» di estinzione dei rapporti obbligatorî: *solutio per aes et libram*, *acceptilatio*, impossibilità della prestazione, *novatio*, *pactum de non petendo «in rem»* del diritto giustinianeo ecc. Le cause di estinzione cd. «soggettive» (cioè la morte o la *capitis deminutio* di uno dei *conrei*, la *confusio* o il *concursus causarum* relativi ad uno dei *conrei*, le situazioni determinative di *exceptio* relativamente ad un *conreus* soltanto) avevano effetto estintivo limitatamente al soggetto (*conreus*) interessato. Quanto alla *litiscontestatio*, bisogna distinguere: nel processo formulare, essa (anche se la lite non si era instaurata tra tutte le parti del rapporto obbligatorio) aveva effetto consumativo di tutta intera l'*obligatio in solidum* (e determinava pertanto, ove qualcuno agisse successivamente per l'adempimento di quell'*obligatio*, l'applicazione della regola «*bis de eàdem re ne sit actio*»); nel processo *extra ordinem* (particolarmente in quello postclassico) essa aveva effetto consumativo delle sole obbligazioni solidali attive, mentre per le obbligazioni solidali passive il creditore, che avesse inutilmente agito contro uno dei condebitori, era libero di ripetere l'azione contro un altro *conreus* e poi contro un altro ancora, sino a trovare colui che effettivamente eseguisse l'adempimento.

La struttura delle obbligazioni solidali non comportava, di per sé: né la possibilità della «rivalsa» dei creditori insoddisfatti verso il concreditore che avesse ricevuto l'adempimento; né la possibilità del «regresso» del debitore che avesse effettuato l'adempimento verso i condebitori insolventi. Tuttavia, era d'uso tra i concreditori ed i condebitori accordarsi preventivamente (ad esempio, mediante reciproci *mandata* [n. 77]) circa il regime della rivalsa o del regresso; ed anche in mancanza di accordo preventivo non era raro il caso che l'equilibrio potesse essere ristabilito, ricorrendone gli estremi, mediante l'esercizio di *actiones negotiorum gestorum* [n. 82] (es.: il debitore che aveva pagato agiva come *negotiorum gestor* contro i condebitori nel cui interesse aveva effettuato l'adempimento; i creditori insoddisfatti agivano come *domini negotii* contro il concreditore che nel loro interesse, quale *negotiorum gestor*, aveva ricevuto l'adempimento). Un efficace sistema, cui ricorreva il debitore solidale solvente per garantirsi il regresso nei confronti dei condebitori, era di farsi fare la cessione del credito (*cessio nominis*) dal creditore [n. 64].

(*d*) **Obbligazioni a soggetto indeterminato**, o «ambulatorie», erano quelle in cui non era inizialmente e costantemente determinata la persona del creditore o del debitore, ma la «individuazione del debitore» era rimandata, secondo criterî prefissati, al momento dell'adempimento. In astratto, il fatto che i soggetti, pur se non determinati, fossero però determinabili sarebbe dovuto essere sufficiente a legittimare le obbligazioni

ambulatorie, ma il diritto privato, e particolarmente il diritto civile, manifestò in concreto sensibili riluttanze, limitando la ammissibilità della figura a pochissimi casi (es.: legato a favore del primo fra i parenti che si presenterà ai funerali del testatore, cioè a favore di colui che «*ex cognatis meis primus ad funus meum vènerit*»).

Furono invece ammesse senza difficoltà dal *ius privatum* talune speciali obbligazioni ambulatorie denominate ***obligationes propter rem***, o (impropriamente) «oneri reali»: obbligazioni gravanti su chiunque si trovasse ad avere in dominio o in possesso una certa *res*. Pertanto si ritenne: che il superficiario e l'enfiteuta [n. 55-56], quali che essi fossero, avessero l'obbligo di pagare i canoni relativi al diritto acquistato; che qualunque successivo concessionario di *fundi provinciales* [n. 47] fosse obbligato al pagamento dello *stipendium* o del *tributum*; che qualunque attuale possessore di cose estorte con violenza fosse citabile mediante l'*actio metus* (definita, appunto per questa sua caratteristica, come «*actio in rem scripta*» [n. 18]); che qualunque attuale titolare di *potestas* o di *possessio* su un *alieni iuris* colpevole di un delitto fosse perseguibile dall'offeso con l'*actio noxalis* [n. 84].

61. ***L'oggetto delle obbligazioni.*** — Oggetto dell'obbligazione era, nella concezione genuinamente romana, il **soggetto passivo in funzione di un determinato comportamento** (cd. «prestazione») che egli era impegnato ad effettuare. Per comprensibile traslato, si passò, peraltro, nella generalità dei casi, a considerare come oggetto della *obligatio* non tanto la persona del soggetto passivo, quanto la «prestazione» costituente il contenuto del suo obbligo. E questa visuale fu agevolata dal fatto che le obbligazioni passive, in origine ritenute strettamente inerenti alla persona dell'obbligato, furono col tempo riconosciute quasi tutte trasmissibili agli eredi e trasferibili *inter vivos*, vennero quindi considerate come entità economiche autonome.

(*a*) La **prestazione** poteva consistere in un «*dare*» (cioè nel trasferimento di una cosa in proprietà o in possesso), in un «*fàcere*» (cioè in una specifica attività del debitore), in un «*non fàcere*» (cioè nell'astensione del debitore da una specifica attività). Le fonti romane passano però spesso sotto silenzio il *non facere* e parlano invece di «*dare, facere*», o anche di «*dare, facere, praestare*». Con quest'ultimo termine (*praestàre* [n. 66]), che letteralmente significa «star garante» («*praes-stare*») e che solo la dottrina moderna ha arbitrariamente assunto a designazione generale dei comportamenti debitorî, si voleva forse intendere il momento della «responsabilità» (e dell'obbligazione relativa), che seguiva a quello del mero debito in caso di inadempimento.

Requisiti della prestazione erano, in ogni caso, quattro: *a)* la **determinatezza**, o almeno la «determinabilità» secondo criterî ben individuabili al momento della costituzione del rapporto: senza di che l'obbligato sarebbe stato alla piena mercé del creditore e l'obbligazione si sarebbe risolta in un potere arbitrario del secondo sul primo; *b)* la **possibilità** della sua effettuazione sia dal punto di vista materiale, che da quello giuridico: senza di che egualmente l'obbligato si sarebbe venuto a trovare completamente nelle mani del creditore; *c)* la **liceità** giuridica e morale, cioè la sua compatibilità con le norme inderogabili del diritto e con quelle fondamentali della morale; *d)* la **valutabilità economica**: senza di che non sarebbe stata possibile la condanna pecuniaria (conseguente, nella cognizione ordinaria, all'esercizio dell'azione personale).

Con riguardo alla prestazione, le obbligazioni erano passibili di tre **sottodistinzioni**: *a)* obbligazioni positive e negative; *b)* obbligazioni divisibili e indivisibili; *c)* obbligazioni di specie e di genere.

(*a*[1]) **Obbligazioni positive** erano quelle aventi ad oggetto un comportamento commissivo (di dare o di fare), mentre «obbligazioni negative» erano quelle aventi ad oggetto un comportamento omissivo (di non fare). La distinzione aveva, come vedremo [n. 88], il suo rilievo in materia di responsabilità per inadempimento.

(*a*[2]) **Obbligazioni indivisibili** erano quelle la cui prestazione era oggettivamente insuscettibile di adempimento parziale: nel senso che, dividendo l'adempimento in parti, la somma di queste non equivalesse alla prestazione dovuta. In caso di «pluralità di soggetti» ad esse erano normalmente applicabili le regole relative alle obbligazioni solidali.

(*a*[3]) **Obbligazioni generiche** erano quelle obbligazioni di dare che avevano per oggetto una categoria piú o meno vasta di cose (un «*gènus*») entro cui poi scegliere la cosa da prestare in concreto: tutte le altre obbligazioni erano considerate di «specie», cioè di cosa individuata. La scelta nell'ambito del genere spettava di regola al debitore. Per diritto classico questi era tenuto a prestare una cosa qualsiasi rientrante nella categoria, purché non fosse da qualificare la peggiore («*nec optimum nec pessimum*»); per diritto giustinianeo egli era invece (piú giustamente) tenuto a prestare una cosa di valore medio tra i due estremi («*res mediae aestimatiònis*»).

(*b*) Il tema della prestazione implica che si parli anche delle cd. **obbligazioni alternative**, che erano quelle aventi ad oggetto due o piú prestazioni, delle quali peraltro il debitore era tenuto ad adempiere una sol-

tanto (es.: «*dare aut hominem Stichum aut centum*»). Di esse si diceva che le prestazioni erano due o piú nel momento dell'obbligazione, ma si riducevano ad una nel momento dell'adempimento («*duae res vel plures sunt in obligatione, una àutem in solutione*»).

Il «diritto di scelta» della prestazione (*ius eligèndi*) spettava normalmente al debitore, ma poteva anche essere esplicitamente rimesso al creditore o ad un terzo. Se una delle due prestazioni si rendeva impossibile per fatto non imputabile al debitore, l'obbligazione alternativa si concentrava nella seconda prestazione; se invece la prima prestazione si rendeva impossibile per colpa del debitore e successivamente la seconda diveniva impossibile per fatto a lui inimputabile, il creditore fu ammesso, in periodo postclassico, ad esercitare l'azione di dolo allo scopo di ottenere il risarcimento del valore medio tra le due prestazioni.

(*c*) Diverse dalle alternative erano le **obbligazioni facoltative**. In esse la prestazione era una soltanto, ma al debitore era concesso il diritto di sostituirla con una prestazione diversa (es.: canone di affitto stabilito in derrate, ma con diritto del debitore di pagarlo in danaro). Se la prestazione di base diventava impossibile per causa non imputabile al debitore, è chiaro che l'obbligazione si estingueva.

(*d*) Carattere del tutto eccezionale aveva la **prestazione degli interessi** (*usurae* o *fenus*), cioè la prestazione di un tanto in piú del capitale in danaro ricevuto in prestito (*sors*), da corrispondersi proporzionalmente all'ammontare del capitale stesso ed alla durata della sua utilizzazione da parte dell'obbligato. Dato che il danaro era ritenuto cosa infruttifera [n. 13], gli interessi erano, di regola, «convenzionali», cioè potevano derivare solo da esplicite (o, in qualche contratto del diritto civile nuovo, implicite) convenzioni tra le parti, a titolo di «corrispettivo» del sacrificio economico compiuto dal creditore. Per eccezione si ammise, peraltro, che interessi cd. «legali» decorressero, a titolo «risarcitorio», nel caso di mora del debitore nell'adempimento [n. 89].

Quanto all'ammontare del tasso di interesse, l'inclinazione della prassi verso tassi assai elevati determinò numerosi interventi limitativi della legislazione. Le XII Tavole stabilirono che non potessero pattuirsi *usurae* in misura superiore ad un'*uncia* (1/12) del capitale per ogni mese (cd. «*fenus unciarium*», pari al 100% annuo). La legislazione repubblicana ribassò il tasso massimo ad un centesimo al mese (cd. «*centesimae usurae*», pari al 12% annuo). Il tasso di interessi massimo fu ulteriormente ridotto dalla legislazione cristiana postclassica e da Giustiniano. Giustiniano inoltre vietò il cd. **anatocismo** (*anatocismus*), cioè la produzione di interessi da

parte degli interessi maturati e ancora da versarsi alla scadenza stabilita al creditore («*usurae usurarum*»).

(*e*) Altro tipo caratteristico di prestazione era quello della **prestazione di rendita**, consistente in una dazione di danaro o di altre cose fungibili (vino, olio, prodotti agricoli ecc.) ripetuta ogni anno («*in singulos annos*») o anche a scadenze inferiori.

La rendita poteva essere: *a*) «perpetua», se il creditore ed i suoi eredi avevano diritto ad esigerla senza limiti di tempo; *b*) «vitalizia», se l'obbligazione era limitata alla vita del creditore o dell'obbligato. La ragione dell'istituto consisteva generalmente in una liberalità, ma poteva anche corrispondere alla remunerazione di una prestazione ricevuta preventivamente dal debitore (es.: remunerazione per l'acquisto di un fondo).

62. *L'adempimento delle obbligazioni.* — L'adempimento delle obbligazioni era normalmente denominato col termine di **soluzione** (*solutio*, scioglimento), evidentemente derivato dall'epoca in cui il vincolo giuridico era anche un vincolo materiale (*nexum*), e in cui, quindi, per ottenere la eliminazione del vincolo (*nexi liberatio*), occorreva un vero e proprio suo «scioglimento», nel senso materiale della parola [n. 58].

L'adempimento poteva realizzarsi (senza che il creditore avesse diritto di protestare) anche in modo indiretto, cioè diverso dalla esecuzione della prestazione da parte dell'obbligato, quindi anche a mezzo di altri fatti o atti giuridici (eventualmente compiuti da terzi) dai quali conseguisse la **soddisfazione** (*satisfactio*, soddisfacimento), cioè l'appagamento sostanziale del creditore (*satisfactio pro solutione est*). Tuttavia affinché l'obbligazione, oltre che adempiuta (direttamente o indirettamente), fosse «estinta», cioè cancellata dalla vita del diritto, occorreva in più, almeno in alcuni casi, che intervenisse anche una particolare **formalità di estinzione**: formalità richiesta essenzialmente per ragioni storiche. Dunque, poteva darsi il caso di obbligazioni adempiute, ma non formalmente estinte; così come poteva darsi il caso di obbligazioni formalmente estinte (causa l'intervento di un certo modo di estinzione), ma in realtà non adempiute. L'estinzione formale (se ed in quanto accettata o non contestata dal creditore) eliminava comunque la necessità dell'effettivo adempimento.

(*a*) **Soggetto attivo dell'adempimento** era ritenuto normalmente il soggetto passivo dell'obbligazione, cioè il debitore. Peraltro anche un «terzo» (*extràneus*) poteva eventualmente effettuare l'adempimento, sempre che a tal uopo non fosse strettamente necessaria l'attività del debitore

(come accadeva, ad esempio, per le prestazioni insostituibili di fare gravanti sulle specifiche qualità del debitore). In questo caso non occorreva né il mandato del debitore, né la conoscenza da parte di costui dell'iniziativa assunta dal terzo, anzi l'estinzione dell'obbligazione si verificava (in omaggio al cd. *favor debitoris*) anche se egli facesse opposizione.

(*b*) **Soggetto passivo dell'adempimento** era il creditore, cioè il soggetto attivo dell'obbligazione, o altra persona designata a questo scopo dall'ordinamento giuridico o dallo stesso creditore: il tutore, il curatore, un mandatario, il procuratore, uno schiavo preposto alle esazioni (*servus pecuniis exigèndis praepòsitus*), un soggetto designato come esattore nell'atto costitutivo («esattore aggiunto»: *adiectus solutionis causa*). L'adempimento fatto a persona non prevista dall'ordinamento né autorizzata dal creditore non era valido, salvo che il creditore ratificasse successivamente l'iniziativa del debitore o del terzo e sempre che a favore di lui non si fosse comunque verificato il soddisfacimento.

(*c*) Per l'adempimento dell'obbligazione si intese l'**adempimento esatto**: sia quanto al tempo, sia quanto al contenuto della prestazione. Non era da considerarsi adempiuta l'obbligazione, se fosse stata adempiuta fuori del tempo prescritto o necessario, in un luogo diverso da quello stabilito o necessario, in maniera diversa da quella fissata.

(*d*) La **prova dell'adempimento** poteva fornirsi in ogni modo, e quindi anche mediante testimonî. Sin dal periodo classico fu molto diffuso il sistema di provvedervi per iscritto, mediante «quietanze» emesse dallo stesso creditore soddisfatto (*àpochae*), oppure mediante dichiarazioni sigillate da testimonî (*testatiònes*).

(*e*) La **prestazione in luogo di adempimento**, cioè il pagamento avente ad oggetto un qualcosa per un'altra cosa (*aliud pro alio*), si denominava usualmente «dazione in pagamento» (*datio in solutum*), con riferimento al caso prevalente (ma non esaustivo) delle obbligazione di dare. Essa era ammissibile solo se fosse «volontaria», nel senso che il creditore vi acconsentisse; ma il diritto postclassico ammise, in considerazione della difficile situazione economica dei tempi, anche qualche caso di prestazione sostitutiva «necessaria» (*datio in solutum necessaria*»).

(*f*) Non ammesso era l'**adempimento parziale**, cioè l'esecuzione solo in parte della prestazione dovuta, salvo che il creditore non l'accettasse, rinunciando al residuo o rimandando il pagamento del residuo ad altra epoca.

In ordine a limitate ipotesi, fu peraltro riconosciuto a talune persone il beneficio, di cui abbiamo parlato a suo tempo [n. 36], di essere condannate soltanto **nei**

limiti di quanto effettivamente potessero pagare (*«condemnatio in id quod facere possunt»*): ciò allo scopo di evitar loro l'esecuzione personale, oppure la *bonorum venditio* e l'*infamia* conseguente. In età postclassica si specificò che in questi casi la condanna dovesse essere irrogata dal giudice previa deduzione di una minima parte dei beni, affinché il debitore non morisse di inedia (*«deductio ne debitor èggat»*).

Altro istituto limitativo della prestazione fu il cd. **patto di pagamento ridotto** (*pactum quo minus solvatur*): una sorta di «concordato preventivo» (preventivo rispetto all'esecuzione patrimoniale [n. 26]), che poteva intervenire tra gli eredi del debitore insolvente defunto e i creditori ereditarî, allo scopo di ottenere che questi limitassero congruamente le loro pretese, sí da evitare la vendita patrimoniale forzata a danno del morto, oppure dello stesso erede (accettante o necessario), e l'infamia relativa [n. 95].

(*g*) Il debitore aveva facoltà di procedere alla cd. **imputazione dei pagamenti** nel caso che avesse verso la stessa persona piú debiti con prestazioni dello stesso genere (ad es.: piú debiti di danaro) e che tali debiti fossero tutti venuti a scadenza, mentre la prestazione da lui compiuta non fosse tale da abbracciare tutte le prestazioni dovute. L'imputazione si faceva indicando i debiti che il debitore volesse estinguere; in mancanza di imputazione da parte del debitore, essa spettava al creditore; in mancanza di imputazione anche da parte del creditore, si imputava il pagamento anzitutto agli interessi, secondariamente ai debiti piú gravosi, in terzo luogo a quelli piú antichi. Se tali criterî erano inapplicabili, la prestazione andava (è ovvio) proporzionalmente ripartita a scomputo parziale di tutte le obbligazioni.

(*h*) Si verificava la cd. **mora del creditore** (*mora accipiendi*) quando il creditore non accettasse l'adempimento o ritardasse la sua cooperazione col debitore nel ricevere il pagamento. In tale ipotesi il debitore aveva diritto di non corrispondere piú gli interessi (se pattuiti o dovuti) e, se fosse sopravvenuta l'impossibilità della prestazione, era tenuto ad adempiere solo nel caso che l'impossibilità fosse stata da lui dolosamente determinata.

Nell'eventualità di persistente rifiuto del creditore, il debitore obbligato ad una prestazione di dare, poteva liberarsi effettuando, previa **offerta reale** (*oblatio rei*), il **deposito in luogo pubblico** di quanto da lui dovuto (*depositum in aede publica*: per esempio, presso i sacerdoti di un tempio).

63. ***Le vicende delle obbligazioni.*** — I modi di costituzione, di modificazione, di estinzione delle singole obbligazioni verranno indicati in sede di trattazione relativa a ciascun tipo di obbligazione. Ma è opportuno far cenno sin d'ora ai seguenti **fatti estintivi** di carattere generale, valevoli

cioè per quasi tutti i rapporti obbligatorî e a prescindere dall'adempimento: *a*) la remissione mediante *solutio per aes et libram*; *b*) gli altri modi solenni di remissione del debito (*acceptilatio verbis* e *acceptilatio litteris*); *c*) la sopravvenuta impossibilità della prestazione, se non imputabile al debitore; *d*) la confusione obbligatoria; *e*) il concorso di cause estintive; *f*) la compensazione; *g*) il patto di non esigere e gli altri modi non solenni di remissione; *h*) la prescrizione estintiva.

(*a*) Lo **scioglimento per mezzo di atto librale** (*solutio per aes et libram*) era in età arcaica l'atto contrario dell'automancipazione (*nexi datio*): consisteva cioè in una mancipazione reintegrativa della piena libertà dell'obbligato [n. 58]. In epoca storica sopravvisse come «negozio immaginario» [n. 17], cioè come formalità estintiva dell'obbligazione (*imaginaria solutio*) di cui non vale la pena rievocare i particolari. Venne utilizzata particolarmente ai fini si **remissione** gratuita del debito. Scomparse progressivamente in periodo postclassico.

(*b*) Alle stesse finalità di **remissione** del debito servivano, in età classica, l'**accettilazione verbale** (*acceptilatio verbis*) e l'**accettilazione scritta** (*acceptilatio litteris*), che erano in origine gli atti inversi (contrari), rispettivamente, della stipulazione e della espensilazione, due negozi costitutivi di obbligazioni dei quali parleremo piú avanti [n. 67 e 69].

(*c*) L'**impossibilità non imputabile** della prestazione si verificava allorché la prestazione (originariamente possibile) divenisse impossibile per cause sopravvenute: cause le quali peraltro non fossero considerate dall'ordinamento imputabili al debitore e non determinassero pertanto una sua obbligazione secondaria di responsabilità (per inadempimento). Le caratteristiche di questo fatto estintivo ed i confini di esso saranno meglio esaminati in tema di responsabilità per inadempimento [n. 88].

(*d*) La **confusione obbligatoria** (*confusio obligationum*, da non confondere con la *confusio* in materia di diritti assoluti [n. 52]), era la riunione nello stesso soggetto giuridico della qualità di creditore e della qualità di debitore, per esempio a causa di successione a causa di morte dell'uno all'altro. La confusione determinava l'estinzione dell'obbligazione in virtú del principio generale (di cui si faceva applicazione anche in materia di diritti assoluti su cosa altrui) che nessuno può essere ad un tempo soggetto attivo e passivo dello stesso rapporto giuridico (nella specie: «*nemo obligatus sibi esse potest*»).

(*e*) Si aveva **concorso di cause estintive** (*concursus causarum*) quando il creditore, pur non essendo stato pagato nel modo proprio alla sua ob-

bligazione, avesse ottenuto comunque, a diverso titolo, la prestazione dovutagli.

In antico, la giurisprudenza romana ritenne che l'obbligazione fosse sempre estinta per effetto del concorso delle cause estintive, indipendentemente dal modo in cui il creditore avesse ottenuto il suo soddisfacimento. Nella tarda **età classica**, e comunque nell'età postclassica, si diffuse invece la regola per cui dovesse distinguersi tra ottenimento della prestazione «a titolo oneroso» e ottenimento «a titolo lucrativo»: se il creditore aveva ottenuto, sí, l'oggetto della prestazione, ma a titolo oneroso, cioè pagandone il controvalore (per esempio, avendolo comprato), si riteneva giustamente che il debitore continuasse ad essere obbligato nei suoi confronti all'adempimento o almeno alla *satisfactio*; se il creditore aveva invece ottenuto l'adempimento in qualunque modo **a titolo gratuito** («*ex causa lucrativa*»), il debitore era liberato dall'obbligazione nei suoi confronti.

(*f*) La **compensazione** (*compensatio*) consisteva in un conguaglio tra le obbligazioni reciproche di due soggetti (*debiti et crediti inter se contributio*). Posto che un soggetto fosse in grado di esigere, mediante azione giudiziaria, un determinato credito (ad es., di 100) verso un altro soggetto, e che quest'ultimo vantasse a sua volta verso il primo un credito parimenti determinato (ad es., di 70) e parimenti esigibile in giudizio, si ritenne inutile ricorrere a due pagamenti reciproci e si affermò il principio che il creditore della quantità minore (nell'esempio, il creditore di 70) fosse tenuto a pagare all'altro creditore il «saldo», cioè la differenza fra le due quantità (nell'esempio, il saldo di 30).

In età **classica** la compensazione era riconosciuta solo **in casi specifici**, tra cui principalmente i seguenti quattro: *a*) il caso dei crediti fatti valere mediante *iudicia bonae fidei* [n. 23]: questi crediti dovevano essere compensati, a cura del giudicante, con i debiti dell'attore verso il convenuto in base allo stesso rapporto fatto valere in giudizio (*ex eadem causa*); *b*) il caso dell'*argentarius* (banchiere [n. 79]), quando agisse contro il cliente: egli doveva detrarre dal credito fatto valere l'importo dei crediti dello stesso genere di cose (es.: danaro, grano, vino) che il cliente vantasse per qualunque causa nei suoi riguardi («*agere cum compensatione*»); *c*) il caso del *bonorum emptor* che avesse acquistato in blocco i beni del fallito [n. 26]: egli doveva agire contro i debitori del fallito tenendo conto dei crediti relativi a qualunque genere di cose che eventualmente questi vantassero nei riguardi del fallito, e deducendo il relativo ammontare dalle sue pretese («*agere cum deductione*»); *d*) il caso di chi esercitasse l'*actio de peculio* nei riguardi del *pater familias* [n. 20]: l'attore aveva l'obbligo di dedurre dalla sua pretesa relativa al peculio l'importo delle obbligazioni naturali del *filius* o del *servus* nei confronti del *pater* [n. 59]. Nelle ipotesi di *iudicia bonae fidei* il convenuto poteva opporre le ragioni di compensazione anche *apud iudicem*, mentre nelle altre ipotesi egli disponeva soltanto di un'*exceptio* esperibile nella fase *in iure*.

In diritto **postclassico-giustinianeo** il principio della compensazione acquistò carattere generale, beninteso limitatamente ai crediti «liquidi» ed «esigibili», cioè determinati nel loro ammontare e giunti a scadenza. Tutte le volte in cui un creditore agisse contro un debitore fu dunque riconosciuto a costui il diritto di rivolgersi contro il creditore per la compensazione, sia mediante *exceptio*, che mediante azione riconvenzionale (*mutua petitio*). Furono fatti salvi solo casi eccezionalissimi, tra cui quello delle *obligationes ex delicto* [n. 84] e quello dell'azione di deposito [n. 71].

(*g*) Il **patto di non esigere** (*pactum de non petendo*) era il patto tra creditore e debitore, con il quale il creditore si obbligava a non esigere l'adempimento: *a*) mai piú; *b*) oppure per un certo determinato periodo di tempo o in certe determinate circostanze. Esso dava luogo, quindi, ad una eccezione (*exceptio pacti conventi*) del debitore contro il creditore che chiedesse il pagamento [n. 79].

(*h*) La **prescrizione estintiva del credito** (*praescriptio longi temporis contra creditorem*) fu introdotta da Teodosio II (agli inizi del sec. V d. C.), il quale stabilí che il credito si dovesse considerare estinto se, entro 30 anni dal momento in cui fosse divenuto esigibile, non fosse stato preteso dal creditore; per conseguenza egli concesse al debitore un'eccezione (analoga a quella esperibile contro l'azione reale), nel caso che il creditore agisse a tempo scaduto per l'adempimento.

«Interruzione» della prescrizione era data: anzi tutto, dal pagamento degli interessi oppure dal pagamento di una parte del credito; in secondo luogo dall'esercizio dell'azione. «Sospensione» della prescrizione, salvo a riprendere la decorrenza della stessa quando fosse venuta meno la causa sospensiva, si aveva in caso di trasferimento del credito ad un incapace, in caso di calamità e cosí via dicendo.

64. *I fatti modificativi delle obbligazioni.* — Oltre i fatti puramente estintivi delle obbligazioni, di cui si è detto, meritano di essere segnalati in sede generale taluni **fatti modificativi** (o estintivi e modificativi) delle stesse. Fatti «estintivi e modificativi» furono: *a*) la novazione; *b*) la delegazione. Fatti «puramente modificativi» (a prescindere dall'inadempimento imputabile, dalla morte e dalla svalutazione giuridica dei soggetti) furono: *c*) la cessione del credito; *d*) la cessione del debito.

(*a*) La **novazione** (*novatio*) consisteva nella sostituzione di una prima obbligazione con un'obbligazione parzialmente nuova nel suo contenuto (*«priòris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio»*). Il concetto che stava alla base dell'istituto era che un negozio costitutivo di un'obbligazione implicasse la estinzione di un'obbligazione precedente

tutte le volte in cui la nuova obbligazione fosse sicuramente riferibile allo stesso rapporto economico (di debito-credito) cui si riferiva, sia pure con connotazioni in parte diverse, la precedente.

Si potevano avere pertanto **tre tipi di** ***novatio***: *a*) una novazione «soggettiva attiva», consistente nella sostituzione del creditore, fermo restando il resto; *b*) una novazione «soggettiva passiva», consistente nella sostituzione del debitore; *c*) una novazione «oggettiva», consistente nella modifica (mai nella completa sostituzione) della prestazione o delle modalità connesse alla stessa. All'estinzione della prima obbligazione conseguivano l'estinzione delle garanzie reali e personali relative e la impossibilità di proporre, relativamente alla nuova *obligatio*, le eccezioni che si sarebbero potute proporre in relazione a quella estinta.

Il **mezzo preferito** per effettuare la novazione fu la *stipulatio*, negozio formale mediante il quale si trasfondeva espressamente in un'obbligazione *ex stipulatu* una precedente obbligazione scaturita da fonte diversa, oppure sorta già in quel modo ma con diverse caratteristiche oggettive o soggettive [n. 67-68]. Ma oltre la *stipulatio* il diritto preclassico e classico, sia pure su scala più limitata, utilizzarono ai fini novativi anche la *dotis dictio* [n. 66] e il *nomen transscripticium* [n. 69], nelle ipotesi, di cui parleremo, di *transscriptio a re in personam* e *a persona in personam*.

(*a1*) **Requisiti** della novazione furono: *a*) che la prima obbligazione (quella da estinguere) fosse valida; *b*) che la seconda obbligazione fosse a sua volta validamente costituita, mediante un negozio validamente attuato da persone capaci di porlo in essere; *c*) che la seconda obbligazione fosse sostanzialmente identica alla prima (nel senso che sussistesse l'«*idem debitum*»), salvo una qualche novità (*àliquid novi*) nei soggetti o nell'oggetto.

Il diritto classico non chiedeva un'esplicita volontà di effettuare la novazione. **L'intenzione di novare** (*animus novandi*) delle parti era dedotta dal modo tipico del loro comportamento: se ne poteva discutere solo in casi dubbi, scaturenti cioè da comportamenti equivoci. In diritto postclassico invece, stante anche la decadenza della *stipulatio* come contratto verbale e la decadenza della tipicità dei negozi in generale, non si ritenne sufficiente la formula stipulatoria al fine della novazione, ma si diffuse l'idea che occorresse provare di volta in volta la esistenza di un preciso «*animus novàndi*» nel debitore e nel creditore: senza di che si opinava che la nuova obbligazione fosse venuta ad aggiungersi alla prima e non a sostituirla.

(*a2*) **Effetto caratteristico** della novazione era la estinzione della prima obbligazione dal giorno in cui il valido negozio novatorio avesse acquistato efficacia (e, in particolare, si fosse realizzata la condizione cui l'efficacia fosse stata sospensivamente condizionata).

Effetti secondari furono: *a*) la estinzione delle garanzie reali e personali attinenti alla vecchia *obligatio*; *b*) la improponibilità, in relazione alla nuova *obligatio*, delle eccezioni che si sarebbero potute proporre contro l'azione a tutela dell'obbli-

gazione estinta. La volontà delle parti interessate poteva, naturalmente, evitare il verificarsi degli effetti secondari. In particolare, per evitare la improponibilità delle eccezioni relative alla precedente *obligatio* si usava ricorrere alla *stipulatio*: «*quod mihi Lucius Titius debet dari spondes?*» (prometti di darmi lo stesso che mi deve L. Tizio?).

(*b*) La **delegazione** (*delegàtio*) era un negozio unilaterale, espresso o tacito, di designazione da parte di un soggetto del rapporto obbligatorio di un altro soggetto in qualità di proprio «sostituto» (*delegatus*): *a*) nella posizione di creditore (delegazione **di credito** o novativa attiva); *b*) o in quella di debitore (delegazione **di debito** o novativa passiva); *c*) o in quella di accipiente del pagamento (delegazione di **pagamento attiva**); *d*) o in quella di solvente (delegazione di **pagamento passiva**).

L'**ordine delegatorio** (il cd. «*iússum*»: *credendi, debendi, accipiendi, solvendi*) non era rivolto alla controparte del rapporto obbligatorio, cioè al «delegatario» (*is cui delegatur*), ma era rivolto dal delegante (*is qui dèlegat*) **al delegato** (*is qui delegatur*), il quale poteva tanto essersi già obbligato verso il delegante a compiere l'attività delegatagli, quanto essere esente da ogni obbligo nei suoi riguardi. Se decideva di eseguire l'ordine, il delegato lo portava egli stesso a conoscenza del delegatario e costui: trattandosi di delegazione di pagamento, era tenuto, di regola, a ricevere o a pagare senza discutere; trattandosi di delegazione di credito o debito, era invece libero di decidere se gli convenisse o meno di accettare la nuova controparte.

(*c*) La **cessione del credito ad un terzo** (*cessio crediti* o *cessio nòminis*) fu attuata, fino ad avanzato periodo classico, in modo approssimativo e indiretto, data la persistenza nel non riconoscere la trasferibilità tra vivi (oltre che *mortis causa*) delle situazioni obbligatorie attive e passive.

L'effetto pratico della cessione del credito fu pertanto conseguito indirettamente, e cioè in via giudiziaria, con l'espediente della procura nell'interesse del procuratore (*procuratio in rem suam*): il creditore nominava *procurator* (o *cognitor*) il terzo cessionario [n. 20], dandogli il potere di perseguire il debitore per l'adempimento, ma dispensandolo dalla resa dei conti: sistema affetto dal grave inconveniente che la procura decadeva automaticamente con la morte di una delle parti e che, comunque, almeno sino al momento della *litis contestatio*, il creditore rimaneva creditore (con conseguente possibilità di agire indipendentemente dal procuratore contro il debitore, oppure di revocare al procuratore il potere di rappresentarlo, mentre dal suo canto il debitore poteva pagare a lui la prestazione con effetto liberatorio). Solo a séguito di un autorevole rescritto di Antonino Pio (sec. II d. C.), si diffuse l'opinione che chi avesse comprato mediante *emptio venditio* un complesso ereditario disponesse non solo della normale azione contro il venditore inadempiente, ma anche di un'azione utile esercitabile direttamente nei confronti

dei debitori ereditarî (*actio utilis suo nomine*): beneficio che fu progressivamente esteso dalla giurisprudenza anche a varie altre ipotesi e acquistò carattere generale in diritto giustinianeo. L'inconveniente che non si riuscí ad eliminare fu quello costituito dal fatto che il contratto di cessione (in particolare, l'*emptio venditio*) aveva per sua causa negoziale esclusivamente il trasferimento del credito in quanto tale, non anche la garanzia del suo adempimento da parte del debitore ceduto, dimodoché (salvo che la garanzia del pagamento fosse assunta con negozio a parte) il cedente doveva rispondere al cessionario solo della «esistenza del credito» (cd. «*nomen verum*»), non anche della sua «esigibilità» (cd. «*nomen bonum*»), cioè (come si usò dire) solo «*pro soluto*» e non anche «*pro solvendo*».

In **età postclassica**, parallelamente all'affermarsi della cessione dei crediti come principio generale, furono man mano **vietati**, per determinate ragioni, alcuni negozi di cessione: *a*) la cessione di «crediti litigiosi», vietata per evitare che persone di pochi scrupoli potessero operare un acquisto a prezzo vile; *b*) la cessione a persona di rango sociale piú elevato (*cessio in potentiorem*), vietata allo scopo di evitare un fenomeno analogo a quello precedentemente descritto; *c*) la cessione al tutore dei crediti vantati da terzi verso il pupillo. Per evitare gli affarismi e proteggere in particolare i debitori contro cessionari di pochi scrupoli, l'imperatore Anastasio emanò nel 506 una famosa *lex Anastasiana*, la quale stabilí che il cessionario di un credito «litigioso», cioè contestato in sede giudiziaria, non potesse pretendere e riscuotere dal debitore piú di quanto avesse pagato al cedente (cd. **retratto litigioso**).

(*d*) Mentre la cessione dei crediti venne ad essere, sia pur faticosamente, riconosciuta dal diritto privato romano, non altrettanto può dirsi della **cessione del debito** (*cessio debiti*), cioè della cessione della situazione di debitore, che ebbe sempre vita grama.

CAPITOLO XI

LE OBBLIGAZIONI CONTRATTE

SOMMARIO: 65. Le obbligazioni contratte. — 66. Le obbligazioni contratte verbalmente. — 67. Le obbligazioni da stipulazione. — 68. Le applicazioni della stipulazione. — 69. Le obbligazioni contratte per scrittura. — 70. Le obbligazioni da consegna in senso proprio. — 71. Le obbligazioni da consegna in senso improprio.

65. ***Le obbligazioni contratte.*** — Come abbiamo precedentemente accennato in sede di esposizione storica generale [n. 58 *sub c*], un primo gruppo di obbligazioni scaturí principalmente (ma con integrazioni successive del diritto onorario) dal diritto civile antico (*ius civile vetus*). Il tratto che le caratterizza è che per esse non si parlò per esplicito degli specifici negozi da cui erano state determinate, ma si parlò piuttosto ambiguamente della loro creazione («contrazione») per effetto di determinati comportamenti esteriori dei soggetti, insomma mettendo in evidenza piú la forma e la causa che non la volontà dei soggetti stessi. Ecco perché parleremo per esse (adeguandoci, in parte, al linguaggio dei giuristi romani) di **obbligazioni contratte**, e non di obbligazioni da contratto o provenienti da qualunque altra causa non contrattuale.

Le obbligazioni contratte (*obligatiònes contràctae*), cioè costituite lecitamente e deliberatamente tra le parti, furono distinte in tre gruppi, a seconda delle modalità esteriori della loro creazione: *a*) quello delle **obbligazioni verbali** (*obligationes verbis contractae*), create con il ricorso a determinate forme espressive orali (*verba*); *b*) quello delle **obbligazioni letterali** (*obligationes litteris contractae*), create con il ricorso a determinate forme espressive scritte (*litterae*); *c*) quello delle **obbligazioni da consegna** (*obligationes re contractae*), create con il ricorso ad inequivoche azioni materiali (*res*). L'elenco (si ripete) non fu completo sin dalle origini, ma si

accrebbe man mano col passare del tempo (e con l'insorgere di nuove istanze sociali), cosí come preciseremo nei luoghi opportuni.

Le **caratteristiche** che vanno segnalate sin d'ora sono due: *a*) che gli atti costitutivi di obbligazioni contratte furono solitamente bi- o plurilaterali, ma poterono essere talvolta **anche unilaterali**, purché a carattere di atti recettizi, cioè con effetti subordinati alla recezione da parte del destinatario (caso, per esempio, della *dotis dictio*); *b*) che gli stessi atti non giungevano a buon fine, non producevano quindi le corrispondenti obbligazioni, se **una delle parti del rapporto obbligatorio** da costituire non vi aderiva inequivocamente, sia pure con un «silenzio» significativo. Il che dimostra che gli atti produttivi di obbligazioni contratte avevano tutti, al fondo, natura di negozi giuridici [n. 16-17].

66. *Le obbligazioni contratte verbalmente.* — Le **obbligazioni verbali** (*obligationes verbis contractae*) furono quelle lecitamente costituite (*contractae*) tra i loro soggetti (creditore e obbligato) in virtú della pronuncia di determinate frasi solenni (*certa verba*) fatta, in presenza l'uno dell'altro, da entrambi o anche da uno di essi (piú precisamente, in questo caso, dall'*obligatus*).

Sorte in antico (quanto meno, quelle derivanti da *sponsio*) come espressioni di impegni puramente religiosi (estranei quindi al diritto quiritario), queste obbligazioni ottennero rilevanza giuridica dalle Dodici Tavole) e divennero il settore piú importante del sistema obbligatorio del diritto civile antico. Ma sul finire dell'età preclassica e nel corso del periodo classico se ne determinò una sempre piú accentuata decadenza, divenuta poi pressoché totale in diritto postclassico. Il che avvenne a causa: sia della concorrenza esercitata, all'esterno, da nuove e piú moderne figure negoziali; sia della prevalenza accordata, in ordine a certe obbligazioni di maggiore importanza, alle forme scritte.

Per la loro costituzione ed esistenza non era necessario (pur essendo frequente) che intervenissero testimonî, che vi fosse una documentazione scritta, o addirittura che l'atto costitutivo fosse innestato in una fattispecie oggettiva (di debito preesistente, di prestito da effettuare, di adempimento da promettere, di liberalità da fare ecc.) la quale ne giustificasse ragionevolmente il compimento. L'obbligazione, in altri termini, sorgeva per il solo fatto che fossero state ritualmente pronunciate le parole solenni stabilite (i «*certa verba*») ed era esigibile per il solo fatto che si venisse a realizzare la fattispecie descritta esplicitamente dalle parole solenni (per es.: che si re-

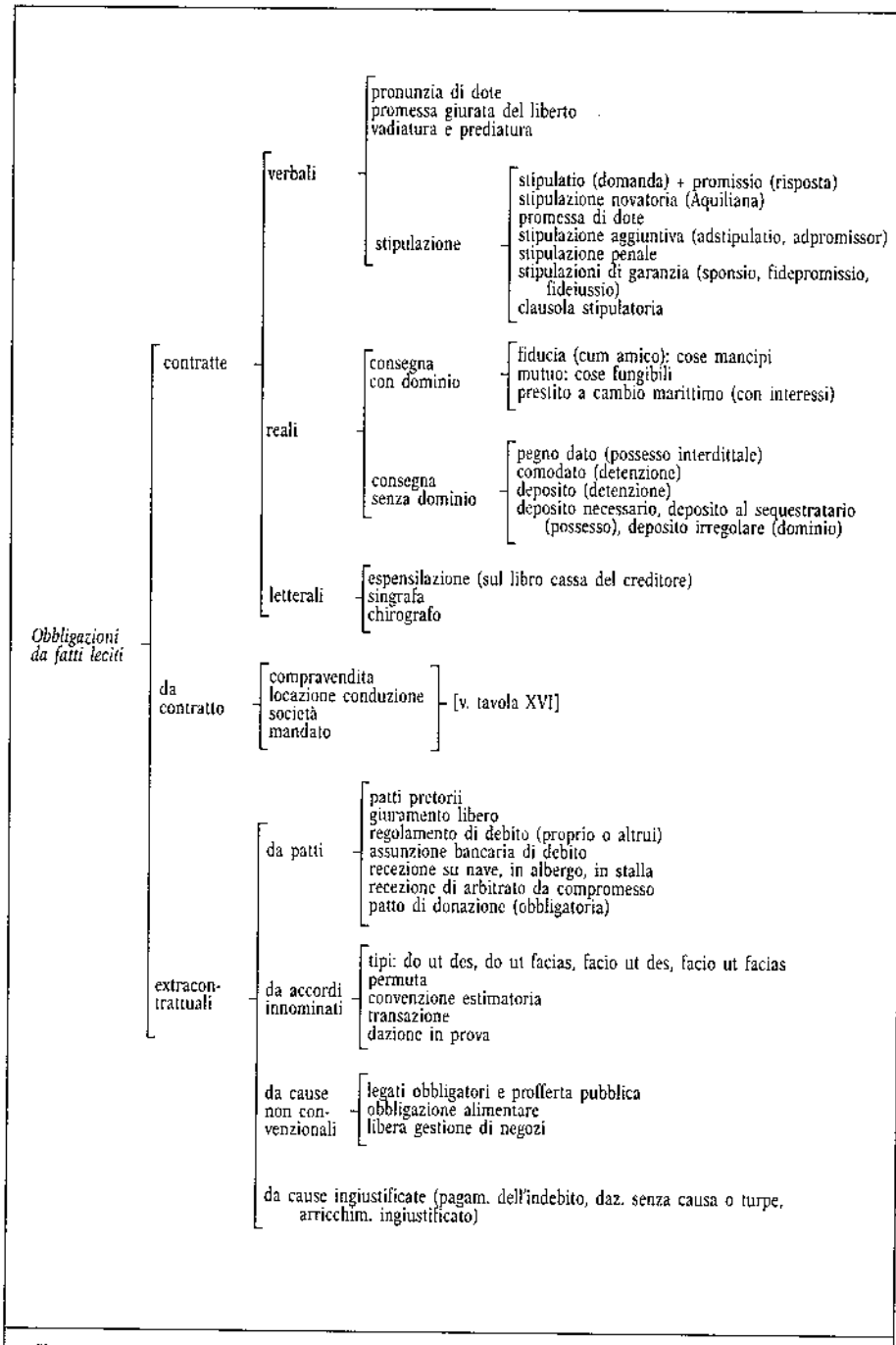


TAVOLA XV: Le obbligazioni da fatti leciti (cap. XI-XIV. V. anche tav. XVI.

alizzasse il *matrimonium* a ragione del quale era stata operata la *dotis dictio*). L'inesistenza (o comunque la non provata esistenza) di una causa negoziale acquistò rilevanza solo per l'intervento del diritto onorario, nel senso che all'obbligato furono concessi rimedi giudiziari che paralizzassero l'esigibilità del debito (es.: un'eccezione di dolo) o ripristinassero la situazione preesistente.

Sin dall'età **preclassica** venne fatto peraltro un uso sempre piú ridotto della possibilità di non precostituire una prova dell'*obligatio verbis* e di omettere, nella pronuncia dei *verba*, ogni riferimento alla causa del negozio verbale costitutivo dell'obbligazione («*iusta causa obligationis*»). Nel successivo **periodo classico** la giurisprudenza si spinse ancora piú in là, e cioè pretese che le parole stabilite, oltre ad essere state pronunciate da persone capaci (di diritto e di agire), risultassero fondate su una causa negoziale (anche inespressa) lecita e costituissero manifestazione fedele di una volontà sana (non viziata da errore, da dolo, da minacce), anzi (nel caso della *stipulatio*) di una volontà concorde delle parti, cioè di una convenzione (*conventio*): senza di che, o l'obbligazione era considerata insussistente *iure civili* per nullità dell'atto costitutivo, o quanto meno essa era processualmente inesigibile o frustrabile. Fu lungo questa strada che il **diritto postclassico** giunse infine alla svalorizzazione quasi completa delle obbligazioni verbali nel loro significato piú genuino.

Fatti costitutivi di obbligazioni verbali furono: anzi tutto la *sponsio* o *stipulatio*, di cui parleremo piú distesamente tra poco [n. 67-68], e inoltre; *a*) la *dotis dictio*; *b*) la *promissio iurata liberti*; *c*) la *vadiatura*; *d*) la *praediatura*.

(*a*) La **pronunzia di dote** (*dotis dictio*), della quale abbiamo già fatto cenno in tema di regime patrimoniale del matrimonio [n. 37], era un negozio giuridico unilaterale attinente in origine al cd. matrimonio *cum manu*, che in periodo preclassico e classico era utilizzato come promessa di dote (sia quanto al matrimonio *cum manu*, sia quanto al matrimonio libero) e serviva perciò allo scopo di costituire un diritto di credito del marito sui beni dotali indicati in sua presenza da colui che pronunciava la formula.

L'alta antichità dell'istituto spiega perché fossero abilitati alla *dotis dictio* solo tre **soggetti**: il *pater familias* (padre o avo paterno) della donna *alieni iuris*; la stessa donna, ove fosse *sui iuris*; il debitore della donna *sui iuris*, se delegato da costei. Quanto alla **formula**, essa si imperniava sulle locuzioni «*dotem tibi dico*» o «*doti tibi erit* (*erunt*)»: locuzioni aventi entrambe il senso di un «ti assegno in dote» (o «ti saranno assegnati in dote»), le quali andavano di volta in volta completate dall'indicazione dettagliata dei beni dotali e dal preciso riferimento al matrimonio (futuro o già in atto, *cum manu* o *sine manu*) da arricchire mediante la dote.

In **periodo postclassico** la *dotis dictio* (già scarsamente praticata nel periodo precedente a causa della concorrenza della *promissio dotis* [n. 68]) subí una forte decadenza, pur senza giungere al punto da essere espressamente abolita.

(*b*) La **promessa giurata del liberto** (*promissio iurata libèrti*), anche detta «giuramento del liberto» (*iusiurandum liberti*), era un negozio unilaterale consistente in una solenne promessa, confortata da un preventivo giuramento, con la quale lo schiavo liberato (*libertus*) si impegnava nei confronti del patrono a prestargli certi servigi speciali non rientranti nel novero delle attività manuali normalmente dovute al patrono a titolo di riguardo (*obsequium*) nei suoi confronti [n. 46]. Essa serviva a confermare sul piano giuridico un impegno assunto mediante giuramento prima della manumissione, quando cioè lo schiavo non era ancora soggetto giuridico, ma era già soggetto rilevante dal punto di vista religioso.

È ovvio che il momento e il fine per cui lo schiavo prestava il suo giuramento, da convertire in *promissio liberti*, non erano psicologicamente i piú favorevoli alla sua piena libertà di giudizio. L'istituto della *promissio iurata liberti* ebbe pertanto applicazioni tanto vaste e talmente gravose per gli interessi degli schiavi liberati, che il pretore dovette intervenire a contenerlo, minacciando al patrono il diniego della tutela giudiziaria (*denegatio actionis*) in ordine a tutte le richieste di prestazioni che risultassero essere state imposte allo scopo di rendere eccessivamente gravosa l'affrancazione («*onerandae libertatis causa*»).

(*c*) Della **vadiatura** (*vadiatúra*) si conosce con sicurezza soltanto un'applicazione: quella dei «*vades*» (termine intraducibile), i quali assumevano la garanzia della ricomparizione *in iure* del convenuto nell'ipotesi di differimento del processo con azioni di legge ad altra udienza [n. 22].

(*d*) La **prediatura** (*praediatúra*) era una formula («*praes es?, sum*»), mediante la quale i «*praedes*» (termine intraducibile) assumevano una garanzia in relazione a certe situazioni processuali che la richiedessero.

Si conoscono, nell'ambito della procedura della *legis actio sacramenti* [n. 22], due specie di *praedes*: *a*) i «*praedes litis et vindiciarum*», i quali, nell'*actio sacramenti in rem*, garantivano la buona conservazione della cosa litigiosa e la sua restituzione da parte di chi avesse ottenuto la cosa stessa in possesso interinale dal *praetor* [n. 45]; *b*) i «*praedes sacramenti*», i quali, in ambedue le *legis actiones sacramenti* (sia *in rem* sia *in personam*), garantivano il pagamento della *summa sacramenti*. Ma **altre applicazioni** sicure della *praediatura* si ebbero a fine di garanzia delle convenzioni tra privati ed enti pubblici (appalti di tributi o di lavori pubblici): tali convenzioni non erano determinative di obbligazioni *iure civili*, mentre lo erano (e perciò si rivelarono particolarmente utili) le *praediaturae* assunte a loro sostegno.

67. *Le obbligazioni da stipulazione.* — Il negozio verbale di gran lunga piú importante fu la **stipulazione** (*stipulatio*: talvolta anche detta «*sponsio*», cioè, in traduzione libera, «sponsorizzazione»). Essa prendeva nome, per effetto di sinèddoche (vale a dire per effetto della designazione

del tutto mediante una parte), dal fatto che consisteva nell'incontro di una domanda (cioè, letteralmente, di una *stipulatio*) formulata dall'aspirante creditore con una corrispondente promessa (cioè, letteralmente, con una corrispondente *sponsio* o *promissio*) formulata dal futuro debitore. L'interrogante (cd. *stipulàtor* o *reus stipulandi*) chiedeva alla controparte se intendesse impegnarsi ad una certa prestazione così come da lui stesso descritta (es.: «*spondes dari centum?*», «*promittis hoc et illud te facere?*») e l'interrogato (cd. *sponsor, promissor, reus promittendi*) esprimeva la sua «adesione» con l'uso del verbo indicativo della corrispondente promessa (es.: «*spondeo*», «*promitto*»).

Quali siano state le origini e i primi sviluppi del contratto è estremamente oscuro [n. 58]. Le sole cose che possano dirsi con una certa sicurezza sono le seguenti quattro: *a*) l'istituto ebbe riconoscimento giuridico, in una con le *obligationes*, solo da parte del *ius legitimum vetus* e in particolare delle XII Tavole, le quali ultime per esso (o anche per esso) introdussero la speciale *legis actio per iudicis postulationem* [n. 22]; *b*) nell'epoca predecemvirale, in cui l'ordinamento giuridico si limitava al *ius Quiritium* ed ai rapporti assoluti facenti capo al *mancipium*, l'istituto ebbe rilevanza puramente magico-religiosa (dunque extragiuridica) e fu largamente usato a fini di conferma, di copertura, di garanzia di prestazioni dovute, sul piano meramente sociale della fiducia (*fides*), dagli stessi promittenti o, più spesso, da altri; *c*) il verbo originariamente usato per la creazione del vincolo sacrale fu il verbo «*spondère*», rimasto in seguito sempre limitato ai soli cittadini romani; *d*) la denominazione dell'istituto con il termine «*stipulatio*» avvenne in tempi successivi al suo riconoscimento giuridico ed in connessione col fatto che il suo contenuto non era più illimitato, ma era costituito da una prestazione avente valore economico ed era perciò misurato contabilmente con riferimento ad una *stips* o *stipula*, cioè ad una tessera di legno o di metallo rappresentante nell'uso antico l'unità di conto.

Col sopravvenire del *ius civile novum* e col procedere ulteriore dei tempi, sia in periodo preclassico e sia in periodo classico, la *stipulatio* fu resa accessibile anche agli stranieri, con quest'unica avvertenza: che la domanda e la risposta non fossero da formulare con l'uso del verbo «*spondère*» (che restò limitata, come si è detto, ai soli cittadini romani), ma fossero da formulare con l'uso di qualunque altra forma verbale equivalente e persino in lingua greca («*promittis?, promitto*», «*dabis?, dabo*», «δῶσεις; δῶσω» ecc.). Si pervenne pertanto alla distinzione tra «*stipulatio iuris civilis*», riservata ai soli rapporti tra cittadini romani, e *stipulatio iuris gentium*, aperta ai rapporti tra romani e non romani, oltre che (se la preferissero) tra romani soltanto [n. 6]. Malgrado il progressivo estendimento della cittadinanza sino agli estremi della *constitutio Antoniniana* del 212, il ricorso al verbo «*spondère*» (e quindi alla cd. «*sponsio*») si ridusse progressivamente sin quasi a sparire.

Anche se non è possibile fare un taglio netto tra periodo classico e periodo postclassico, è chiaramente avvertibile, in materia di *stipulatio*,

un **processo di trasformazione**, o piú precisamente di degenerazione, che induce, sopra tutto per semplificare il discorso, a distinguere tra: *a*) una *stipulatio* tipicamente «classica» (o di *ius vetus*); *b*) una *stipulatio* tipicamente «postclassica» (o di *ius novum*).

(*a*) La **stipulazione classica** (si ripete: «tipicamente» classica) ebbe per suoi requisiti caratterizzanti: *a*) la forma verbale (cd. «*verba*»); *b*) la contestualità della domanda e della risposta; *c*) l'adesione totale del promittente alla domanda dell'interrogante. Della **forma verbale** si è già detto a proposito dell'uso del verbo «*spondère*» o di altri verbi equivalenti, sicché bisogna solo aggiungere che al negozio stipulatorio non potevano evidentemente partecipare soggetti muti, sordi o sordomuti. La **contestualità delle due dichiarazioni** esigeva che esse si verificassero tra persone a contatto di voce l'una con l'altra (*inter praesèntes*) e con successione immediata (ragionevolmente immediata) della risposta alla domanda, sí che fosse evidente l'unità della fattispecie contrattuale (cd. «*únitas actus*» o «*continuàtio actus*»). L'**adesione del promittente all'interrogante** richiedeva che il contenuto del contratto fosse esposto, in ogni suo dettaglio (prestazione, tempi, modi ecc.), dall'interrogante (*stipulàtor*) e che la controparte si limitasse ad esprimere la sua integrale accettazione mediante una sola e corrispondente parola di promessa («*spondeo*», «*promitto*», «*fideiubeo*», «*dabo*», «*faciam*» ecc.).

(*a*^{1}) Una prima conseguenza di questa struttura della stipulazione fu quella della invalidità (piú precisamente, della *inutílitas*) della **stipulazione relativa a terzi**, cioè relativa a soggetti diversi dalle due parti.

Piú evidente e incontestata fu l'inammissibilità della stipulazione **a carico di un soggetto diverso dal promittente** (cd. «*stipulatio in àlterum*»: a carico di un «*àlter*», a carico di un secondo soggetto diverso dal *promissor*): questa stipulazione (formulata secondo lo schema: «*centum mihi a Titio dari promittis?, promitto*») postulava infatti l'assurdo che una persona estranea alla contrattazione si trovasse gravata di un debito che non avesse accettato. Meno evidente fu invece l'inammissibilità della stipulazione **a favore di un soggetto diverso dallo stipulante** (cd. «*stipulatio alteri*»: a vantaggio di un «*alter*», cioè a vantaggio di un non-*stipulator*): questa stipulazione (formulata secondo lo schema: «*centum Titio dari promittis? promitto*») poteva anche non essere nell'interesse globale del terzo e poteva anche non costituire un favore da lui ben accetto, sicché prevaleva su ogni altra la considerazione della mancanza di una relativa richiesta del terzo.

La regola dell'inammissibilità della stipulazione a favore di terzi influí sulla formazione di un principio piú generale: quello dell'**inammissibilità** (o almeno della irregolarità) di ogni **convenzione a vantaggio di estranei** (cd. «contratto a favore di terzi»); ma la giurisprudenza classica e ancor piú quella postclassica non manca-

rono di ammettere opportune eccezioni, quando risultassero evidenti l'interesse e il buon volere del terzo al negozio.

(*a*[2]) Altra conseguenza, sebbene non altrettanto lineare, dell'accennata struttura della stipulazione fu quella della invalidità (*inutilitas*) della stipulazione costitutiva di un'obbligazione destinata ad aver effetto dopo la morte di una delle parti. La **stipulazione per dopo la morte** (cd. *stipulatio post mortem*: sia «*post mortem stipulantis*» sia «*post mortem promittentis*») era ritenuta inconcepibile per il fatto che creava anch'essa, in sostanza, un diritto di credito oppure un'obbligazione a favore o a carico di un terzo, vale a dire a favore o a carico di quegli che sarebbe stato per motivi di successione il titolare del patrimonio di una delle parti.

Trasmettere a titolo successorio i proprî debiti e i proprî crediti agli eredi era lecito; stipulare la costituzione degli stessi crediti e debiti per un momento coincidente con quello estremo del trapasso dalla vita alla morte (es.: «*cum moriar*», «*cum morieris*») era, al limite, parimenti lecito; ma andare oltre il momento della morte nella creazione dell'obbligazione attiva o passiva (stipulare cioè «*post mortem meam*» o «*post mortem tuam*», se non addirittura «*in heredem*» o «*heredi*») era cosa assolutamente da escludere (donde la regola: «*a persona heredis obligatio incípere non potest*»).

(*a*[3]) Terza conseguenza della struttura della stipulazione, connessa in particolare con il fatto che essa si realizzava mediante un'«adesione» del promittente alla domanda posta dall'interrogante, era che qualunque ipotesi di **dubbio nell'interpretazione** delle parole pronunciate dallo stipulante doveva essere risolta accettando la soluzione piú favorevole al promittente.

Questo **favore per il promittente** (*favor promissoris*) era giustificato dal fatto che, pur essendo stato di solito il contratto preceduto da piú o meno ampie trattative sul suo contenuto e sulla sua formula interrogativa, il contraente piú forte (cioè meglio avveduto) era da ritenersi pur sempre lo *stipulans*, cioè colui che si era riservato il vantaggio di pronunciare in tutti i suoi dettagli la *stipulatio*, mentre il *promissor* poteva non essersi reso conto di tutto, oppure non aver ben udito e capito quanto detto dall'interrogante, o anche, in casi estremi, trovarsi ad aver approvato una formula che l'interrogante avesse in qualche modo abilmente deformata.

(*a*[4]) **La causa e la volontà** dei contraenti avevano, nella stipulazione tipicamente classica, un rilievo certamente subordinato alla prevalenza della forma verbale, ma tutt'altro che trascurabile: sempre meno trascurabile, nell'evolversi dell'istituto col procedere dei tempi. Infatti, per quanto le parti volessero sforzarsi di ridurre ai minimi termini l'estensione della formula interrogatoria (riservando cioè a separati patti fiduciari il

massimo numero di particolari), non era loro certo possibile omettere di indicare quali fossero i soggetti del rapporto (con tutte le conseguenze di cui abbiamo detto in ordine alle eventuali stipulazioni relative a terzi), né certamente esse potevano tacere quale fosse la prestazione oggetto della promessa e della relativa obbligazione, quale fosse cioè la causa negoziale.

Per quanto riguarda la **causa della stipulazione**, va precisato che: *a*) le stipulazioni di *dare* relative a cose infungibili ben identificate (o a ben identificate qualità e quantità di cose fungibili) erano qualificate come stipulazioni di prestazione certa (cd. «*stipulationes certi*», cioè di un *certum*) e davano pertanto luogo, in sede di processo formulare [n. 24], ad una *intentio certa*; *b*) tutte le altre stipulazioni (di *dare* cose non bene identificate, oppure di *facere* o *non facere*) erano invece qualificate come stipulazioni di prestazione incerta (cd. «*stipulationes incerti*», cioè di un *incertum*), dando luogo ad una *intentio incerta*. La gamma delle possibili applicazioni del negozio era dunque vastissima, con quest'unica limitazione: che, essendo la *stipulatio* un negozio di gratificazione [n. 17], con prestazione (o prestazioni) a carico di una sola delle parti (il *promissor*), i soggetti che volessero realizzare un effetto di corresponsione (cioè di prestazioni reciproche) dovevano fare due stipulazioni a ruoli invertiti: una *stipulatio* ed una contrapposta «*restipulatio*».

Per quanto riguarda la **volontà delle parti** del negozio stipulatorio, il carattere formale di quest'ultimo rendeva, a stretto rigore, impossibile andare al di là di quanto manifestato nei *verba stipulationis*. Tuttavia proprio dalla diffusa prassi di escludere dalla formula stipulatoria e di rimettere a pattuizioni separate la maggior parte dei dettagli dell'operazione derivò il primo spunto della concezione, di cui abbiamo parlato a suo tempo [n. 58], secondo cui dietro alla stipulazione si nascondeva una *conventio*, che era opportuno portare, in sede di interpretazione, alla luce. Di qui, sopra tutto ad opera del *ius honorarium* e della giurisprudenza classica: *a*) la concessione al promittente di un'*exceptio doli* per paralizzare l'*actio ex stipulatu*, ove provasse che lo stipulante non aveva dato o fatto ciò per cui era stata prestata la promessa di restituzione o di rivalsa; *b*) la concessione al promittente di un'*exceptio pacti*, ove provasse che lo stipulante non si era attenuto o pienamente attenuto alle pattuizioni informali con lui intercorse; *c*) la diffusione, a partire dal tardo periodo classico e forse essenzialmente sul piano della *cognitio extra ordinem* (quindi, per intervento del *ius novum*), di un istituto fortemente anomalo denominato *exceptio non numeratae pecuniae*.

L'**eccezione di mancato versamento del danaro** (*exceptio non numeràtae pecuniae*, denominata piú tardi anche «*querela non numeratae pecuniae*») fu, in particolare, un'eccezione (dilatoria) relativa alle sole promesse stipulatorie di danaro che fossero documentate da una «*cautio scripta*», cioè da una scrittura rilasciata dal soggetto convenuto come debitore, e segnò in qualche modo il ponte di passaggio dalla *stipulatio* tipicamente classica a quella tipicamente postclassica. Pur attraverso molte incertezze e variazioni, essa consistette essenzialmente in questo: *a*) che il *promissor* aveva per un certo tempo (che fu variamente fissato in periodi da uno a cinque anni) il diritto di utilizzarla per paralizzare l'azione che in quel tratto di

tempo esercitasse contro di lui lo *stipulans*; *b*) che lo *stipulans* era peraltro ammesso a superarla, ove aggiungesse alla poco credibile prova implicata dal documento altri e piú persuasivi mezzi di dimostrazione del fatto di aver effettivamente versato la somma richiesta.

(*a*5) La **tutela giudiziaria dello *stipulator*** nei confronti del *promissor* inadempiente era affidata ad un'azione personale denominata azione da stipulazione (*actio ex stipulatu*), di cui le origini risalivano alla *legis actio per iudicis postulationem* ed alla successiva *legis actio per condictionem* [n. 22].

In termini di **procedura formulare**, si guardava alla già accennata distinzione tra *stipulatio certi* e *stipulatio incerti* per distinguerne tra: *a*) «*actio ex stipulatu certi*» (o «*actio certi ex stipulatu*»), diretta ad una condanna al controvalore della *res certa* di cui si era promessa la dazione («*quanti ea res est*»); *b*) «*actio ex stipulatu incerti*», eventualmente limitata da una *taxatio* [n. 24], diretta ad una condanna al valore dell'interesse economico implicato dalla prestazione («*quidquid promissorem dare facere oportet*»). Ove la *stipulatio certi* fosse attinente ad una quantità di *res* fungibili (e la relativa promessa si fosse concretata in una corrispondente *datio*), si usava però preferire il ricorso (sulle tracce della *legis actio per condictionem*) all'esercizio dell'*actio certae creditae pecuniae* o della *condictio certae rei* spettanti al mutuante contro il mutuatario [n. 70].

(*b*) La **stipulazione postclassica** (si ripete: «tipicamente» postclassica) fu l'espressione dello sforzo di adeguare l'istituto alle esigenze della prassi nelle due parti dell'impero (sopra tutto a quelle, fortemente influenzate dalle costumanze ellenistiche, della *pars Orièntis*). I primi spunti del processo evolutivo li abbiamo già segnalati parlando della stipulazione classica. Quanto agli aspetti ulteriori e piú incisivi, essi possono condensarsi in due punti.

(*b*1) Vennero meno, pur senza essere mai espressamente aboliti, i rigori della forma verbale e della contestualità delle dichiarazioni delle parti, ritenendosi che, pur rimanendo ferma la struttura del contratto «per adesione», superasse ogni manchevolezza formale la **identificabilità del pieno consenso** dei contraenti in ordine ad una certa prestazione («*sensus et cònsonans intellectus ab utràque parte*»). Ragion per cui divennero prevalenti sulla forma gli elementi della causa e della volontà (anzi, piú precisamente, della *conventio*).

(*b*2) La stipulazione perse quasi del tutto la sua fisionomia di contratto autonomo e passò ad espletare una **funzione di integrazione e di copertura** di qualsivoglia negozio giuridico bilaterale di gratificazione: non

solo quando si trattasse di costituire convenzionalmente un rapporto obbligatorio, ma in certi casi anche quando si trattasse di costituire convenzionalmente un rapporto giuridico assoluto in senso improprio (piú precisamente, una servitú o un usufrutto [n. 52-54]).

Questa «funzione di integrazione e di copertura» di un'altra convenzione e il trionfo postclassico della forma scritta su quella orale fecero sí che la stipulazione finí per ridursi progressivamente ad una **clausola stipulatoria** (*clausula stipulatoria*), la quale veniva usualmente apposta a chiusura del negozio principale di gratificazione, o piú esattamente a chiusura del relativo documento probatorio («*instrumentum*», «*scriptura*», «*cautio scripta*»). Essa dichiarava sinteticamente l'avvenuta piena e integrale adesione di una parte (il *promissor*) alla richiesta rivoltale dall'altra parte (lo *stipulans*) di accettare tutto quanto tra loro convenuto e riversato nella stesura scritta («interrogato promise»: «*interrogatus spopòndit*», «ἐπηρωτηθεὶς ὡμολόγησεν»).

Con l'andare del tempo, la clausola stipulatoria divenne addirittura una «clausola di stile», apposta cioè all'atto scritto per pura prassi formale, quindi anche nel caso che la *stipulatio* conclusiva tra le parti non fosse realmente avvenuta ed esclusivamente allo scopo di mettere bene in chiaro che l'obbligazione era sorta e che il ruolo di stipulante (con le azioni relative) spettava ad una parte piuttosto che all'altra. Dato che questa pratica conduceva assai vicino alla conclusione che l'*instrumentum* fosse non solo il mezzo di prova, ma addirittura la forma costitutiva *ad substantiam* della stipulazione, Giustiniano, in omaggio alla sua tendenza «classicistica», cioè di rispetto formale dell'antico diritto, volle reagire almeno in parte a questa illazione: pertanto dispose che il documento scritto valesse come prova dell'avvenuta stipulazione solo se non si adducessero scritture o testimonî insospettabili a dimostrazione del fatto che le parti non si trovavano nella stessa località il giorno indicato dal documento come data dell'atto.

68. *Le applicazioni della stipulazione.* — A prescindere da molteplici casi particolari, di cui si parlerà a tempo debito, le applicazioni della *stipulatio* di maggior rilievo, lasciando da parte le «*stipulationes praetoriae*» [n. 26], furono le seguenti: *a*) la *promissio dotis*; *b*) le *stipulationes novatoriae*; *c*) l'*adstipulatio*; *d*) la *stipulatio poenae*; *e*) le varie stipulazioni di garanzia (*sponsio, fidepromissio, fideiussio*).

(*a*) La **promessa di dote** (*dotis promissio*) fu la stipulazione costitutiva di dote a favore del marito o del suo capofamiglia, quindi su domanda dello stesso in veste di stipulante [n. 37].

(*b*) **Stipulazioni novatorie** (*stipulationes novatoriae*) furono quelle, appunto, indirizzate al fine di effettuare una novazione [n. 64].

Un'applicazione molto diffusa di questa categoria di stipulazioni fu la **stipulazione Aquiliana** (*stipulatio Aquiliana*), cosí detta perché escogitata sullo scorcio dell'età preclassica dal giurista Aquilio Gallo allo scopo di far sí che potessero estinguersi mediante un'unica accettilazione verbale tutta una serie di obbligazioni tra le parti che non fossero già state costituite verbalmente. Le obbligazioni stesse venivano trasfuse, nel totale dei loro importi pecuniarî, in un'**unica obbligazione stipulatoria di somma determinata** (*obligatio ex stipulatu certî*) tra le parti: obbligazione che successivamente (generalmente, subito dopo) si procedeva ad estinguere con l'accettilazione verbale.

L'importanza e conseguentemente la diffusione della *stipulatio Aquiliana* nel mondo economico furono, in ogni tempo, molto rilevanti, perché l'istituto permetteva di «chiudere» in una sola volta tutti i molteplici rapporti giuridici relativi insorti per ragioni di commercio tra due soggetti: dato anzi che in genere ciascuno dei due soggetti aveva rispetto all'altro non solo crediti, ma anche debiti, è probabile che l'uso fosse, tra uomini di affari, di ricorrere a questo fine a due *stipulationes* reciproche. Appunto in considerazione di questa grande utilità pratica dell'istituto, la giurisprudenza tardo-classica non esitò ad ammettere che mediante *stipulatio Aquiliana* si potesse trasfondere in un'*obligatio pecuniaria ex stipulatu* non solo quanto sarebbe stato prevedibilmente dovuto in vista di una condanna a séguito di *actiones in personam* (cioè a titolo obbligatorio), ma anche quanto sarebbe stato prevedibilmente dovuto in vista della condanna a séguito di *actiones in rem* (cioè a titolo di rapporti assoluti): tuttavia questa seconda ipotesi non implicava la estinzione dei corrispondenti rapporti giuridici assoluti (come era invece per quelli relativi), ma comportava solo l'obbligo di estinguere successivamente quei rapporti nei modi loro proprî.

(*c*) La **stipulazione aggiuntiva** (*adstipulatio*) non fu, in realtà, una figura generale: si trattò, invece, di un istituto desumibile da singole applicazioni, che furono, piú precisamente, quella dell'*adstipulàtor* da un lato e quella dell'*adpromíssor* dall'altro.

(*c1*) **Stipulante aggiuntivo** (*adstipulator*) era uno stipulatore aggiunto dallo stipulante a se stesso mediante la domanda: «prometti di dare a me e a Tizio?» («*mihi et Titio dari spondes?*»). In caso di risposta affermativa a questa domanda, lo stipulatore aggiunto (nell'esempio, Tizio) poteva esigere il pagamento dal debitore, estinguere l'obbligazione mediante accettilazione, stare in giudizio per il creditore, salvo a regolare separatamente i suoi rapporti con lo stipulante principale.

Dell'*adstipulator*, per infrenarne i possibili arbitrî, si occupò il secondo capitolo della *lex Aquilia de damno* [n. 86], stabilendo che, se egli avesse fraudolentemente operato un'*acceptilatio* dell'obbligazione, con l'effetto di depauperare il concreditore, fosse tenuto a pagargli del controvalore («*quanti ea res est*»).

(*c*[2]) **Promittente aggiuntivo** (*adpromissor*) era il condebitore, che assumeva l'obbligazione da stipulazione unitamente al promittente, sí da poter essere chiamato in giudizio per il pagamento dell'intero invece di lui. La promessa era operata a scopo di garanzia dell'obbligazione ed era, quindi, strettamente analoga alle stipulazioni di garanzia.

(*d*) La **stipulazione di penale** (*stipulatio poenae*) era una clausola accessoria delle stipulazioni, con cui si stabiliva che, in caso di inadempimento del debitore, l'obbligazione di quest'ultimo si convertisse nell'obbligo di pagare a titolo di penale (*poena*) una somma determinata. Per tal modo, sin dal momento della stipulazione veniva ad essere accertata la somma della condanna, evitandosi le incertezze della valutazione rimessa al giudice (*litis aestimatio*).

(*e*) Le **stipulazioni di garanzia** delle obbligazioni, molto diffuse nel diritto romano preclassico e classico, furono: la *sponsio*, la *fidepromissio* e la *fideiussio*. Applicazioni assai piú limitate ebbero, in confronto ad esse, altri mezzi di garanzia personale delle obbligazioni di cui parleremo altrove: l'«*arrha*» [n. 74], il «*mandatum pecuniae credendae*» [n. 77] e il «*constitutum debiti alieni*» [n. 79].

È alquanto discusso, come sappiamo [n. 58], se la *sponsio* abbia avuto alle origini funzione di assunzione di un'*obligatio* in proprio o, viceversa, solo funzione di garanzia: sta comunque di fatto che in età preclassica figurava un negozio, denominato *sponsio*, con funzioni di garanzia (quindi una «*sponsio* di garanzia») e che accanto ad esso venne a porsi, in età sempre piuttosto risalente, un'altra *stipulatio* di garanzia, denominata *fidepromissio* («fedepromessa») aperta anche ai *peregrini*, quindi *iuris gentium*. Piú recente fu la **fideiussione** (*fideiussio*), apparsa in Roma verso la fine dell'età preclassica. Anche essa fu una stipulazione comportante la promessa della stessa prestazione dovuta dal debitore principale («*quod Titius debet, id fide tua esse iubes? iubeo*»), ma ebbe, diversamente dalle altre due, la duplice caratteristica: di essere riferibile a qualunque tipo di *obligatio* (anche non derivante da stipulazione) e di essere trasmissibile agli eredi.

Nel corso dell'epoca classica, la **fideiussione** ebbe successo sulle altre stipulazioni di garanzia e registrò una evoluzione per cui: *a*) al fideiussore fu riconosciuto il diritto di opporsi (probabilmente con un'eccezione di dolo) a che il creditore si rivalesse a suo carico per l'intero quando vi fossero altri fideiussori solvibili contro cui agire per la loro quota (cd. **beneficio della divisione** del dovuto: *beneficium divisionis*); *b*) al fideiussore stesso fu riconosciuto il diritto di ottenere la cessione dell'azione spettante al creditore contro il debitore principale (cd. **beneficio della cessione delle azioni**: *beneficium cedendàrum actionum*).

Dopo una lunga evoluzione postclassica, in diritto giustinianeo *sponsio* e *fidepromissio* erano ormai scomparse del tutto, mentre unica sussisteva la fideiussione. Al fideiussiore, inoltre, Giustiniano accordò il cd. **beneficio dell'escussione** (*beneficium excussionis*), cioè il diritto di bloccare con un'eccezione l'azione del creditore se questi non avesse prima provveduto, adeguandosi ad una esigenza elementare di ordine, a chiamare in giudizio (*excútere*) il debitore principale e se il debitore principale, a sua volta, non avesse pagato.

69. *Le obbligazioni contratte per scrittura.* — Le **obbligazioni letterali** (*obligationes litteris contractae*) furono quelle costituitesi (*contractae*) tra i loro soggetti (*creditor* e *obligatus*) in virtú di determinate scritturazioni (*litterae*) stese a volte da entrambi e a volte da uno solo di essi (il creditore o il debitore). Loro comune caratteristica fu che la prestazione che ne formava oggetto era esclusivamente di «dare», anzi esclusivamente relativa a somme di danaro o a quantità di altre cose fungibili.

I **negozi costitutivi** di obbligazioni letterali furono tre (il primo ben distinto dagli altri due): *a*) l'*expensilatio*; *b*) la *syngrapha*; *c*) il *chirographum*.

(*a*) La **espensilazione** (*expensilatio*: «registrazione di spesa») consisteva nella registrazione di una erogazione patrimoniale a favore di un soggetto determinato (l'obbligato, del quale si indicava il *nomen*), che veniva fatta dal creditore nella colonna delle «uscite» (*expènsum*) del suo «libro cassa» familiare (*codex accepti et expensi*). Questa registrazione d'uscita (non importa, si badi bene, se operata in presenza dell'obbligato, se da questi accettata o meno, se da lui parallelamente registrata oppur no nella colonna dell'*accèptum*, cioè delle «entrate», del proprio libro cassa) creava di per sé sola l'obbligazione della controparte alla restituzione, nei limiti dell'importo pecuniario indicato dal creditore e nel termine da lui del pari indicato. Esclusivamente se e quando il creditore avesse registrato l'adempimento dell'obbligazione (e cioè l'incasso della somma corrispondente) nella colonna delle «entrate» del suo libro cassa, l'obbligazione letterale si sarebbe potuta considerare estinta.

In età classica la espensilazione sopravvisse non piú (o quasi mai piú) per creare una nuova obbligazione, ma solo al fine limitato della novazione di un'obbligazione preesistente, ed appunto perciò fu chiamata anche **credito trascritto** (*nomen transscriptícium*). Posto che tra due soggetti già esistesse una certa obbligazione, la si poteva novare mediante una trascri-

zione (*transscríptio*) del credito (individuato dal nome del debitore) nella colonna delle uscite, trasformandola in una nuova obbligazione (derivante da *expensilatio*) sostitutiva di quella precedente.

A titolo di chiarimento del singolare istituto, va ricordato che i *patres familiarum* (ed i soggetti giuridici in genere), se mediamente abbienti, usavano tenere (e conservare, ai fini dei periodici censimenti pubblici, nonché del controllo da parte dei loro successori) non solo una ben ordinata cassaforte (*arca domestica*), ma anche e correlativamente un libro cassa familiare (denominato *codex accepti et expensi*), in cui registravano in equivalenti pecuniari le operazioni compiute, segnandole su due parti o colonne distinte, di cui l'una era dedicata alle «entrate» (operazioni attive) e l'altra alle «uscite» (operazioni passive), per modo da potere alla fine dell'anno redigere il bilancio e provvedere al pareggio contabile.

Fu appunto di questo *codex accepti et expensi* che si valsero i soggetti giuridici romani al fine della creazione di *obligationes litteris* (nonché, all'inverso, al fine della estinzione delle medesime mediante l'*acceptilatio litteris* [n. 63]). Né deve troppo sorprendere il fatto che l'*obligatio* si facesse derivare da una registrazione fatta dal creditore in un proprio libro da lui stesso conservato, eventualmente nemmeno in presenza del debitore, perché i libri di famiglia avevano, almeno in antico, sul piano religioso e sociale un'importanza tanto alta, da rendere difficilmente pensabile che il *pater* si arbitrasse di alterarli o di registrarvi false operazioni (di credito, di pagamento, di debito, di ricezione di un pagamento). D'altra parte, il soggetto che fosse stato arbitrariamente registrato (e chiamato in giudizio) come *obligatus* ottenne probabilmente ben presto dal *praetor* (cioè *iure honorario*) la possibilità di paralizzare l'azione del falso *creditor* mediante un'*exceptio doli*, la quale lo poneva in condizioni di dimostrare al giudicante la manovra esercitata a suo danno dalla controparte. Comunque, proprio perché con l'avanzare dei secoli diminuí notevolmente, anche in Roma, il margine di sicurezza circa il fondamento di onestà delle operazioni di *expensilatio*, l'istituto era caduto in disuso già sul finire dell'età preclassica.

(*b, c*) **Chirografi e singrafe** (*chirògrapha* e *sýngraphae*) erano originariamente mezzi di costituzione di vincoli obbligatorî tra stranieri in particolare della Grecia e dell'Egitto: atti recepiti poi dal diritto romano nel corso dell'età classica. Poco si sa di preciso relativamente a questi istituti, salvo che: *a*) il «*chirographum*» (letteralmente: scritto a mano, «autografo») era redatto in unico originale dal debitore ed affidato al creditore a titolo di solenne impegno al pagamento; *b*) la «*syngrapha*» (detta anche «*syngraphum*»; letteralmente: scritto da due persone insieme) era redatta in doppio originale e sottoscritta da ambo i soggetti, contenendo egualmente l'impegno al pagamento di una certa somma.

70. *Le obbligazioni da consegna in senso proprio.* — Le **obbligazioni reali** (*obligationes re contractae*) furono quelle costituitesi (*contractae*) tra i loro soggetti (*creditor* e *obligatus*) in virtú del fatto che: *a*) il primo (cioè il creditore) avesse effettuato una volontaria consegna di cosa (*datio rei*) al secondo; *b*) il secondo (cioè il debitore), non avendo rifiutato la consegna e non avendo diritto a trattenere presso di sé la cosa ad altro titolo, fosse pertanto tenuto a restituire la cosa al primo (cioè al *creditor*).

I negozi costitutivi di queste **obbligazioni da consegna** potevano essere unilaterali (cioè risultanti dalla sola volontà del dante) o bilaterali (cioè risultanti da un accordo tra dante e accipiente), ma avevano tutti per tratto comune: *a*) la presenza di una consegna della cosa (*datio rei*); *b*) l'assenza di un diritto dell'accipiente a considerare la cosa come a lui spettante (per esempio, a titolo di pagamento di un suo credito verso il dante, a titolo di donazione ecc.). Da ciò altra conseguenza non poteva derivare, se non l'**obbligo dell'accipiente di restituire la cosa al dante.** E siccome è ovvio che alla base di queste operazioni (di dare per poi riavere) uno scopo pratico doveva pur esservi, all'individuazione specifica dello scopo stesso (quindi alla distinzione tra i varî negozi reali) si provvedeva, di solito: o mediante separate intese tra dante e accipiente (se si trattava di dazioni effettuate con determinazione unilaterale del primo), oppure (o anche) mediante apposite clausole negoziali (se si trattava di dazioni convenute bilateralmente).

Ignote al diritto arcaico (anche se forse già praticate sul piano extragiuridico dei rapporti sociali di carattere fiduciario), le obbligazioni da consegna (o piú spesso dette «reali») furono riconosciute come giuridicamente rilevanti solo dal *ius civile vetus* e da alcune leggi pubbliche sullo **scorcio del sec. III a. C.**, allorquando in Roma prese consistenza l'economia di scambio fondata sull'utilizzazione del danaro e di altre cose fungibili. Queste cose (che, come sappiamo, erano *nec mancipi*) venivano sempre piú largamente passate di mano in mano mediante *traditio* (e perciò trasferite in proprietà dell'accipiente) a vario titolo: di donazione, di dote, di pagamento informale di una preesistente obbligazione, o infine di prestito (*mutuum*), cioè di provvisoria fornitura di mezzi economici ad un soggetto che ne avesse bisogno. Ove il pagamento risultasse ad una piú attenta considerazione come non dovuto e, sopra tutto, ove il mutuante volesse riacquistare in sua proprietà le cose provvisoriamente prestate, era giusto che il dante ne richiedesse la restituzione all'accipiente in quanto suo debitore: proprio allo scopo di favorirlo furono emanate, in quel torno di tempo, le leggi *Silia* e *Calpurnia* istitutive della semplificata *legis actio per condictionem* [n. 22]. Quanto al rapporto relativo in cui queste ipotesi si riflettevano, venne naturale qualificarlo come ***obligatio re contracta***.

In prosieguo di tempo, nell'**ultimo secolo dell'età preclassica**, la figura dell'*obligatio re contracta* venne ulteriormente sviluppata per l'intervento del *ius honorarium* e dell'interpretazione giurisprudenziale. Da un lato, si riconobbero come fonti di obbligazioni reali anche i negozi di trasferimento in proprietà di *res mancipi* (quindi *mancipationes* e *in iure cessiones*) che fossero accompagnati da un patto fiduciario di restituzione del *dominium* tra alienante e acquirente; dall'altro lato si riconobbero come fonti di obbligazioni reali anche dazioni di *res nec mancipi*, ma infungibili, operate a titolo di semplice detenzione o, al piú, a titolo di possesso e in funzione di perfezionamento di specifici negozi bilaterali (di comodato, di deposito, di pegno) intervenuti tra le parti.

A conclusione di un ulteriore processo storico, il ***ius vetus* classico**, mentre mostrò una sempre piú chiara tendenza ad accogliere tra le fonti di obbligazioni reali sia il mutuo sia le altre strutture negoziali dianzi accennate, palesò invece un sempre piú grave disagio a qualificare formalmente come causa di una vera e propria obbligazione reale anche il «pagamento del non dovuto» (*solutio indebiti*) [n. 83], pur non disconoscendo ovviamente che l'accipiente di un indebito fosse tenuto alla restituzione (mediante *condictio indebiti* esercitata dal dante). Quanto al *ius novum*, esso si differenziò dal *ius vetus* solo per il fatto che, essendo scaduta in età postclassica la rilevanza delle *res mancipi* e dei relativi negozi di trasferimento, fu da esso conseguentemente abbandonato anche l'istituto della *mancipatio fiduciae causa*.

In considerazione dello sviluppo storico (sopra accennato) dell'istituto, sembra riteniamo opportuno qualificare come **obbligazioni reali in senso proprio** solo quelle scaturenti da una consegna traslativa di dominio (cioè derivanti da *mancipatio fiduciae causa* o da *datio mutui*), perché in virtú di esse l'obbligato si trovava in una situazione di puro obbligo (di restituzione) nei confronti del creditore, il quale si era reso del tutto privo di diritti assoluti sulla cosa. Ecco perché rinviamo al paragrafo successivo [n. 71] i cenni relativi alle «obbligazioni reali in senso improprio» (derivanti da *datio rei* implicante detenzione o possesso [non dominio], della cosa da parte dell'accipiente) e parleremo in altro capitolo dell'obbligo di restituzione comportato dalla *solutio indebiti* [n. 83].

(*a*) **Fiducia** (*fiducia*, o «*fiducia cum amico*») fu denominata, in terminologia abbreviativa, la fattispecie complessa costituita: *a*) da un negozio (mancipazione o cessione giudiziale che fosse) di trasferimento del dominio di una cosa mancipi dal fiduciante al fiduciario; *b*) da un patto separato (espresso in qualunque modo, ma chiaramente riferito a quel particolare trasferimento) con il quale il fiduciario si impegnava sulla sua parola (in nome della *fides* e non del diritto) a ritrasferire la cosa al fiduciante, ove si verificassero certe condizioni (*pactum fiduciae*).

Per effetto della profonda e diffusa convinzione sociale circa l'obbligatorietà del patto fiduciario, intervenne ad un certo punto, prima della fine del periodo preclassico, il diritto onorario. Il pretore introdusse infatti un'azione (*actio fiduciae in factum*), esperibile dal fiduciante contro il fiduciario per la restituzione della cosa mancipata in relazione a quanto stabilito nel patto fiduciario.

La fiducia si estinse nel corso del periodo postclassico del diritto romano. Ma già in età classica avanzata l'istituto era ormai scarsamente utilizzato, stante l'avvenuto riconoscimento dei negozi di comodato, deposito e pegno, che piú elasticamente assolvevano le principali finalità per cui esso era sorto. Giustiniano, senza formalmente abolirlo, ne eliminò la menzione dai frammenti dei giuristi classici con uno dei suoi piú vigorosi interventi compilatorî.

Nella ipotesi di *fiducia cum amico*, cosí come in quella di *fiducia cum creditore*, il fiduciario acquistava il *dominium* della *res mancipi*, e poteva quindi goderne e disporne nel modo piú ampio. Ma l'esplicito *pactum fiduciae* che abbiamo illustrato altrove [n. 57], faceva del fiduciario un domino soltanto formale della cosa. Pertanto è ben comprensibile che anche in quest'ipotesi il fiduciante potesse riacquistare il *dominium* di questa in base ad «*usureceptio*» (letteralmente: riacquisto mediante uso), cioè in base al suo possesso continuo per la durata di un solo anno pur se si trattasse di cosa immobile (relativamente a cui il normale *tempus ad usucapionem* era invece di due anni).

(*b*) **Mutuo** (*mutuum*: cd. «prestito di consumo») fu denominata la fattispecie consistente nel volontario trasferimento della proprietà di danaro o di altre cose (*nec mancipi*) fungibili dal mutuante (*mutuo dans*) al mutuatario (*mutuo accipiens*), con l'intesa di ritrasferire al mutuante altrettante cose dello stesso tipo (*tantúndem eiúsdem gèneris*).

Obbligo del mutuatario era di restituire l'«altrettanto» (il *tantundem*) nei limiti della dazione operatagli, non oltre tali limiti. Pertanto poteva ben convenirsi tra il mutuante e il mutuatario che quest'ultimo, avendo ricevuto cento, restituisse settanta (trattenendosi i trenta denari residuali a titolo di donazione), mentre non era valida la convenzione per cui il mutuatario dovesse restituire piú di quanto avesse ricevuto (centotrenta in luogo di cento). Da ciò appunto fu fatta derivare la impossibilità giuridica di inserire nel mutuo, in quanto tale, l'obbligo di pagare interessi (*usúrae*) per la somma mutuata. Per ottenere che la fattispecie si convertisse in un cd. «*fenus*» (o «*foenus*»), cosí come la pratica commerciale largamente esigeva, era necessario: o concludere separatamente una stipulazione per gli interessi (*stipulatio usurarum*); oppure novare il rapporto

mediante una stipulazione comprensiva sia del capitale che degli interessi (*stipulatio sortis et usurarum*).

Al mutuante spettava, a tutela del suo diritto alla restituzione, un'**azione personale** (*condictio*), la quale aveva il nome di «azione per restituzione di una somma di danaro» (*actio certae creditae pecuniae*) per i mutui di danaro, e di «azione per restituzione di una certa cosa» (*condictio certae rei*, detta anche «*condictio triticaria*», cioè relativa a *triticum*, frumento) per i mutui di altre cose fungibili.

La *condictio* da mutuo (direttamente derivante dall'antica *legis actio per condictionem* [n. 22]) non differiva, nella formula, da ogni altra specie di *condictio*, giacché la sua *intentio* era formulata in modo astratto, quindi senza alcuna allusione alla fattispecie del prestito, ma con la sola asserzione dell'obbligo di restituire.

(*c*) Va aggiunto che una figura speciale di mutuo fu il **prestito ad interesse marittimo** (*fenus nauticum*, anche detto «*pecunia traiecticia*» cioè, letteralmente: danaro da trasportarsi oltremare).

Questo istituto, ricalcato su modelli greci e del commercio mediterraneo, si trasfondeva nella prassi in tipi negoziali variabili, tutti caratterizzati dal fatto: *a*) che un finanziatore assumeva su se stesso il grosso rischio (*periculum*) di dare in prestito una somma di danaro all'armatore o al capitano di una nave affinché questi la utilizzasse oltremare, o la impiegasse per l'acquisto di merci da trasportare oltremare o per la provvista di materiali e attrezzi della navigazione; *b*) che l'accipiente era tenuto a restituire la somma soltanto nell'ipotesi in cui la navigazione giungesse a buon fine; *c*) che in tal caso l'accipiente ripagava il finanziatore con almeno il doppio della somma di danaro da lui ricevuta.

71. *Le obbligazioni da consegna in senso improprio.* — **Obbligazioni reali** in senso improprio furono quelle derivanti da dazione di pegno, da commodato, da deposito e da alcune figure negoziali affini al deposito.

Caratteristica di queste obbligazioni era, come già detto, che la *datio rei* da cui scaturivano non consisteva in un trasferimento all'accipiente del *dominium*, ma solo nel trasferimento della *possessio* sulla *res data*: più precisamente, della *possessio ad interdicta* (o possesso interdittale [n. 30]) nelle ipotesi del pignoratario e del sequestratario, della *possessio naturalis* (o detenzione [n. 29]) nelle altre ipotesi. L'*obligatus* alla restituzione della cosa non era, dunque, esposto alla sola *actio in personam* del creditore (cui la cosa non fosse stata restituita), ma era esposto altresì alla *rei vindicatio* del *dominus*, che poteva tanto essere il creditore quanto un terzo.

(*a*) L'**oppignorazione** (*pignus datum* o *datio pignoris*), istituto che già conosciamo [n. 57], fu intesa a raggiungere la finalità della fiducia (quella *cum creditore*), evitando però il trasferimento al creditore del dominio della cosa data in garanzia. Esso consistette nel conferimento del **possesso interdittale** di una cosa dall'oppignorante (o debitore pignoratizio) al pignoratario (o creditore pignoratizio), sulla base dell'accordo che questi: *a*) la conservasse a garanzia di un credito proprio o altrui; *b*) la restituisse in caso di soddisfacimento (*satisfactio*); *c*) la vendesse, al miglior offerente, appropriandosi del ricavato (salva la restituzione dell'*hyperocha*: n. 57), in caso di inadempimento.

L'istituto fu il piú recente tra quelli riconosciuti dal pretore, il quale concesse all'oppignorante contro il pignoratario, ai fini della restituzione della cosa pignorata, un'**azione personale di pegno** (*actio in factum pigneraticia in personam*; da non confondersi con *l'actio pigneraticia in rem* spettante al pignoratario contro i terzi che lo privassero della cosa). Al creditore pignoratizio (pignoratario) si riconobbe invece un'**azione contraria** (*iudicium contrarium*) contro il debitore (oppignorante) per il rimborso delle spese sostenute sulla cosa nell'interesse del costituente, per il risarcimento dei danni subiti a causa di evizione e per consimili ipotesi.

(*b*) Affine al mutuo fu il **comodato** (*commodatum*: «prestito ad uso»; letteralmente: dato a comodo) consistente nel conferimento della **mera detenzione** (cd. *possessio naturalis*) di una cosa dal comodante al comodatario sulla base dell'accordo che questi la usasse per proprio comodo e la restituisse poi integra al comodante. Oggetto del comodato potevano essere ovviamente soltanto cose (mobili o immobili) inconsumabili; tuttavia a questo principio si faceva eccezione allorché fossero date in uso cose consumabili col patto che non fossero consumate, ma venissero utilizzate per scopi diversi da quelli loro normali (come, ad esempio, nel caso che fossero prestate da una persona a un'altra delle monete affinché il consegnatario delle stesse ne facesse bella mostra con i terzi senza però spenderle: «*ad pompam et obstentationem*»). In ogni caso, il comodato, come il mutuo, era essenzialmente gratuito, all'incirca per gli stessi motivi di carattere strutturale: ove fosse convenuto un compenso (una *merces*) per l'uso della cosa data a comodo, non si aveva comodato, ma locazione di cosa [n. 75].

L'**uso della cosa comodata** avveniva normalmente per il vantaggio del comodatario, ma poteva aver luogo, sempre però a titolo gratuito, anche nell'interesse del comodante o di un terzo. Il comodatario non poteva

usare la cosa al di fuori dei limiti naturali della sua utilizzazione e dei limiti convenzionalmente stabiliti per la utilizzazione stessa: se lo faceva, commetteva furto (*furtum usus*: letteralmente «furto di uso» [n. 85]), a meno che l'iniziativa fosse stata presa nell'opinione, in buona fede, che il comodante non avrebbe avuto motivo di vietarla. Al termine del rapporto il comodatario era tenuto alla restituzione della cosa comodata, con tutte le accessioni e i frutti di essa, salvo quelli che rientrassero nell'uso della cosa stessa.

Per far valere le sue ragioni nella ipotesi di mancata restituzione della cosa (*rem rèdditam non esse*), il comodante aveva un'**azione di comodato** (*actio commodati*). Egli poteva revocare a suo arbitrio la concessione, così come la potevano revocare, in caso di sua morte, a proprio arbitrio, gli eredi; tuttavia, per l'ipotesi che la revoca del comodato fosse avvenuta intempestivamente (*intempestive*), e quindi con danno per il comodatario, il pretore riconobbe a quest'ultimo un'azione (contraria) contro il comodante o i suoi eredi.

(*c*) L'istituto del **deposito** (*depositum*) fu inteso a raggiungere una delle finalità della fiducia, evitando, peraltro, l'inconveniente pratico ed antieconomico del trasferimento del dominio sulle cose date in custodia. Esso consisteva nel conferimento in **mera detenzione** di una cosa mobile dal deponente (*depòsitor*) al depositario (*depositàrius*) sulla base dell'accordo che il depositario la detenesse per conto del deponente (quindi la custodisse con la normale diligenza del buon *pater familias*, del galantuomo) e la restituisse intatta a richiesta. Dato che della cosa depositata non si trasferiva il dominio ma soltanto la detenzione, il deposito poteva essere validamente fatto anche dal semplice possessore (e, al limite, persino dal ladro).

Requisito essenziale del deposito era la **gratuità**. Se si fosse convenuto un qualsivoglia compenso, anche minimo, non si aveva deposito, ma locazione ([n. 75]: diverso però il caso che il compenso fosse elargito a puro titolo di premio spontaneo dal deponente al depositario (cioè a titolo di *honorarium*). Ed è appena il caso di aggiungere che occorreva il trasferimento materiale della cosa al depositario, non essendo sufficiente l'incarico di custodire la cosa: ove, infatti, vi fosse soltanto tale incarico, e tale incarico fosse accettato, la fattispecie non era di deposito, ma di mandato a custodire (*mandatum ad custodiendum* [n. 77]).

In virtú del suo **obbligo di custodire** il depositario era tenuto ad attuare gli accorgimenti che fossero ragionevolmente necessari per la sua

conservazione, nonché ad astenersi nel modo piú rigoroso dall'uso di essa a proprio vantaggio. Quanto all'**obbligo di restituire**, va ribadito che la restituzione spettava al deponente e non a chi avesse diritto o diritto poziore sulla cosa: quindi, se il deposito era stato compiuto da un ladro, e il proprietario si presentava a chiedere la restituzione della cosa depositata, il depositario doveva ritenersi obbligato a restituire la cosa al ladro, mentre il domino altro non poteva fare che esperire contro il depositario la rivendicazione [n. 45].

Contro il depositario spettò al deponente: dapprima un'«*actio depositi in factum*» e successivamente un'«*actio depositi in ius*», che era *iudicium bonae fidei*. L'*actio in factum* perseguiva la mancata restituzione della cosa depositata nel caso che essa fosse dipesa da dolo (*dolus malus*); l'*actio in ius* perseguiva ogni inadempienza del depositario, ivi compresa la mancata custodia, sempre se dipendente da *dolus*. Se per l'esercizio della custodia il depositario aveva incontrato spese o danni, egli era ammesso a chiederne il rimborso al deponente mediante esperimento di un «*iudicium contrarium depositi*».

(*c*[1]) **Deposito necessario** (*depositum necessarium*, detto dai pratici medievali anche *depositum miserabile*) si aveva nel caso che taluno fosse costretto a depositare le sue cose presso talaltro perché pressato dalla necessità di sottrarsi a un tumulto, a un incendio, a una rovina, ad un naufragio o ad altra sventura (*miseria*).

Il pretore accordò al deponente, per la restituzione, un'*actio in factum*, la quale, anziché essere *in simplum*, era *in duplum* (nel doppio del valore delle cose depositate): ciò per la considerazione che il deponente era stato necessitato al deposito e il depositario aveva una particolare obbligazione di buona custodia nei riguardi di colui che gli si era rivolto nella disgrazia. La responsabilità del depositario per necessità venne invece attenuata da Giustiniano, il quale giustamente stabilí che egli rispondesse *in duplum* solo nel caso in cui negasse fraudolentemente di aver ricevuto il deposito, ma che fosse tenuto nei limiti ordinari quando mancasse una tale frode e si fosse verificata solo la negligenza di un depositario normale.

(*c*[2]) **Deposito presso un sequestratario** (*depositum in sequèstrem*, o «sequestro volontario») si aveva nell'ipotesi che taluni soggetti consegnassero, d'accordo tra loro e collettivamente (*in solidum*), una cosa in deposito ad un terzo sequestratario (*sequèster*), con l'incarico di custodirla e di restituirla a quello tra i depositanti che si sarebbe successivamente trovato in una certa situazione (per esempio, a colui che sarebbe risultato in séguito vincitore di una certa lite).

In considerazione del fatto che la cosa non andava restituita ad un depositante preindividuato, ma ad uno fra i depositanti da determinarsi

in base ad un evento posteriore al contratto: *a*) l'obbligazione di restituire la cosa depositata si sottraeva al principio normale secondo cui la cosa doveva essere riconsegnata a richiesta del depositante; *b*) dato che i due o piú depositanti non potevano essere concepiti come compossessori della cosa tra loro contesa durante il periodo del sequestro, il sequestratario acquistava sulla cosa stessa non la semplice detenzione, ma il **possesso interdittale** [n. 30].

(*c3*) Il cd. **deposito irregolare** (*depositum irregulare*) era il deposito avente ad oggetto somme di danaro (cioè cose tipicamente fungibili e consumabili), nell'ipotesi che il deponente desse al depositario la facoltà di utilizzare (consumandole) tali somme con l'obbligo di restituire altrettanto (*tantúndem*) ad una certa scadenza, oppure a richiesta.

In tale ipotesi, anziché vero e proprio deposito, si aveva in realtà, almeno sostanzialmente, **un mutuo** con obbligo di restituzione dell'altrettanto. Il motivo per cui non si parlava di mutuo ma di deposito era, probabilmente, connesso con il fatto che il deposito irregolare era usualmente operato, in età preclassica, presso banchieri (*argentarii*), i quali, se anche utilizzavano le somme depositate presso di loro per altre operazioni, tuttavia non le ricevevano dai deponenti per questo scopo, bensí solo allo scopo «tipico» di tenerle in custodia e con l'obbligo di restituirle a richiesta.

CAPITOLO XII

LE OBBLIGAZIONI DA CONTRATTO CONSENSUALE

SOMMARIO: 72. Le obbligazioni da contratto consensuale. — 73. Le obbligazioni da compravendita. — 74. Le clausole accidentali della compravendita. — 75. Le obbligazioni da locazione-conduzione. — 76. Le obbligazioni da società. — 77. Le obbligazioni da mandato.

72. ***Le obbligazioni da contratto consensuale.*** — Le obbligazioni da contratto consensuale (*obligationes consensu contractae*, «obbligazioni consensuali») furono principalmente (e per lungo tempo esclusivamente) quelle **derivanti dai quattro contratti consensuali** (*contractus*) riconosciuti in Roma dal **diritto civile nuovo**, cioè: *a*) da «*emptio venditio*»; *b*) da «*locatio conductio*»; *c*) da «*societas*»; *d*) da «*mandatum*».

La definizione non può essere piú precisa per almeno due motivi: primo, perché la nota comune originaria dei quattro contratti di cui sopra, cioè il fatto che essi si fondavano su un «nudo consenso» (*nudus consensus*) manifestato in piena libertà di forma dalle parti, si estese, nel corso dell'età classica, anche (e quanto meno) ad un'altra categoria di negozi bilaterali, i patti (*pacta* [n. 79]); secondo, perché, come già si è detto altrove [n. 58], il concetto di «*contractus*», che in un primo tempo caratterizzava i soli istituti del diritto civile nuovo, passò gradualmente a caratterizzare, tra il periodo classico e l'età successiva, tutte le fattispecie di convenzione (*conventio*), cioè di negozio giuridico bilaterale, che fossero determinanti, con o senza l'integrazione del consenso mediante altri requisiti, di un rapporto giuridico non solo obbligatorio, ma anche, talvolta, assoluto.

Fatte queste avvertenze, è tuttavia opportuno passare a segnalare i **caratteri generali** dei quattro «contratti» cosí nominati. Essi furono: *a*) la

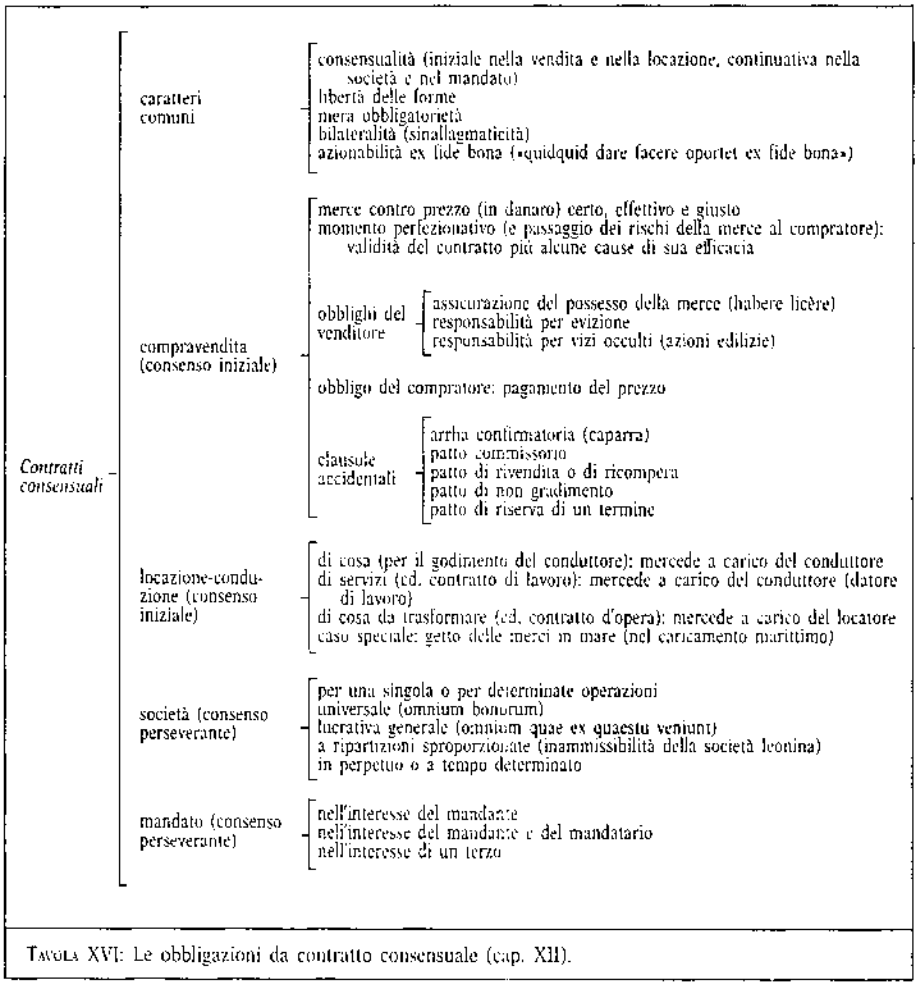


TAVOLA XVI: Le obbligazioni da contratto consensuale (cap. XII).

consensualità; *b*) la libertà delle forme; *c*) la mera obbligatorietà; *d*) la bilateralità; *e*) l'azionabilità su base di buona fede (*ex fide bona*).

(*a*) La **consensualità** dei contratti sta a significare che essi scaturivano rigorosamente da una conformità volontaria nella stessa decisione delle parti contraenti (*consènsus in idem plàcitum*). Il consenso era necessario e sufficiente alla loro esistenza giuridica: *a*) «necessario», perché se esso mancava, se non era effettivo (a causa di reciproca incomprensione delle parti, cioè di malinteso), se veniva meno (a causa di «consenso contrario» insorto tra le parti), il contratto non era (o non era più) valido; *b*) sufficiente, perché bastava il puro e semplice accordo di volontà a determinare la costituzione delle obbligazioni da contratto, salvi casi eccezionali in

cui essa era rimandata a tempo successivo dalla non ancora realizzatasi possibilità di precisare oggettivamente le obbligazioni stesse (così nell'ipotesi della cd. *emptio imperfecta* o in quella delle eventuali obbligazioni del mandante). Ma, si badi, il consenso non era sempre rigidamente inteso come un «momento» iniziale determinativo del contratto. Nel caso della società (*societas*) e del mandato (*mandàtum*), contratti di cooperazione, esso doveva sussistere a titolo continuativo anche dopo il momento iniziale, ed il venir meno della volontà di una delle parti (socio, mandante, mandatario) determinava la fine del contratto.

(*b*) La **libertà delle forme** dei contratti sta a significare che il consenso delle parti non aveva bisogno di particolari manifestazioni esteriori o di determinate condizioni di tempo e di luogo (per es., la *únitas àctus*), ma era giuridicamente rilevante in quanto tale, come «nudo» consenso, purché naturalmente fosse esteriorizzato in modo inequivoco. Le fonti precisano, a questo proposito, che si poteva esprimere la propria volontà anche a gesti (*et nutu solo*), che insomma la manifestazione dell'accordo, comunque fatta, era sufficiente («*súfficit eos, qui negòtium gèrunt, consensisse*»).

(*c*) La **mera obbligatorietà** dei contratti sta a significare che essi erano produttivi esclusivamente di obbligazioni tra le parti. Non solo non erano fonti di rapporti giuridici assoluti (in senso proprio o improprio), ma non implicavano di per sé, per effetto cioè del consenso delle parti, neppure attribuzioni di possesso o di detenzione. Di conseguenza, essi non avevano nessuno specifico rilievo assoluto (*erga omnes*) o verso terzi determinati, ma operavano solo tra le parti (*inter partes*), creando obbligazioni tra le stesse.

(*d*) La **bilateralità** dei contratti sta a significare che essi erano costitutivi tra le parti di due o piú obbligazioni reciproche e interdipendenti, anche se non corrispettive (cioè di valore economico non equivalente) ed anche se non tutte attuali (ma alcune attuali ed altre potenziali).

A questo proposito, è opportuno precisare che: *a*) per effetto dei due *contractus* a prestazioni eterogenee e corrispettive (la «*emptio venditio*» e la «*locatio conductio*» [n. 73-75]) ciascuna parte assumeva verso l'altra una o piú obbligazioni di diversa natura, ma di valore economico necessariamente corrispondente; *b*) per effetto del *contractus* di cooperazione a prestazioni corrispettive (la *societas* [n. 76]) ciascuna parte assumeva verso l'altra una o piú obbligazioni specifiche, che si inquadravano però in un piú generale obbligo di cooperazione alla buona riuscita di uno o piú affari e che dovevano, pertanto, avere un valore economico corrispondente; *c*) per effetto del *contractus* di cooperazione a prestazioni unilaterali, ma potenzial-

mente bilaterali (il *mandatum* [n. 76]) una parte assumeva (gratuitamente) una o piú obbligazioni verso l'altra, mentre per quest'ultima vi era solo la eventualità di essere obbligata, realizzandosi certe condizioni, verso la prima.

(*e*) L'**azionabilità** ***ex fide bona*** dei contratti sta, infine, a significare che, in caso di inadempimento delle obbligazioni da essi costituite, l'avente diritto (cioè colui che aveva sopportato l'inadempimento) aveva a sua disposizione un'azione di buona fede (*iudicium bonae fidei*), che permetteva al giudicante la piú approfondita valutazione della fattispecie concreta e il miglior regolamento possibile delle controversie da essa scaturenti [n. 23].

In particolare, il giudicante era in grado di tener conto, ai fini della commisurazione della condanna: *a*) dei «*pacta adiecta*» (patti aggiunti) al *contractus* (purché aggiunti «*in continenti*», cioè all'atto del primo incontro tra le volontà delle parti, e non dopo, non cioè «*ex intervallo*»), senza necessità per le parti di formulare *exceptiones* o separate *actiones* per poterli far valere; *b*) di ogni prestazione accessoria a quella principale o ad essa connessa (frutti, interessi, spese ecc.); *c*) delle ragioni per cui dovesse ritenersi non verificato il *consensus* tra le parti (errore di manifestazione della volontà, reciproca incomprensione, simulazione ecc.) o non sanamente formata la volontà di una di esse (*error facti, dolus malus, metus*); *d*) del «*dolus in contrahendo*», cioè del modo malizioso o sfuggente in cui una parte si fosse comportata durante le trattative precontrattuali; *e*) dei motivi di *compensatio*.

In età **postclassica e giustinianea** i caratteri sopra descritti dei quattro contratti consensuali del diritto ormai vetusto non erano piú altrettanto evidenti. A prescindere dalla commistione concettuale dei *contractus* del *ius civile novum* con istituti di altra provenienza, va sopra tutto notato che: *a*) il *consensus in idem placitum*, anche quando poteva ancora essere «*nudus*», fu tendenzialmente identificato nel solo atto costitutivo iniziale; *b*) in molti casi, come si vedrà, specialmente quando si trattasse di negozi relativi ad immobili, fu richiesto che il *consensus* si rivestisse di forme determinate; *c*) la mera obbligatorietà venne meno in ordine ad alcuni contratti (in particolare: l'*emptio venditio*), dando luogo ad effetti «*erga omnes*» o almeno verso terzi determinati, cioè ad effetti tipici dei fatti costitutivi di rapporti giuridici assoluti (es.: la vecchia *mancipatio*).

73. ***Le obbligazioni da compravendita.*** — La **compravendita** (*emptio venditio*) era il contratto tra venditore (*vènditor*) e compratore (*emptor*) in forza del quale nascevano le seguenti obbligazioni: *a*) l'obbligo del venditore di procurare al compratore la piena e pacifica disponibilità (il cd. diritto di «*habère licère*») di una cosa («*merx*», «merce») sino a quando non ne avesse acquistato, per usucapione o altrimenti, il dominio; *b*) l'obbligo del compratore di trasferire, a titolo di corrispettivo, al venditore il dominio di una somma di danaro equivalente («*pretium*», «prezzo»).

L'istituto dell'*emptio venditio*, affermatosi nei rapporti di commercio tra romani e *peregrini*, fece il suo ingresso nel *ius privatum* romano attraverso il *ius civile novum*. La mera obbligatorietà di questo *contractus* (tanto più singolare, se si riflette che la vendita dei diritti greci aveva invece effetti traslativi reali) è agevolmente spiegabile ove si tenga presente che i negozi tra romani e stranieri non potevano evidentemente costituire il *dominium ex iure Quiritium*, rapporto strettamente civilistico, essendo i *peregrini* esclusi dall'utilizzazione del *ius civile vetus*. Può sorprendere (ed è effettivamente assai discusso) il fatto che i romani non annoverassero già, nel loro *ius civile vetus*, una vendita ad effetti reali, o non abbiano comunque conferito effetti reali all'*emptio venditio* allorché l'hanno recepita *inter cives*. Ma la risposta, almeno a nostro parere, è facile. Anzi tutto, i romani in pratica conoscevano e applicavano largamente la «vendita a contanti», mediante il ricorso alla *mancipatio* (o *in iure cessio*) o *traditio* della *res* (*mancipi* o *nec mancipi*) da alienare e la contestuale *traditio* (dall'acquirente all'alienante della *res*) del corrispettivo in danaro [n. 44]: non vi era, dunque, in materia, alcuna lacuna da riempire. D'altra parte, gli stessi romani nemmeno avevano eccessive difficoltà a realizzare un trasferimento immediato del *dominium* sulla *res* (mediante *fiducia* o *mutuum* [n. 70]) contro il corrispondente impegno dell'acquirente (mediante *stipulatio* [n. 67]) al pagamento differito del controvalore. Dunque, la vera lacuna da colmare, nel sistema privatistico romano, era proprio costituita dalla **vendita a realizzazione differita**, cioè da un istituto indispensabile all'evoluto mondo degli affari: istituto che permetteva di impostare anticipatamente una operazione economica che sul momento non si sarebbe potuta compiere per difetto della *merx*, o per difetto del *pretium*, o per difetto di garanzie del pagamento differito.

In **età postclassica**, la progressiva decadenza della *mancipatio* e della *in iure cessio*, la valorizzazione degli atti consensuali (*pactiones et stipulationes*) come costitutivi anche di rapporti giuridici assoluti, la depressione economica specie occidentale (che fece tornare largamente in uso le prudenziali vendite a contanti), la forte influenza in Oriente del modello ellenistico della vendita a effetti reali furono altrettanti fattori che concorsero a determinare l'evoluzione della *emptio venditio* da contratto obbligatorio a contratto con effetti reali. Né fu ritenuto più sufficiente, nella maggior parte dei casi, il *nudus consensus*, perché il *ius novum*, a partire da Costantino, pretese con sempre maggior frequenza la forma scritta per la validità delle vendite, specie se immobiliari. Un tentativo di parziale ritorno all'antico si ebbe solo con Giustiniano, il quale riaffermò il principio della mera obbligatorietà dell'*emptio venditio* e fece della forma scritta solo un'alternativa, ad arbitrio (e rischio) delle parti, di quella orale, tanto per le vendite immobiliari che per quelle mobiliari.

Elementi costitutivi del contratto di compravendita furono, dunque: l'accordo sulla fattispecie (*consensus in idem plàcitum*), comunque manifestato, delle parti; e la funzione oggettiva (la «causa») di realizzare in qualunque modo, purché adeguato, un successivo (non contestuale)

scambio corrispettivo della merce contro il prezzo versato o da versarsi. Non è il caso di indugiare oltre su questi requisiti, salvo che per illustrare i seguenti punti: *a*) le caratteristiche della merce; *b*) le caratteristiche del prezzo; *c*) il momento perfezionativo del contratto; *d*) le azioni inerenti al contratto; *e*) le peculiari obbligazioni e responsabilità del venditore; *f*) le obbligazioni del compratore.

(*a*) Relativamente alla **merce** (*merx*: cosa oggetto di *mercatura*, di mercato) è da dire che potevano costituire oggetto di vendita tutte le cose, mobili o immobili, purché non fossero precedentemente perite, né fossero di proprietà dello stesso compratore.

Anche l'*homo liber* (un *filius familias*, ad esempio) poteva essere validamente venduto sotto specie di schiavo ad un compratore, purché di buona fede: ovviamente, la sua condizione di libero, se venuta alla luce, lo avrebbe sottratto per altri versi al compratore. Potevano inoltre essere venduti: i complessi patrimoniali (in ispecie: l'*hereditas* o i *bona* del fallito); le facoltà ricomprese in *iura in re aliena* come le *servitutes* e l'*ususfructus*; i crediti verso i terzi.

È discusso invece se, almeno in diritto classico, potessero vendersi, oltre alle cose *in commercio*, anche le *res extra commercium*, beninteso nella ragionevole aspettativa che divenissero o fossero rese commerciabili dopo la conclusione del contratto. Certo è che potevano formare oggetto di *emptio venditio* anche una «*res aliena*», cioè una cosa altrui (con l'implicito impegno di procurarla in futuro al compratore), e anche una «*res sperata*» (cosa sperata), cioè una cosa di futura e prevedibile esistenza (per es.: il *partus ancillae*, i frutti di un albero), condizionatamente alla sua venuta in essere.

Persino la cd. «*emptio spei*» («vendita di speranza», «vendita a sorte»), cioè la vendita di una cosa di cui si ignorasse oggettivamente se sarebbe esistita oppur no (per es.: il contenuto di pesca di una rete gettata a mare), era valida, ma non era ritenuta una vera vendita, bensí un «contratto aleatorio», una sorta di scommessa tra le parti (*àlea*) sotto forma di vendita.

(*b*) Il **prezzo** (*pretium*) era costituito da danaro contante (*pecunia numeràta*) e doveva essere: «certo», cioè determinato in una cifra esatta; «effettivo», cioè non simulato; «giusto», cioè corrispondente al valore di mercato della merce.

(*b1*) Quanto al primo (*pretium certum*) requisito, erano ammesse solo due eccezioni: *a*) il prezzo poteva essere determinato anche *per relationem*, cioè con riferimento ad una quantità di danaro risultante da elementi esteriori al contratto (es.: «*quantum in arca habeo*», quanto ho nella mia cassaforte); *b*) il prezzo poteva essere rimesso alla decisione di un terzo o di uno solo dei contraenti, purché non si trattasse di una decisione del tutto discrezionale, ma si trattasse di una valutazione da

esercitarsi con «criterî da galantuomo» («*arbitrium boni viri*», cioè da «*bonus pater familias*»): criterî facilmente controllabili di reale aderenza alla giusta stima.

(*b2*) Se il prezzo non era fissato in danaro (*pecunia numerata*), non si aveva una vendita. Al piú, si realizzava, quando fosse stata effettuata la consegna della *merx* o del corrispettivo, una «*permutatio*» (permuta) [n. 80]: cosa peraltro discussa.

(*b3*) Se il prezzo non era approssimativamente corrispondente al reale valore della merce (*pretium iustum*), il diritto classico si limitò a ritenere sanzionabile, con i mezzi repressivi del dolo malevolo, la sola ipotesi che la sproporzione fosse dipesa da raggiri di una delle parti a danno dell'altra: dunque, la vendita coscientemente fatta dal venditore a sottocosto e quella coscientemente accettata dal compratore a sovrapprezzo erano pienamente valide. Ma Giustiniano, coronando uno sviluppo postclassico, volle dare una speciale protezione al venditore di un bene immobile (quindi, di un bene di particolare valore economico) per l'ipotesi che si accorgesse di aver oggettivamente sofferto, anche senza raggiri da parte del compratore, una **lesione enorme** (*laesio enormis*), e piú precisamente un pregiudizio superiore alla metà del valore della merce (*ultra dimidium*) gli concesse pertanto il diritto di chiedere al giudice la **rescissione del contratto**, salvo che il compratore si offrisse di pagare la differenza.

(*c*) Relativamente al **momento perfezionativo** del contratto bisogna precisare che questo era ritenuto «perfetto» (*negotium perfectum*) allorché era completo di tutti i suoi elementi. Tuttavia esso era considerato eccezionalmente tuttora **imperfetto** anche in tre ipotesi di sua **inefficacia**: *a*) nell'ipotesi di vendita sotto condizione sospensiva (es., *emptio rei speratae*), sin quando non si fosse verificata la condizione sospensiva; *b*) nell'ipotesi di vendita di cose determinate a peso, numero o misura (cd. cose fungibili) [n. 13], sin quando non fosse avvenuta la pesatura, la numerazione o la misurazione; *c*) nell'ipotesi di vendita «per distrazione» (*per aversionem*), cioè di vendita di cose da detrarsi da una determinata massa, sino a che non fosse stata fatta la distrazione.

Il momento della «*perfectio*», nel senso di conseguimento di validità ed efficacia da parte del contratto, determinava il trapasso al compratore del «**rischio» connesso al perimento della merce** per forza maggiore o per caso fortuito (*periculum rei venditae*). Pertanto, a partire da quel momento il compratore era tenuto al pagamento del prezzo indipendentemente dalle sorti della cosa comprata.

Allo scopo di determinare l'acquisto del dominio da parte del compratore occorreva, come abbiamo detto dianzi, un separato fatto acquisitivo, cioè una *mancipatio*, una *in iure cessio*, una *traditio* (nel diritto giustinianeo, la sola *traditio*), oppure l'*usucapio*. Anzi molto si discuteva circa il momento del passaggio di proprietà. Mentre per alcuni esso avveniva contestualmente all'atto traslativo della proprietà, per altri il dominio si acquistava dal compratore solo a condizione che avesse anche pagato il prezzo («*pretio soluto*») o che avesse dato garanzie sufficienti del suo pagamento, a meno che il venditore avesse esplicitamente accettato di rimettersi completamente alla sua *fides*.

(*d*) Le **azioni inerenti al contratto** furono l'azione per il venduto (*actio venditi*) a tutela del venditore e l'azione per il comprato (*actio empti*) a tutela del compratore: ambedue azioni di buona fede, comportanti l'invito al giudice a condannare il convenuto a «tutto ciò che egli dovesse dare o fare a sensi di buona fede» («*quidquid dare facere oportet ex fide bona*»). Questa struttura di buona fede delle azioni facilitò col tempo l'insorgere di numerose e sottili questioni, quindi una ulteriore specificazione degli obblighi del venditore e del compratore.

(*e*) L'**obbligazione tipica del venditore** era, come si è già detto, quella di far ottenere al compratore la disponibilità della cosa vendutagli, nel senso di assicurargli il possesso della stessa: possesso denominato usualmente «*habère licère*». Non occorreva, dunque, il trasferimento della proprietà, ma bastava la semplice consegna (anche se fatta a mezzo di altri) della cd. «*vacua possessio*», cioè del «possesso libero» (libero da altrui occupazione) della cosa venduta.

Ottenuta una *res nec mancipi* in possesso, il compratore ne diventava subito proprietario; ottenuta in possesso una *res mancipi*, il compratore ne poteva effettuare successivamente l'acquisto in *dominium* mediante *usucapio «pro emptore»*, ed intanto godeva della tutela pretoria mediante l'*actio Publiciana* [n. 47]. Se la cosa non era stata consegnata al compratore, questi aveva dunque contro il venditore l'*actio empti* per l'esecuzione dell'obbligo fondamentale di «*trădere vacuam possessionem*».

Altre obbligazioni del venditore, sebbene non direttamente dipendenti dal contratto, ma derivanti dalla piú complessa fattispecie che venne a formarsi consuetudinariamente in ordine al fatto economico della compravendita, furono: *a*) la responsabilità per evizione; *b*) la responsabilità per vizi occulti.

(*e*[1]) La **responsabilità per evizione** (*evíctio*) si aveva in rapporto alla ipotesi della vendita di una cosa altrui, la quale poneva il compratore di fronte al pericolo di dover soggiacere alla rivendicazione del domino della merce, se questi si avanzasse a far valere il suo titolo di proprietà: la soccombenza nella rivendica era denominata appunto «*evíctio*» (privazione).

Siccome il venditore non era tenuto, a rigor di contratto, a trasferire il *dominium* della *merx*, sorse l'uso di ottenere da lui questa particolare garanzia attraverso una di queste due speciali *stipulationes*: *a*) la «*stipulatio duplae*», mediante cui il *venditor* prometteva di pagare il doppio del prezzo in caso di evizione (alla stessa guisa di un *mancipio dans* tenuto con l'*obligatio auctoritatis*); *b*) la «*stipulatio habère licère*», mediante cui il venditore si obbligava (per vendite di minore importanza) al risarcimento del danno subíto dal compratore per il mancato ottenimento della cosa. Nel corso dell'età classica la responsabilità per evizione finí per diventare un *naturale negotii*, vale a dire un elemento naturalmente connesso con il negozio di compravendita, salvo diversa volontà delle parti: dapprima si ritenne che il compratore, in caso di rifiuto del venditore alla *stipulatio*, potesse agire contro di lui con l'*actio empti* per costringerlo all'assunzione dell'impegno stipulatorio; di poi, addirittura, si ritenne che, anche indipendentemente dalla prestazione della specifica *promissio ex stipulatu*, il compratore potesse agire con l'*actio empti* contro il venditore allo scopo di essere risarcito del danno derivatogli dalla evizione.

(*e*^{2}) Circa la **responsabilità per vizi occulti** della merce (*morbi vitiave*), è da dire che inizialmente il venditore non era in alcun modo tenuto a risarcire al compratore i danni derivatigli dal fatto che la cosa venduta fosse risultata affetta da vizi o difetti non apparenti al momento del contratto, pur se sicuramente esistenti già in quel momento; tuttavia sin dai piú antichi tempi si diffuse anche la prassi di accompagnare la compravendita con stipulazioni di garanzia, mediante le quali il venditore assumeva l'impegno del risarcimento per vizi della cosa venduta, sopra tutto con riguardo alle vendite degli animali. Gli **edili curuli**, cui spettavano la sorveglianza sui mercati alimentari (*cura annònae*) e la relativa giurisdizione, regolarono poi specificamente questa materia a scopo di disciplina dei pubblici mercati, sopra tutto per evitare clamorose contestazioni negli stessi: nel loro editto essi proclamarono infatti che sui venditori di schiavi e di animali gravasse l'obbligo di denunciare ai compratori tutti i difetti e i vizi della cosa, anche e particolarmente se non palesi. Se il venditore si sottraeva all'obbligo della denuncia, oppure se la cosa risultava affetta da vizi che il venditore non potesse dimostrare di avere in buona fede ignorato, erano accordate dagli stessi edili al compratore due diverse azioni contro il venditore: *a*) l'**azione redibitoria** (*actio redhibitoria*, o di restituzione), esercitabile entro due mesi dalla scoperta del vizio, allo scopo di ottenere la restituzione integrale del prezzo; *b*) l'**azione estimatoria** (*actio aestimatoria* o *quanti minoris*, cioè di congrua minorazione), esercitabile entro sei mesi, allo scopo di ottenere una riduzione del prezzo sulla base di una piú esatta stima (*aestimatio*) della merce. La giurisprudenza classica trasse da tutto ciò la conseguenza che anche la responsabilità per vizi fosse un *na-*

turale negotii e ritenne che la si potesse far valere, salvo patto contrario, direttamente con l'azione per il comprato.

(*f*) L'**obbligazione tipica del compratore** era quella di procedere al pagamento del prezzo (*solutio pretii*) al venditore, cioè di trasferire a quest'ultimo mediante consegna il dominio della somma di danaro dedotta in contratto. A titolo accessorio, il compratore era anche tenuto, per evidenti ragioni di equità, a pagare al venditore gli interessi sull'ammontare del prezzo a partire dal giorno in cui la cosa gli fosse stata precedentemente consegnata, in modo da poter compensare con questi interessi i frutti della cosa da lui percepiti.

74. *Le clausole accidentali della compravendita.* — La compravendita, cosí come sopra schematizzata, veniva in pratica arricchita da tutta una serie di **clausole pattizie** (cioè di «*leges privatae*»: *leges emptionis et venditionis*) e che è utile conoscere, almeno nelle loro esplicazioni principali. Si trattò, diversamente da quanto si è visto per gli istituti di garanzia, sempre e soltanto di *accidentalia negotii*, cioè di clausole valevoli in quanto specificamente convenute tra le parti. Quelle di cui faremo cenno qui appresso sono: *a*) l'*arrha*; *b*) la *lex commissoria*; *c*) il *pactum de retrovendendo* e quello *de retroëmendo*; *d*) il *pactum displicentiae*; *e*) l'*in diem addictio*.

(*a*) L'**arra confirmatoria** (*arrha*, «caparra») detta anche «*àrrabon*» (dal greco ἀρραβών), fu un istituto derivante dal diritto greco e adattato in modo approssimativo al diritto romano.

Nella vendita greca (che non era obbligatoria, ma traslativa della proprietà della merce) l'*àrrabon* consisteva in un anticipo totale o parziale del prezzo fatto, in sede precontrattuale, dal futuro compratore al futuro venditore per impegnarsi ed impegnarlo al contratto: se l'aspirante compratore decideva di non piú effettuare la compera, egli perdeva automaticamente la caparra; se colui che era stato impegnato alla vendita della cosa decideva di non piú venderla, egli era, a sua volta, tenuto a restituire un multiplo (generalmente il doppio) della caparra ricevuta. In diritto romano, essendo la vendita puramente obbligatoria, non era concepibile la funzione dell'arra come mezzo di impegno all'acquisto e rispettivamente all'alienazione, perché l'obbligo al reciproco trasferimento costituiva proprio il contenuto della fattispecie contrattuale: l'arra fu utilizzata, pertanto, a **fini di prova**, nel senso che una delle due parti dava all'altra una cosa di pregio, o piú spesso una somma di danaro, allo scopo di rendere

più evidente l'ormai avvenuta conclusione del contratto e quindi le obbligazioni reciprocamente ormai assunte.

In **diritto classico** la funzione probatoria dell'arra (intesa come «*argumentum emptionis et venditionis*») si rivelò nella pratica commerciale altamente profittevole, perché la consegna della caparra segnava tangibilmente il trapasso dalla fase delle pure e semplici trattative al negozio contrattuale vero e proprio. Questo il motivo per cui l'arra nella compravendita prese, più precisamente, il nome di confirmatoria (*arrha confirmatoria*).

Nel **diritto postclassico**, particolarmente in quello giustinianeo, la funzione dell'arra nella compravendita fu però fortemente alterata e divenne una «funzione penale», quale già l'arra aveva nella pratica ellenistica dell'impero orientale. Si parlò, conseguentemente, di «*arrha poenitentialis*» («arra penitenziale») e fu stabilito che, quando tra le parti fosse stato convenuto (a titolo di «contratto preliminare») di contrarre una vendita in forma scritta e dal futuro compratore fosse stata versata una caparra, l'aspirante compratore perdesse la caparra, oppure l'aspirante venditore dovesse restituire il doppio del valore, a seconda che la mancata conclusione del contratto fosse dipesa dall'uno o dall'altro.

(*b*) Il **patto commissorio** (*lex commissoria*, letteralmente «patto di decadenza») fu il patto mediante il quale si attribuiva al venditore il potere di considerare risolta (come non avvenuta) la vendita se il compratore non avesse pagato il prezzo entro un certo termine. Pertanto la scadenza del termine senza il verificato pagamento del prezzo conferiva al venditore il diritto di ottenere la restituzione della cosa venduta (se ed in quanto già acquisita in possesso dal compratore).

(*c*) Il **patto di rivendita** (*pactum de retrovendendo*) e il **patto di ricompera** (*pactum de retroëmendo*) furono due clausole intese allo scopo di subordinare praticamente la vendita alla discrezione del compratore oppure a quella del venditore. Mediante il primo il compratore si riservava il diritto di rivendere la cosa al venditore per lo stesso prezzo entro un certo periodo di tempo. Mediante il secondo il venditore si riservava il diritto di ricomprare la cosa, restituendo il prezzo al debitore entro un certo termine.

(*d*) Il **patto di non gradimento** (*pactum displicèntiae*) serviva a riservare al compratore il diritto di restituire la merce al venditore, nel caso che per qualunque e insindacabile motivo, non fosse di suo gradimento, reclamando in cambio la restituzione del prezzo. Esso poteva avere una duplice funzione: o la funzione di condizione sospensiva [n. 19], nel senso che la efficacia della vendita fosse subordinata al gradimento del compratore; oppure la funzione di condizione risolutiva, nel senso che gli effetti della vendita avessero a cessare nel caso che la mer-

ce risultasse sgradita al compratore («*si intra certum tempus displicuisset, merx redderetur*»).

Analogo al *pactum displicentiae* era il «*pactum degustationis*» («patto di degustazione»), solitamente utilizzato nel caso di compravendita di vino, in forza del quale il compratore era autorizzato ad accertare che la merce avesse le qualità desiderate: accertamento che, peraltro, non era insindacabile, ma doveva essere fatto *boni viri arbitratu*, col criterio obbiettivo tipico di un galantuomo.

(*e*) Il **patto di riserva di un termine** (*in diem addictio*) era una clausola pattuita sopra tutto nei casi di «vendita all'asta» (di «*venditio in auctionem*»). Essa dava il diritto al venditore di recedere dal contratto già concluso, nel caso che ricevesse da un terzo un'offerta pecuniaria maggiore entro un certo termine. Al compratore si riconobbe peraltro il diritto di essere preferito al terzo ove facesse a sua volta un'offerta pari a quella fatta da lui.

75. *Le obbligazioni da locazione-conduzione.* — La **locazione-conduzione** (*locatio conductio*) era il contratto tra locatore (*locàtor*) e conduttore (*condúctor*), in forza del quale nascevano le seguenti obbligazioni: *a*) l'obbligo del locatore di mantenere per un certo periodo di tempo a disposizione del conduttore un determinato oggetto giuridico; *b*) l'obbligo del conduttore di restituire l'oggetto al locatore dopo averlo utilizzato, per utile proprio o per utile del locatore, nel modo e per il tempo convenuto; *c*) l'obbligo di chi tra i due avesse tratto un utile dal contratto (normalmente il conduttore, ma talvolta il locatore) di corrispondere all'altro (normalmente al locatore, ma talvolta al conduttore) una somma di danaro («*mèrces*», «mercede») a titolo di corrispettivo per l'utile stesso.

L'istituto della *locatio conductio* si affermò anch'esso, come la *emptio venditio*, nei rapporti tra romani e *peregrini*, facendo il suo ingresso nel *ius privatum* per il tramite del *ius civile novum*. I suoi precedenti strettamente civilistici (cioè di *ius civile vetus*) sono oscuri e, forse, si limitano a due ipotesi, che non dovettero essere in pratica nemmeno troppo frequenti: *a*) l'ipotesi del proprietario di una cosa mobile o immobile, che ne concedesse il possesso ad altri a titolo di «*precarium*», stipulando a parte un corrispettivo per questa sua concessione [n. 80]; *b*) l'ipotesi del *libertus* che si ponesse a disposizione del *patronus* per eseguire ai suoi ordini gli stessi servigi prestatigli da *servus* (le cd. «*operae libertorum*»), ottenendone in cambio una retribuzione (o promessa mediante *stipulatio* o, più di frequente, impegnata a titolo fiduciario) [n. 10 e 46].

Nei rapporti commerciali tra romani e stranieri e nei rapporti di affari tra gli stessi cittadini romani la *locatio conductio* si rivelò di grande utilità sopra tutto per

due motivi: *a*) perché permetteva di assicurare, contro un giusto corrispettivo, la futura utilizzazione temporanea di cose o di persone, senza richiedere come suo presupposto una *datio* (una consegna delle stesse: consegna alla quale poteva dunque procedersi anche dopo l'avvenuta conclusione del negozio); *b*) perché, nella sua struttura essenziale, si riduceva al semplicissimo schema di un *locàtor* impegnato a porre un oggetto giuridico a disposizione del *conductor* (cioè a fargli spazio, a «*locum dare*» a lui in ordine all'oggetto) e di un *conductor* impegnato, per converso, a restituire al *locator*, dopo un certo tempo o dopo una certa utilizzazione, quell'oggetto (cioè a rimetterglielo tra le mani, a riportarglielo, a «*cum ducere*» l'oggetto con sé). Il tutto, beninteso, visto che si trattava di un affare, pagandosi un giusto corrispettivo (*merces*) da parte di colui che dall'affare avesse tratto utile.

Fu appunto per la duttilità della sua struttura che la *locatio conductio*, nel periodo classico, giunse ad essere sempre piú chiaramente distinta in tre *species* principali, nelle quali il diritto giustinianeo intravvide piú tardi addirittura tre contratti (tre *genera*) diversi.

Le tre specie furono: *a*) quella detta della «*locatio rei*» («locazione di cosa»), in forza della quale il *locator* si obbligava a mettere a disposizione del *conductor* (detto nel caso di fondi rustici «*colonus*», e nel caso di immobili di abitazione «*inquilinus*») una cosa materiale, mobile o immobile, affinché il *conductor* ne godesse e gli pagasse in corrispettivo una *merces*; *b*) quella detta della «*locatio operarum*» («locazione di opere»), in forza della quale il *locator* (cd. *mercennarius*), avendo specifiche capacità di lavoro, si obbligava a mettere se stesso, con riferimento limitato a quelle sue capacità (*operae*), a disposizione del *conductor* (cd. *dominus*), il quale appunto per ciò era tenuto a pagargli una *merces*; *c*) quella detta della «*locatio operis*» («locazione di opera»), in forza della quale il *locator*, possessore di certi materiali, li metteva a disposizione di un artefice, affinché questa li lavorasse e li trasformasse per utilità di lui *locator*, il quale appunto per ciò si obbligava a pagargli, ad opera compiuta, una *merces*. Nelle prime due ipotesi la *merces* era dovuta dal *conductor* al *locator*, nella terza ipotesi la *merces* era dovuta (si badi bene) dal *locator* al *conductor*.

Delle tre specie di locazione dianzi tratteggiate quella **originaria e paradigmatica** fu indubbiamente la *locatio rei*. Nei confronti di essa la *locatio operarum* e la *locatio operis* meritano, a nostro avviso, la qualifica di locazioni «irregolari», accanto ad altre fattispecie minori, di cui ci limiteremo a fare qualche cenno. Il nostro discorso sarà pertanto esemplato dalla descrizione della *locatio rei*.

(*a*) **Elementi costitutivi del contratto di locazione di cosa** (*locatio conductio rei*) furono: l'accordo sulla fattispecie (*consensus in idem plàcitum*), comunque manifestato, delle parti; e la funzione economica («causa») di far utilizzare, contro un giusto corrispettivo (*merces*), la cosa locata al conduttore. Senza indugiare oltre su questi requisiti, saranno qui illustrati solo tre punti: *a*) le caratteristiche della cosa locata; *b*) le caratteri-

stiche della mercede; *c*) la durata degli effetti del contratto; *d*) le azioni inerenti al contratto; *e*) le obbligazioni del locatore; *f*) le obbligazioni del conduttore.

(*a*[1]) La **cosa locata** (*res locata*) poteva essere qualunque cosa, sia mobile sia immobile, purché si trattasse, per evidenti ragioni, di cosa infungibile e inconsumabile. Non era escluso che la cosa fosse di dominio dello stesso conduttore, ma che il possesso ne spettasse al locatore in forza di pegno o di usufrutto: ragion per cui la locazione serviva a fargliene avere da quest'ultimo il godimento.

(*a*[2]) La **mercede** (*merces*, anche detta *pensio*: pigione) consisteva normalmente in una somma di danaro, ma poteva consistere anche in altra cosa fungibile o infungibile, purché assicurasse la possibilità di differenziare la figura del conduttore da quella del locatore, e purché fosse di valore non puramente simbolico (per esempio, una monetina, un «*nummus unus*»), ma corrispondente (sia pure in linea di larga approssimazione) al valore dell'utile prodotto dal contratto.

Nell'ipotesi che la mercede fosse costituita dai **frutti della cosa locata**, genericamente indicati come tali, il conduttore era tenuto a prestare tutti i frutti, quale che ne fosse la quantità: tuttavia, in ordine ai fondi rustici, poteva farsi luogo anche alla «colonía parziaria» (*colònia partiaria*, «affitto a partizione»), cioè ad una locazione del fondo contro pagamento di una quota dei suoi frutti, il che implicava la compartecipazione del locatore alle vicende della coltivazione effettuata dal colono.

(*a*[3]) La **durata** del rapporto da locazione era determinata dal contratto. In mancanza di determinazione contrattuale, si rispettavano gli usi locali: poteva anche essere convenuta una locazione, valevole a tempo indeterminato per sé e per gli eredi (*locatio perpetua*), ma comunque sottoposta all'ovvio potere di recesso dell'uno e dell'altro contraente.

Se, al termine del periodo di locazione, il conduttore persisteva nel godimento della cosa locata senza opposizione del locatore, si riteneva verificata la **rinnovazione tacita** (*renovatio tacita*) del contratto. Essa aveva effetto sino al giorno in cui il locatore chiedesse esplicitamente la restituzione della cosa; ma nel caso di locazione di fondi rustici bisognava attendere il compimento un intero anno agrario.

(*a*[4]) Le **azioni derivanti dalla locazione di cosa** furono l'azione per il locato (*actio locati*) a tutela del locatore e l'azione per il condotto (*actio conducti*) a tutela del conduttore: ambedue azioni di buona fede, comportanti l'invito al giudice a condannare il convenuto a «tutto ciò

che egli dovesse dare o fare a sensi di buona fede» («*quidquid dare facere oportet ex fide bona*»). La grande malleabilità del mezzo di tutela giurisdizionale fu l'elemento che piú di ogni altro favorí l'applicazione del contratto anche alle ipotesi diverse dalla pura e semplice locazione di cosa.

(*a5*) **L'obbligazione tipica del locatore** di cosa era di procurare e assicurare al conduttore la detenzione della cosa locata per tutta la durata del contratto: dunque un'obbligazione di dare.

In caso di **evizione** (*evictio*), di spossessamento giudiziario da parte di un terzo, dato che il conduttore non era domino ma semplice detentore della cosa, evidentemente altra via non gli era aperta che di agire con l'*actio conducti* contro il locatore, allo scopo di costringerlo all'adempimento o al risarcimento.

Dall'obbligo di mantenere la cosa a disposizione del conduttore derivava, a titolo accessorio, l'obbligo del locatore di provvedere appunto alla **manutenzione della cosa locata** (cioè al suo mantenimento in stato di efficienza) affinché il conduttore potesse pienamente utilizzarla nei limiti del contratto: in mancanza di che, il conduttore aveva diritto a una congrua riduzione della mercede, oppure al rimborso delle spese di manutenzione fatte su sua iniziativa.

Siccome non era necessario che il locatore fosse domino della cosa ma era sufficiente che ne fosse possessore o detentore, se il domino della stessa (lui o altri che fosse) alienava la cosa locata ad un terzo in costanza del contratto di locazione, si applicava il principio «*emptio tollit locatum*» (l'alienazione della cosa elimina la sua locazione): pertanto il nuovo domino era libero di non tener conto del contratto di locazione. Principio, questo, contrario alle tendenze degli ordinamenti moderni.

(*a6*) **Obbligazione tipica del conduttore** di cosa era quella di restituire la cosa locata al termine del contratto. Se la cosa risultava deteriorata o distrutta, egli era tenuto a pagarne il controvalore, salvo che l'inadempimento non fosse assolutamente a lui imputabile.

Il conduttore aveva inoltre l'**obbligo di pagare la mercede** a titolo di «corrispettivo», cioè in corrispondenza al valore oggettivo di utilizzazione della cosa ed alla durata del suo godimento. Il pagamento poteva avvenire in una volta sola o, piú usualmente, con versamento di canoni periodici.

(*b*) La **locazione di servizi** o «contratto di lavoro» (*locatio conductio operarum*), essendo derivata dalla locazione degli schiavi, conservò sempre il marchio di questa sua origine, sicché si ritenne che, almeno di regola, potesse riguardare (con *obligatio in faciendo*) servigi prevalentemente ma-

nuali o di limitato impegno intellettuale, da prestarsi comunque secondo direttive riservate al conduttore, cioè al «datore di lavoro».

Al di fuori della *locatio operarum* in senso proprio rimasero, dunque, le **attività intellettuali** (o prevalentemente intellettuali), come quelle prestate dai medici, dai grammatici, dai retori, dai filosofi, dagli artisti figurativi, dai musici, dagli avvocati, dai giureconsulti. Per l'utilizzazione di alcune di esse le grandi famiglie facevano capo a schiavi di pregio, ma per altre (in particolare, per l'opera degli avvocati e dei giureconsulti) il ricorso a schiavi era impensabile e pertanto si formarono, a disposizione del grosso pubblico, categorie di «professionisti liberi», le cui prestazioni furono appunto perciò usualmente denominate «*operae liberales*» (o «*artes ingènuae*»). Anche questi professionisti (sopra tutto quelli di minore spicco) si impegnarono talvolta all'esercizio della loro specialità mediante locazione, ma il contratto fu in tal caso fortemente anomalo: sia perché l'attività da loro esercitata comportava una particolare autonomia, che mal si adattava alla subordinazione richiesta dal contratto di lavoro; sia perché non di rado entravano in gioco anche elementi tipici della *locatio operis*, in cui il professionista (obbligandosi, ad esempio, a rivestire di dipinti le pareti di una stanza) assumeva la veste di *conductor*. Comunque, i professionisti di rango più elevato rifuggivano generalmente dal ricorso alla *locatio conductio* e lavoravano a titolo formalmente gratuito, percependo compensi pecuniarî anticipati o contando sulla posticipata dazione di tali compensi a titolo di onorario («*honorarium*», o «*munus*»): se l'onorario informalmente promesso non era pagato o non era congruo, essi ricorrevano pertanto alla tutela *extra ordinem* da parte del pretore o, in età classica, dell'imperatore.

Caratteristiche essenziali della locazione di servizi erano: *a*) la personalità della prestazione del locatore; *b*) la subordinazione dello stesso alle direttive del conduttore. La caratteristica della **personalità della prestazione** implicava che il locatore di servizi (il lavoratore) fosse tenuto a prestare personalmente, senza possibilità di farsi sostituire da altri, le attività dedotte in contratto. In cambio il conduttore (il padrone) era tenuto al pagamento della mercede anche quando il prestatore di lavoro si trovasse nella impossibilità di eseguire il lavoro contrattato, salvo che fosse intervenuto un patto contrario (per es.: il patto di non pagare il salario nei giorni in cui non fosse eseguibile il lavoro in riviera a causa di inondazione della stessa). La caratteristica della **subordinazione del prestatore di lavoro** implicava che egli fosse completamente dipendente, nei limiti del tipo di attività e del periodo di tempo impegnato, alle direttive del conduttore (datore di lavoro): ciò sino al punto che talora le fonti parlino, in relazione al locatore di servizi, di locare se stesso e le proprie opere (*se operasque suas locare*).

La locazione di servizi aveva termine per morte del locatore, non ritenendosi possibile che le opere di lui (pur essendo a carattere prevalentemente manuale) potessero essere prestate da altri che d lui stesso. Viceversa, se veniva a morte il conduttore, cioè il datore di lavoro, i suoi diritti e i suoi obblighi si trasmettevano agli eredi, salvo che nel frattempo il lavoratore avesse trovato altra occupazione.

Il **diritto postclassico**, per influenza del cristianesimo, fu tendenzialmente insofferente della locazione di servizi e del concetto di subordinazione quasi schiavistica del locatore al conduttore da essa implicato. La decadenza dell'istituto fu accentuata dal fenomeno della scarsezza di mano d'opera, sia servile che libera, da cui furono poi provocate le disposizioni del diritto nuovo imperiale sulla servitú della gleba e sulla ereditarietà dei mestieri [n. 10].

(*c*) La **locazione d'opera** o «contratto d'opera» (*locatio conductio operis*) era sorta come locazione, cioè come affidamento di una cosa all'artefice, con l'obbligo da parte di costui di trasformarla, lavorandola, e di riconsegnarla al locatore, contro pagamento di una mercede: era sorta, quindi, come «locazione di cosa per dedurne un'opera» (*locatio rei ad opus perficiendum*). Con l'andar del tempo, nel corso del periodo classico, il contratto si staccò, peraltro, dalla stretta osservanza di questo paradigma iniziale ed assunse **forme variabili**: si ritenne pertanto dai giuristi classici che la locazione d'opera sussistesse non soltanto quando un artefice (fabbro, orafo, scultore, sarto, cuoco ecc.) si impegnasse a trasformare col suo lavoro e con la sua arte la cosa datagli da un locatore, ma anche quando l'artefice si obbligasse senza aver ottenuto i materiali occorrenti dal locatore e provvedesse di proprio la materia prima (caso tipico del piccolo imprenditore che si assumesse, dietro congruo compenso, di costruire un edificio, di fabbricare uno strumento, di approntare un monile ecc.).

L'**obbligazione** del conduttore d'opera era, precipuamente, quella di un «fare» consistente nell'apprestamento dell'opera stabilita: sia provvedendovi personalmente; sia, eventualmente, utilizzando l'opera dei proprî schiavi oppure l'opera di altri liberi lavoratori (assunti, questi, mediante *conductio operarum*); sia infine col sistema di «subappaltare» l'opera da compiere ad un altro conduttore, il quale si assumesse nei suoi riguardi l'impegno di esplicare il lavoro.

Naturalmente, quando si effettuava la consegna dell'*opus* il *locator operis* aveva diritto al suo **collaudo** (*adprobàtio operis*), da farsi, peraltro, *viri boni arbitratu*, secondo valutazioni tipiche di un galantuomo, e non con criteri puramente persona-

li. Inoltre, l'*opus* doveva essere apprestato nel tempo stabilito o, mancando la fissazione del termine, nel tempo ordinariamente necessario per effettuarlo.

Le obbligazioni derivanti da locazione d'opera si trasmettevano agli eredi nel caso di morte del locatore e del conduttore. Faceva eccezione, ovviamente, l'ipotesi che l'attività da prestarsi dal conduttore fosse attività insostituibile, cioè di lui personalmente caratteristica (si pensi, per esempio, alla esecuzione di un ritratto da parte di un provetto pittore).

(*d*) Altra ipotesi di locazione irregolare era quella del **caricamento marittimo**, cioè dell'affidamento ad un capitano di nave (*magister navis*) di merci da trasportare mediante navigazione marittima: caso di trasporto ritenuto molto pericoloso per definizione.

Nell'ipotesi di «avaría» della nave, e di eventuale **getto di merci in mare** fatto per alleggerirla, i Romani si ispiravano ai principi fissati da una imprecisata (e non romana) legge Rodia (*de iactu*), i cui principî erano osservati da tutti i popoli impegnati nel commercio mediterraneo e si riassumevano in ciò: che le conseguenze del getto (*iàctus mercium*) dovevano essere ripartite proporzionalmente fra tutti i caricatori, anche se il capitano non avesse potuto gettare a mare proporzionalmente le merci caricate da ciascuno, ma avesse gettato quelle (magari di uno solo) che prima gli fossero venute sotto mano.

L'effetto della **ripartizione proporzionale dei danni** fra i caricatori non fu ottenuto, sul piano giuridico, attraverso una azione divisoria apposita, ma fu conseguito indirettamente, col giuoco delle *actiones locati* e *conducti*. Si ritenne infatti: *a*) che i caricatori fossero *locatores* delle merci date in trasporto («*ad eas vehendas*»: *locatores operis*, dunque) nei confronti del *magister navis*, verso il quale potevano perciò agire per la restituzione delle merci (o per la rivalsa in ordine alle merci non restituite) con le rispettive *actiones locati*; *b*) che peraltro il *magister navis*, nella sua qualità di *conductor operis*, potesse a sua volta rivalersi nei confronti dei caricatori non danneggiati dal getto, e relativamente alla loro quota di danno, mediante l'*actio conducti*.

76. Le obbligazioni da società. — La società (*societas*) era il contratto tra due (raramente tra piú di due) soci, in forza del quale ciascun socio era obbligato a vincolare alla disposizione comune una certa entità, anche disuguale, di cose (*res*) o di attività personali (*operae*), allo scopo di compiere una singola oppure varie operazioni economiche e di dividere tra tutti i guadagni e correlativamente anche le perdite. Ma il contratto di società in tanto aveva rilevanza giuridica ed efficacia costitutiva di obbligazioni, in quanto ne fosse specificato il fine economico, cioè in

quanto fossero ben chiare (anche se non esplicitamente indicate) le operazioni economiche al cui servizio esso si concludeva.

Le origini della *societas consensu contracta* sono discusse. Tutti concordano nel ritenere che il regolamento tipico dell'istituto, come negozio giuridico costitutivo di mere *obligationes* tra le parti, sia stato introdotto dal *ius civile novum* sotto la spinta delle esigenze e delle esperienze del commercio mediterraneo nel sec. III a. C.; ma molti, e in modo vario, sostengono che la società meramente consensuale sia stata il frutto di un adattamento di precedenti istituti del *ius civile vetus*. Senza negare l'anteriorità e la concorrenza di queste piú antiche fattispecie rispetto alla *societas consensu contracta*, noi riteniamo che la genesi della società meramente consensuale sia da ravvisare esclusivamente in un fenomeno particolare e originale del commercio mediterraneo: quello della cooperazione fiduciaria, della alleanza di affari (oggi usualmente detta, con terminologia inglese, «joint venture») tra due od eventualmente piú imprenditori in vista di operazioni economiche o di tipi di operazioni economiche ben determinate e con assunzione in comune dei rischi alle stesse connessi. Non tanto e solo la necessità di mettere insieme grossi capitali quanto l'alta opportunità di assumere (e ripartire) i rischi in comune spinsero gli operatori economici dell'età preclassica (spesso di nazionalità diversa, spesso residenti a distanza l'uno dall'altro, spesso cooperanti all'impresa in modo diverso, e cioè taluno con i suoi capitali e talaltro con la sua opera «manageriale») a concludere, sulla base della reciproca *fides*, *societates* tra loro: società dapprima occasionali e limitate nel numero o nel tipo delle operazioni, poi anche (e piú audacemente) estese ad un impegno totale di tutte le loro forze economiche e intellettuali. Ed è evidente che queste esplicazioni dell'ambiente commerciale piú evoluto (oltre che aperto al concorso di operatori economici stranieri con quelli romani) valsero, a loro volta, a far decadere gli istituti, meno perfetti e sopra tutto meno duttili alle esigenze della pratica, che avevano avuto diffusione in precedenza.

Nell'esperienza del **diritto classico**, in cui l'istituto ebbe la sua massima fortuna, la *societas consensu contracta* si presentava, come vedremo, in una vastissima gamma di esplicazioni e con strutture non sempre rigidamente identiche. Ma, per quanto riguarda la «causa» del negozio, i tipi fondamentali in cui tutte le applicazioni, sulla scorta degli *edicta praetoris* (*urbani* e *peregrini*), potevano essere inquadrate furono due: *a*) la *societas omnium bonorum*; *b*) la cd. *societas unius negotiationis*.

In **diritto postclassico** le visuali classiche non cambiarono di molto, ma certamente si intorbidarono. In un ambiente economico cui erano oramai quasi del tutto estranee le iniziative dinamiche di un tempo (e in cui era quasi totalmente scomparsa la differenza tra *cives* e *peregrini*) il concetto di *societas* si avvicinò sensibilmente a quello di *communio*, cioè di compartecipazione nello sfruttamento di beni ed attività da rendere necessariamente comuni tra i soci [n. 31-32]. La nota diversificante rispetto alla *communio* vera e propria ne fu solo il vincolo strettamente personalistico tra i *socii*: il venir meno di un socio provocava *ipso iure* lo scioglimento, e quindi la liquidazione, dei rapporti sociali.

Elementi costitutivi del contratto di società, in tutte le sue manifestazioni, furono: l'accordo continuativo sulla fattispecie (*consensus persevérans in idem plàcitum*), comunque manifestato, delle parti; e il fine pratico di conseguire un risultato economico utile a tutti attraverso il sacrificio economico o personale di ciascuno. I punti che meritano qui particolare illustrazione sono quelli: *a*) dei cd. «conferimenti dei soci» (con il connesso riparto tra gli stessi degli utili e delle perdite); *b*) della «durevolezza del consenso» societario; *c*) delle azioni inerenti al contratto; *d*) delle obbligazioni dei soci.

(*a*) I **conferimenti promessi dai soci** potevano consistere in beni reali, in crediti verso terzi, in attività personali da prestare al fine del conseguimento dei fini sociali (*operae, industria*), ma dovevano essere in ogni caso valutabili in termini economici, sí da permettere il calcolo dell'apporto di ciascun socio nei confronti dell'altro.

Non era necessario che i conferimenti fossero eguali, purché, anche in minima misura, essi fossero a carico di tutti i soci: alla loro entità era rapportata la partecipazione agli utili e alle perdite delle attività sociali. Inconcepibile era la cd. «società leonina» (*societas leonina*), in cui cioè ad un socio fossero assicurati in esclusiva tutti gli utili, o anche utili in proporzione vistosamente superiori ai conferimenti o alle perdite (insomma la «parte del leone»). Solo che la società, essendo per sua natura restía a troppo rigide e minuziose determinazioni del capitale sociale, si prestava alla possibilità di riparti molto elasticamente determinati, sopra tutto in considerazione dell'importanza attribuita all'opera personale prestata dai soci per la buona condotta delle attività sociali in genere o per la felice riuscita di determinate operazioni.

Come è naturale, le controversie tra i soci in proposito non erano infrequenti ed a risolverle, quando non bastava, la «valutazione da galantuomo» degli stessi soci o di persone di loro comune fiducia, provvedeva il giudice.

(*a*^{1}) Le **finalità** in vista delle quali erano «promessi» (promessi, si badi, e non necessariamente effettuati totalmente e sin dall'inizio) i conferimenti sociali potevano essere: **temporalmente indefinite** dalle parti (nel qual caso la società durava sin che durasse la sua ragion d'essere, come l'esercizio di un certo commercio, o sin che perseverasse il consenso delle parti); oppure **temporalmente definite** dalle stesse (nel qual caso si parlava di «società a termine» (*societas in tempus cóita*) per effetto di un termine esplicito di scadenza o per effetto di un

termine implicito di esaurimento, come il compimento di un certo viaggio di affari).

Quanto alle **varietà**, a prescindere dalle ipotesi estreme di **società universale** (*societas omnium bonorum*) e di **società lucrativa generale** (*societas omnium quae in quaestu veniunt*), il catalogo offertoci dalle fonti è ricchissimo: qualunque tipo di lecita negoziazione (per esempio, la «*negotiatio sagaria et lintearia*», per il commercio dei vestiti e delle stoffe) o di amministrazione (per esempio quella di un fondo rustico) poteva essere esercitata su basi sociali. Tra le società a tempo indefinito, le piú caratteristiche erano: la «*societas venaliciària*», per il commercio degli schiavi («*venàlia*» o «*venalicia*»); la «*societas argentaria*», per l'esercizio dell'attività bancaria (da parte degli *argentarii*); la «*societas danistaria*», per l'esercizio dei prestiti ad interesse (da parte dei *danistae*, usurai).

(*a*[2]) Solo in parte assoggettate alla disciplina ordinaria, causa i loro riflessi pubblicistici, erano: *a*) la *societas vectigalis* (o *vectigalium*), per la esazione delle pubbliche imposte (*vectigalia*) in una certa zona; *b*) la *societas publicanorum*, per l'appalto di tutto il reddito di imposte (*pública*) ricavabile da una certa *provincia* o per l'appalto di grandi opere pubbliche.

Per il poco che ne sappiamo, si trattava certamente di «*societates irregulares*» per almeno due motivi: *a*) perché disponevano di una forte organizzazione impiegatizia ed economica facente capo a «dirigenti» («*magistri*» e «*promagistri*»), a «comitati direttivi» («*decumani*»), a beni in comune (*res communes societatis*) e, tra questi beni, a una «cassa sociale» («*arca communis*»); *b*) perché gli eredi dei soci deceduti potevano essere ammessi (*adsciti*) dai soci sopravvissuti a sostituire i loro danti causa. Queste caratteristiche non erano, peraltro, tali da fare delle *societates publicanorum* o *vectigalium* soggetti giuridici immateriali [n. 11]: al contrario, esse facevano capo ad un soggetto giuridico singolo, il quale partecipava in nome proprio alle aste pubbliche di cui rimaneva «aggiudicatario» («*manceps*»), mentre gli altri (spesso numerosi) finanziatori di quest'ultimo si vincolavano personalmente a lui (e non allo stato) o come suoi *socii* (a responsabilità illimitata) o come suoi «associati in partecipazione» («*adfines*»: con responsabilità limitata al valore di quanto affidato all'associante).

(*b*) Il **consenso dei soci** era consenso **perseverante** (*consensus perseverans*): esso cioè, stante la continuità della cooperazione cui dava luogo, non poteva fermarsi al momento iniziale dei rapporti sociali, ma doveva perdurare tra i soci (e, piú precisamente, tra gli stessi soci che lo avevano inizialmente manifestato) sino a che il fine sociale fosse conseguito (o si rivelasse o divenisse oggettivamente irrealizzabile), oppure sino a che sopravvenisse la scadenza del termine. Approssimativamente lo stesso di quanto si è visto a proposito del matrimonio libero [n. 35].

La **conseguenza più importante** di questa necessità del contratto di essere continuamente alimentato dalla volontà delle parti era che il **dissenso dei soci** (*dissensus sociorum*), cioè una manifestazione di concorde volontà contraria (*contrarius consensus*) dei soci, poteva determinare in qualunque momento la fine, sia pure anticipata, della società, la cd. «*solutio societatis*» (scioglimento della società), con relativa messa in liquidazione della stessa.

In **età postclassica**, la tendenza a concepire la società come contratto determinativo della co-gestione di un patrimonio reso comune tra i soci dal consenso iniziale non giunse a mutare le linee direttive di questa struttura, ma indubbiamente le alterò. Peraltro non è il caso di fermarsi su questi particolari.

(*c*) **L'azione** concessa a ciascun socio contro l'altro per far valere i suoi diritti era l'azione per il socio (*actio pro socio*): azione di buona fede, la quale importava la condanna del convenuto a «tutto ciò che egli dovesse dare o fare a sensi di buona fede» («*quidquid dare facere oportet ex fide bona*»).

In **diritto classico** l'azione era diretta ad ottenere dal socio convenuto che eseguisse le prestazioni cui era impegnato. In **diritto postclassico**, coerentemente al concetto della *societas* come co-gestione di un complesso economico in comunione tra i soci, l'azione era essenzialmente volta ad affermare la responsabilità di chi fosse venuto meno agli obblighi assunti, ed appunto perciò presupponeva l'estinzione della *societas*.

(*d*) **Obbligazione tipica di ciascun socio** era, in diritto preclassico e classico, di porre in essere la cooperazione promessa: sia tenendo a disposizione dell'altro socio (o degli altri soci) i cespiti economici o le energie individuali che erano stati promessi in contratto, sia compiendo di volta in volta tutte quelle attività giuridiche che si rendessero necessarie per il raggiungimento dei fini sociali (alienazione di proprî beni a terzi, cessioni di proprî diritti reali o personali ai consoci, acquisti nell'interesse comune, assunzione di situazioni creditorie o debitorie nell'interesse comune).

In **periodo postclassico** si giunse a ritenere, data la riduzione dei modi di trasferimento della proprietà alla sola *traditio* (la quale poteva essere anche fittizia [n. 48]), che il semplice accordo societario determinasse, automaticamente e sin dall'inizio, il trasferimento ai consoci della proprietà delle *res* promesse dal socio alla *societas* (cd. «*tràn situs legalis*»). Pertanto le obbligazioni dei *socii* si ridussero alla prestazione delle attività personali promesse e all'obbligo di rendere comuni gli acquisti operati per conto della *societas* (in cambio di che ciascun socio aveva diritto alla sua quota di utili ed agli eventuali rimborsi per spese e danni).

77. *Le obbligazioni da mandato.* — Il mandato (*mandatum*) era il contratto tra mandante (*mandàtor*) e mandatario (*mandatàrius*), in forza del quale quest'ultimo si obbligava a titolo gratuito a compiere uno o piú atti, affidatigli dal mandante per l'utile proprio o di terzi o anche per un utile parzialmente del mandatario, con l'obbligo del mandante ad eventualmente indennizzarlo solo nei limiti delle spese e dei danni subíti per la esecuzione dell'incarico.

Il termine *mandatum* non stava letteralmente a significare il contratto, ma solo l'incarico dato dal mandante al mandatario: pertanto non sempre i *mandata* di cui parlano le fonti sono espressioni del contratto consensuale di *mandatum*, il quale piú esattamente dovrebbe chiamarsi «*mandatum suscèptum*» («mandato accettato»), o meglio ancora «*mandatum consensu contractum*» («mandato consensuale»).

Precedenti assimilabili al *mandatum* furono ignoti al *ius civile vetus*. Nell'ambiente piú vetusto della repubblica, commercialmente poco sviluppato, era raro che un *pater* (o, piú in generale, un soggetto giuridico) avesse bisogno di rivolgersi ad un altro soggetto per incaricarlo di attività di vario genere, che avrebbe potuto agevolmente compiere egli stesso, o di persona o per mezzo dei suoi sottoposti. Viceversa, nell'ambiente del commercio mediterraneo dei sec. III-II a. C. si verificò spesso l'ipotesi che un operatore economico (romano o peregrino che fosse) facesse capo ad un suo corrispondente lontano (o inviasse lontano un suo uomo di fiducia) affinché attendesse al compimento di un affare, ove egli non fosse in grado, chiamato ad altre cure, di seguirlo personalmente. Si trattava, in questi casi, di impegni particolarmente alla buona tra mandante e mandatario: impegni che si inquadravano sovente nelle piú ampie relazioni di amicizia e di affari tra loro esistenti, cioè in relazioni che non comportavano un apposito corrispettivo, ma tutt'al piú suggerivano qualche dono di riconoscenza, e sopra tutto implicavano il tacito impegno del mandante a ricambiare il favore alla prima occasione.

È da ritenere, pertanto, che tra i *contractus* del *ius civile novum* il *mandatum* sia giunto buon ultimo, e forse solo sullo scorcio dell'età preclassica, ad ottenere rilevanza giuridica. Fu forse la crisi sociale ed economica dei sec. II-I a. C. a rendere vivo il problema, nella dissoluzione dei vecchi valori dell'*amicitia* e della *fides*, di costringere il *mandatarius* a ritenersi strettamente impegnato, sul piano del diritto e non piú su quello della cortesia [n. 18], attraverso dunque l'esperibilità di un'*actio mandati*, al compimento di una attività che avesse liberamente accettato di compiere. Certo è che il *mandatum*, per la sua corrispettività solo eventuale (e in particolare per la gratuità della prestazione del mandatario), mal si concilia con gli altri *contractus* del *ius civile novum*.

Il mandato poteva essere di varie specie, a seconda dell'interesse che fosse diretto a tutelare: *a*) «mandato nell'interesse del mandante» (*mandatum mea gratia*), se determinava l'obbligo di compiere l'attività nell'interesse del soggetto mandante (l'«*ego*» al quale, dunque, il *mandatarius* avrebbe dovuto trasferire, in un secondo momento, gli effetti dell'attività com-

piuta); *b*) «mandato nell'**interesse comune**» (*mandatum mea et tua gratia*), se determinava l'obbligo di compiere l'attività nell'interesse comune delle parti, cioè sia del mandante («*ego*») che del mandatario («*tu*»); *c*) «mandato nell'**interesse di un terzo**» (*mandatum aliena gratia*), se era predisposto nell'interesse di un estraneo (generalmente un cliente); *d*) «mandato per **interessi plurimi**» (*mandatum mea et aliena gratia* oppure *tua et aliena gratia*), variazioni piú scoperte del mandato nell'interesse di un terzo. Assurdo sarebbe stato peraltro un mandato nell'interesse del solo mandatario («*mandatum tua gratia tantum*»): mandato che era quindi considerato invalido, avendo tutt'al piú il valore (non vincolante) di un'esortazione o di un consiglio.

Elementi costitutivi del contratto di mandato, in tutte le sue manifestazioni, furono: il consenso continuativo, comunque manifestato, delle parti; e il fine pratico di compiere gratuitamente un'attività richiesta dal mandante. I punti che meritano particolare illustrazione attengono: *a*) all'attività del *mandatarius*; *b*) alla *perseverantia* del *consensus* tra le parti; *c*) alle azioni inerenti al contratto; *d*) alle obbligazioni del mandante; *e*) alle obbligazioni del mandatario.

(*a*) **L'attività del mandatario** non doveva essere necessariamente una attività «giuridica», sebbene questo essa fosse nella gran maggioranza dei casi: poteva anche consistere nel compimento di operazioni prive di rilevanza giuridica (e di connesse conseguenze giurisdizionali). L'essenziale era che l'attività del mandatario fosse **giuridicamente lecita** e «sufficientemente determinata». Non era valido, dunque, il «mandato di compiere atti illeciti» («*mandatum rei turpis*»), né lo era il «mandato indeterminato» («*mandatum incertum*»).

Essenziale del *mandatum* era la **gratuità**. Se era pattuito un compenso, non si aveva mandato, ma locazione d'opera [n. 76]. Tuttavia poteva anche essere convenuta inizialmente, o attribuita posteriormente, una remunerazione (*honorarium*), a titolo essenzialmente di gratificazione per l'opera svolta dal mandatario.

(*b*) Come per la società, occorreva per il mandato la **perduranza del consenso delle parti**: il contratto doveva essere alimentato dalla ininterrotta concordanza di coloro che lo avevano messo in opera. Le conseguenze principali di questa impostazione erano due. Anzitutto, essendo il mandato un negozio bilaterale, bastavano (a prescindere dal *contrarius consensus*, cioè dall'accordo tra le parti di risolverlo), la semplice **revoca unilaterale** (*revocatio mandati*) del mandato o la semplice **rinunzia unila-**

terale (*renuntiatio mandato*) del mandatario a risolvere il contratto (*solvere mandatum*), e quindi ad estinguere l'obbligazione del mandatario. Secondariamente, venendo a mancare una delle due parti per **morte** (non sappiamo se anche per le altre cause valevoli in ordine alla società), egualmente si verificava la risoluzione del contratto (*mandatum morte resolvitur*): a maggior ragione era pertanto inammissibile un «mandato per dopo la morte» («*mandatum post mortem*»), da eseguirsi cioè dopo la morte del mandante o del mandatario.

(*c*) **L'azione del mandante** contro il mandatario era l'azione di mandato (*directa*). L'azione eventuale del mandatario contro il mandante era l'azione contraria di mandato. Ambo le azioni erano di buona fede e implicavano la condanna del convenuto a «tutto ciò che egli dovesse dare o fare a sensi di buona fede» («*quidquid dare facere oportet ex fide bona*»).

(*d*) **Obbligazione tipica del mandatario** era di compiere l'attività chiesta dal mandante o di raggiungere lo scopo da lui designato, attenendosi esattamente alle istruzioni ricevute ed accettate. Non era, dunque, lecito esorbitare dai limiti delle istruzioni ricevute (*excèdere fines mandati*): onde si ritenne che, se il mandatario avesse ricevuto mandato di comprare una cosa per una certa somma e l'avesse comprata per una somma superiore, eccedendo perciò dai limiti del mandato conferitogli, il mandante avesse la scelta tra il ritenere nullo il mandato o viceversa il ritenerlo valido.

(*e*) **Obbligo eventuale del mandante** era quello di indennizzare il mandatario per le spese che avesse sostenuto in buona fede e per i danni che avesse subíto nella esecuzione dell'incarico.

Figura specifica e qualificata di mandato era il **mandato di credito** (*mandatum pecuniae credendae*), cioè il mandato di mutuare danaro ad una terza persona. Tale istituto era adoperato a scopo di garanzia personale delle obbligazioni. Il debitore, volendo offrire garanzia del pagamento del debito al suo creditore, chiedeva ad un terzo di notoria solvibilità di dar mandato al creditore di concedergli il mutuo: se il terzo, accedendo alla sua richiesta per amicizia o per altro, effettuava il mandato (divenendo con ciò *mandator pecuniae credendae*), il creditore, sempre che avesse accettato il *mandatum*, veniva ad essere nella possibilità di agire contro il debitore con l'*actio certae creditae pecuniae* o anche di rivalersi, subordinatamente al mancato adempimento da parte di costui, verso il *mandator* (garante) con l'*actio mandati contraria*.

CAPITOLO XIII

LE OBBLIGAZIONI NON CONTRATTUALI

SOMMARIO: 78. Le obbligazioni non contrattuali. — 79. Le obbligazioni da patto. — 80. Le obbligazioni da accordi innominati. — 81. Le obbligazioni da cause non convenzionali. — 82. Le obbligazioni da libera gestione dei negozi. — 83. Le obbligazioni da cause ingiustificate.

78. *Le obbligazioni non contrattuali.* — Come si è detto a suo luogo [n. 58], non tutte le obbligazioni derivanti da causa lecita furono dai giuristi romani (in particolare nel periodo classico) qualificate come «contratte» (*contractae*) o come derivanti da «contratto consensuale» (*ex contractu*). Per ragioni varie, sulle quali qui non torneremo, rimasero al di fuori di queste due categorie tradizionali obbligazioni derivanti da cause pur importantissime, quali quelle da «patto» (*ex pacto*) e quelle da «convenzioni innominate», cioè prive per lungo tempo di precisa denominazione giuridica (di *nomen iuris*). Ma ve ne furono, come vedremo presto [n. 82-83], anche altre.

Per questi motivi riteniamo opportuno riunire in questo capitolo tutte le **obbligazioni derivanti da causa lecita ma non contrattuali** (*obligationes non contractae*).

79. *Le obbligazioni da patto.* — Obbligazioni **da patto** (*obligationes ex pacto*) furono, nell'esperienza giuridica dei periodi preclassico e classico, taluni rapporti relativi di debito considerati estranei alle categorie civilistiche sia delle «obbligazioni contratte» sia delle «obbligazioni da contratto consensuale». Questi rapporti furono caratterizzati dal fatto di essere costituiti mediante un negozio bilaterale a forma libera [n. 17-18] al quale si usò dare il nome di «patto» (*pactum*). Nome da intendersi pe-

raltro in una significazione ristretta e particolare: cioè nel senso di «specificazione pattizia» (mediante patto) di un rapporto giuridico primario, cioè di accordo inteso a creare un «rapporto giuridico complementare» rispetto ad un rapporto giuridico principale: spesso dunque (anche se non sempre) nel senso di «clausola» aggiunta al negozio costitutivo del rapporto primario (*pactum adiectum*). Solo in periodo postclassico le obbligazioni da patto, pur senza essere addirittura inserite tra gli altri rapporti relativi derivanti da negozio giuridico bilaterale, furono equiparate alle obbligazioni da accordo (da convenzione) nella loro accezione piú larga.

La parola *pactum*, proveniente dall'antico verbo «*pàcere*» e dal piú recente «*pacísci*» (accordarsi, mettersi d'accordo), indicava, nel linguaggio corrente, una convenzione intervenuta tra due (o piú) soggetti, portatori di interessi divergenti, allo scopo di chiudere pacificamente un dissenso tra loro e di regolare la materia contesa in un modo che fosse di comune soddisfacimento. Perfettamente consapevoli di questo significato generico del termine, i romani (e in particolare i giuristi) non ebbero difficoltà a parlare di *pactum* (come pure di *conventio* o di *consensus*) per designare ogni specie di accordo che intercorresse tra due o piú parti non solo in ordine a rapporti giuridici relativi, ma anche in ordine a rapporti giuridici assoluti (si pensi, ad esempio, al *pactum fiduciae*, alla *conventio pignoris*, alle *pactiones et stipulationes* costitutive di servitú o di usufrutto). Tuttavia la rilevanza giuridica accordata ad altri e ben individuati negozi giuridici pur essi alieni da ben precisi rivestimenti formali (orali, gestuali, scritti) non favorí l'evasione della categoria generale dei *pacta* dall'ambito delle relazioni puramente sociali e non aiutò la recezione della stessa, in tutta la sua pienezza, nel mondo del diritto. A scanso di troppi equivoci e complicazioni che i patti avrebbero potuto determinare, **la regola cui si attenne il** *ius civile* (*vetus* e *novum*) fu insomma che un patto puro e semplice (metaforicamente detto «nudo»: «*nudum pactum*») non creasse di per sé rapporti giuridici (né assoluti né relativi), e in particolare non generasse obbligazioni («*nudum pactum non parit obligationem*»). Solo per intervento del *ius honorarium* preclassico e classico e, piú limitatamente, per intervento di alcune *leges* (sia del *ius vetus*, sia del *ius novum*), la restrittiva regola civilistica soffrí talune e non molto estese deroghe, le quali indussero i giuristi a distinguere dai *nuda pacta* i «*pacta praetoria*» ed i «*pacta legitima*», aventi (gli uni e gli altri) capacità di produrre effetti giuridici.

Limitando il discorso sulle deroghe al settore piú vasto e importante, che fu quello del *ius honorarium* e dei *pacta praetoria*, va sottolineato che, nell'ultimo secolo del periodo preclassico (e forse anche prima), il pretore: *a*) prese atto della grande diffusione dei patti con cui si provvedeva dai soggetti a precisare e ad articolare meglio *obligationes* civilistiche già precedentemente costituite; *b*) emanò pertanto un editto generale («*edictum de pactis*») che proclamava «*pacta conventa servabo*» («rispetterò i patti concordati»), aggiungendo che questa tutela non si sarebbe estesa ai patti conclusi contro le regole della correttezza e in contrarietà o in frode delle norme sancite dalle *leges publicae* e dagli altri provvedimenti di governo.

In astratto l'editto *de pactis* comportava che tutti i patti di buona lega, quale che ne fosse il contenuto, avrebbero ottenuto protezione giuridica dal *ius honorarium*. Ma bisogna subito aggiungere che, in concreto, sia nelle interpretazioni dei giuristi e sia nelle applicazioni del pretore, l'editto ebbe un campo di riferimento molto più ristretto: esso fu inteso solo nel senso che i soli *pacta adiecta*, cioè i patti esplicitamente o implicitamente attinenti ad «obbligazioni già esistenti» (non dunque quelli attinenti a rapporti giuridici assoluti, né quelli intesi a creare *ex novo* un rapporto relativo tra soggetti precedentemente del tutto estranei tra loro) sarebbero stati tutelati nel modo di volta in volta più opportuno al caso specifico. Quanto ai **mezzi processuali** adottati, essi consistettero: *a*) in generale, in una «*exceptio pacti conventi*» (eccezione di intervenuto patto) contro chi promuovesse un'azione processuale senza rispettare il patto (si pensi al *pactum de non petendo*); *b*) in ordine alle *obligationes* tutelate dai cd. *iudicia bonae fidei*, nell'obbligo imposto al giudicante di tener conto (senza necessità di formale interposizione di *exceptio*) dei patti accessorî intercorsi tra le parti; *c*) in ordine a talune ipotesi speciali previste (al di fuori dell'editto *de pactis*) da altre clausole edittali, in specifiche *actiones* concesse a chi che lamentasse l'inadempimento dell'*obligatio* (*honoraria*) *ex pacto*.

In **periodo postclassico**, anche per il prevalere della *cognitio extra ordinem* (che era facilmente disponibile alla tutela di qualsivoglia rapporto giuridico), le linee affermatesi nei periodi precedenti si ammorbidirono parecchio, ma non sino al punto da far perdere ogni individualità, quanto meno nominale, ai vecchi istituti di carattere puramente «pattizio». Interventi delle *leges* imperiali si ebbero in scarsa misura, salvo che in materia di atti di liberalità (*donationes*).

Le ***obbligazioni da patto*** di cui è utile far cenno in questa sede (a prescindere dagli effetti del «*pactum de non petendo*» [n. 63] e da quelli di svariati «*pacta adiecta*», cioè espressamente «aggiunti» a singoli negozi, dei quali abbiamo già detto nei luoghi opportuni) sono, anzi tutto, quelle derivanti dai patti pretori denominati: *a*) *iusiurandum voluntarium*; *b*) *constitutum debiti*; *c*) *receptum argentarii*; *d*) *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum*; *e*) *receptum arbitrii*. Ad esse vanno aggiunte le obbligazioni derivanti dall'importante patto legittimo (sancito da costituzione imperiale postclassica) denominato: *f*) *pactum donationis*.

(*a*) Il **giuramento libero** o extragiudiziale (*pactum iurisiurandi* o *iusiurandum voluntarium*) era il patto tra due parti in lite di porre fine alla lite stessa (e di evitare di trascinarla in giudizio), rimettendone la decisione ad un giuramento (*iusiurandum*) prestato da uno dei due soggetti: *a*) o il giuramento **confermativo**, sul tema «la mia pretesa ad esigere da te una certa prestazione è fondata»; *b*) oppure il giuramento **contestativo**, sul tema «la tua pretesa ad esigere da me una certa prestazione è infondata».

Nel primo caso, l'autore del giuramento aveva contro l'altra parte (ove questa non effettuasse la prestazione dovuta) un'azione (*actio iurisiu-*

randi); nel secondo caso, l'autore del giuramento aveva contro l'altra parte (ove questa esigesse in giudizio la prestazione non dovuta) un'eccezione (*exceptio iurisiurandi*). Le modalità del giuramento e la determinazione delle potenze divine coinvolte erano rimesse alle costumanze sociali.

(*b*) Il **regolamento di debito** (*constitutum debiti*) era il patto con cui due (o più) parti regolavano le modalità di adempimento di un'obbligazione di danaro (o di altre cose fungibili) già intercorrente fra loro o fra uno di loro e un terzo (un *alius*): il che consisteva nel fissare un certo termine futuro di pagamento (cioè in un «*constitúere diem*») ed eventualmente nello stabilire altresí che il credito vantato da una delle parti verso il terzo sarebbe stato pagato, in caso di inadempimento del terzo, dall'altra parte del negozio.

Si distingueva, pertanto, tra: *a*) «*constitutum debiti proprii*», inteso a dare una dilazione di pagamento (eventualmente dietro compenso) a chi fosse già debitore nel rapporto obbligatorio; *b*) «*constitutum debiti alieni*», inteso a creare un eventuale sostituto (e quindi un garante) del terzo, che fosse debitore di una delle parti e che potesse risultare inadempiente.

Contro l'inadempiente dell'*obligatio* creata mediante *constitutum debiti* il creditore insoddisfatto aveva originariamente un'«*actio pecuniae constitutae*» a carattere penale, quindi intrasmissibile passivamente e di durata sino ad un anno dalla scadenza del termine pattuito. Nel corso del periodo classico il carattere penale venne meno e rimase all'azione solo la caratteristica dell'annualità. Giustiniano favorí l'istituto, rendendolo applicabile anche alle obbligazioni di cose mobili non fungibili e facendogli assorbire, come vedremo subito, il *receptum argentarii*.

(*c*) L'**assunzione bancaria di debito** (*receptum argentarii*) era il patto con cui un banchiere («*argentarius*», esercente di una cd. *mensa argentaria*) assumeva a proprio esclusivo carico («*in se recípere*») il debito di danaro che un suo cliente avesse verso un terzo. Questo «accollo» si effettuava (pare) o mediante un accordo a tre (banchiere, cliente, terzo creditore), oppure mediante un accordo tra banchiere e cliente comunicato dall'uno o dall'altro (in genere mediante chirografo) al terzo.

Contro il banchiere inadempiente il terzo creditore aveva un'«*actio recepticia*», esperibile forse anche nell'ipotesi che frattanto il cliente avesse revocato il suo ordine di pagamento al banchiere.

Molto diffuso nell'ultima età preclassica e nella prima età classica, cioè in un'epoca di grande fioritura dell'attività bancaria, l'istituto decadde in età postclassica di pari passo col decadere dell'economia di scambio e della professione stessa dell'*argentarius*. Fu perciò che Giustiniano lo cancellò dal diritto vigente e lo inserí nel quadro del *constitutum debiti alieni*.

(*d*) L'**assunzione di responsabilità** del **comandante di nave**, o dell'**albergatore**, o dello **stalliere** (*recèptum nautae vel caupònis vel stabulàrii*) era il patto con cui un comandante di nave, un albergatore o un gestore di stallatico assumeva a proprio carico (effettuando con ciò un «*recípere*») l'obbligo che rimanesse intatto ed indenne («*salvum fore*») tutto ciò che, in cose inanimate o in animali da trasporto, il cliente avesse portato con sé nel suo locale. Solitamente il patto era tacito, essendo nell'ordine usuale delle cose che il capitano, l'albergatore, lo stalliere assicurassero al cliente che i suoi beni sarebbero stati efficacemente custoditi e tutelati da lui stesso e dai suoi dipendenti; ma il gestore poteva anche respingere o limitare la sua normale responsabilità mediante una esplicita dichiarazione di discarico comunicata preventivamente al cliente. L' azione a tutela del cliente era un'«*actio de recepto*», intesa all'adeguato risarcimento.

(*e*) L'**assunzione dell'arbitrato** (*receptum arbitrii*) era il patto con cui il soggetto designato da due (o piú) litiganti come arbitro in forza di compromesso (*arbiter ex compromisso*) assumeva a proprio carico (effettuando con ciò un «*recipere*») la funzione di «decidere come arbitro» («*arbitratus*», «*arbitrium*») una divergenza insorta tra i litiganti. Il **compromesso** (*compromissum*), cui faceva riferimento l'assunzione, era appunto un accordo tra le parti in lite di rimettere ad un arbitro la decisione della controversia.

Per vincolarsi piú intensamente l'una verso l'altra, le parti usarono molto spesso ricorrere a reciproche *stipulationes poenales*, mediante le quali ciascuna prometteva all'altra di pagarle una certa penale in danaro nell'ipotesi che si sottraesse all'eventuale condanna pronunciata dall'arbitro in relazione ad una certa ben determinata controversia. A chiusura di un'evoluzione postclassica piuttosto oscura, Giustiniano creò il cd. *pactum arbitrii ex compromisso* (patto di arbitrato da compromesso), che aveva tre caratteristiche principali: di intercorrere tra le parti in lite e tra queste e l'arbitro; di essere a forma probatoria scritta (o documentata dalle pubbliche autorità); di dover esser confermato mediante giuramento.

(*f*) Il **patto di donazione** (*pactum donationis*) fu un *pactum legitimum* di formazione postclassica, che ebbe vicende non tutte molto chiare e coerenti tra Costantino e Giustiniano. Esso volle dare assetto di negozio giuridico apposito (e munito di proprio *nomen iuris*) ad alcune tra le piú importanti fattispecie negoziali in cui si riversava, in periodo preclassico e in periodo classico, la cd. «*causa donationis*»: la quale era, come sappiamo [n. 17], una «causa autonoma» (cioè una causa a negozi plurimi) consistente nella funzione di porre in essere una liberalità (una *donatio*) fra

due parti (il donante e il donatario). Data la difficoltà pratica di individuare, al di dentro del negozio che i soggetti ponevano concretamente in essere, la eventuale causa donatoria, Costantino e Giustiniano, legalizzando una prassi formatasi precedentemente, prescrissero che la causa di donazione fosse esplicitata dalle parti e pretesero, con loro costituzioni, la forma scritta del negozio e la pubblicità dell'atto relativo.

Giustiniano, diversamente da Costantino nulla pretese in ordine alle donazioni «liberatorie» e in ordine alle donazioni «reali» (le quali ultime, del resto, già per altri motivi dovevano essere inserite ai suoi tempi, nei casi piú importanti, in atti scritti) e concentrò il suo interesse appunto sul «*pactum donationis*», cioè sul negozio giuridico (molto frequente nella pratica) creativo di una «donazione obbligatoria», cioè di una obbligazione di donare. Ove l'importo fosse superiore ad un certo minimo, egli richiese la forma scritta e la relativa iscrizione (*insinuatio*) nei pubblici registri. Sino a che l'atto non fosse reso «perfetto» con il consenso del donatario o con l'intervento della forma scritta, il *donàtor* poteva revocare la sua liberalità. La revoca della donazione era anzi lecita pur dopo la scrittura dell'atto, vale a dire in ogni tempo, se e quando sopravvenissero certe manifestazioni inequivoche di grave «ingratitudine» del donatario.

80. *Le obbligazioni da accordi innominati.* — Nel quadro delle obbligazioni non contrattuali, cioè non rientranti negli schemi tipici del *ius civile* (*vetus* e *novum*), meritano una trattazione a parte le **obbligazioni da accordi innominati** (*obligationes* da *conventiones sine nomine*): obbligazioni derivanti da certi negozi giuridici bilaterali (*conventiones*), ai quali non fu concesso dal diritto vetusto il regime giuridico dei «patti», né fu solitamente attribuito un preciso nome (*nomen iuris*).

Il riconoscimento progressivo di questi «nuovi negozi» (*nova negotia*: privi almeno inizialmente, si ripete, di propria denominazione e perciò detti, nell'uso della dottrina moderna, «contratti innominati») fu iniziato, solo dalla giurisprudenza classica e, sulle sue tracce, da sporadiche concessioni «decretali» dei magistrati giusdicenti ordinarî. Esso fu invece portato sensibilmente avanti in sede di «diritto nuovo» (*ius novum*), sia classico sia postclassico, quindi in sede di giurisdizione straordinaria e di riflessione giurisprudenziale ad essa informata.

Le cause di fioritura delle *conventiones sine nomine* furono, per l'impulso degli sviluppi economici e sociali verificatisi nell'alto e nel basso impero, essenzialmente le seguenti: *a*) che si trattò di negozi «a prestazioni corrispettive» **non pienamente inquadrabili negli schemi contrattuali del** *ius civile* e, in particolare, non facilmente riversabili nel contenitore della *stipulatio* (o, piú esattamente, nel gioco di due

stipulazioni reciproche tra le parti); *b*) che a buona parte della giurisprudenza classica parve opportuno che alle nuove *conventiones* emergenti dal progresso sociale si accordasse una tutela giuridica analoga a quella già riconosciuta ai vecchi istituti contrattuali del *ius civile*, cioè una tutela costituita da *actiones*; *c*) che i *praetores* e gli altri giusdicenti ordinari, per quanto ben disposti a seguire queste suggestioni, non erano ormai piú in grado di farlo agevolmente mediante nuovi editti, ma si indussero a farlo solo in modo indiretto e approssimativo, cioè mediante una sorta di adattamento ai «*nova negotia*» delle azioni già previste per i *contractus* civilistici, quindi col ricorso ad *actiones utiles*, ad *actiones in factum* e ad altri ripieghi tecnici concessi solitamente di volta in volta, cioè per *decretum*.

Dal canto loro, i *principes* secondarono largamente l'iniziativa, «coprendola» con la loro *cognitio extra ordinem*. Se non fecero di piú, astenendosi cioè dal creare di autorità mezzi giuridici esplicitamente nuovi, fu a causa della loro consueta politica di formale rispetto dell'antico, particolarmente in materia di *ius privatum*. Quanto ai *nova negotia*, avvenne che alcuni di essi (non tutti) finirono, a séguito della loro larga diffusione, per acquistare nell'uso anche il *nomen iuris* che inizialmente non avevano: il che tuttavia non significa che essi abbiano mai avuto ciascuno un suo mezzo di tutela giuridica proprio, alla maniera dei vecchi contratti civilistici.

(*a*) Gli **schemi fondamentali**, ai quali la giurisprudenza classica riportò le svariate possibilità dei contratti innominati, furono quattro: *a*) «*do ut des*» («do acché tu dia»): consistente in una dazione di una cosa fatta da una parte allo scopo di ottenere dall'altra parte la dazione di una cosa diversa (es.: consegna di grasso per avere sale); *b*) «*do ut fàcias*» («do acché tu faccia»): consistente in una dazione compiuta da una parte allo scopo di ottenere una prestazione di fare (*fàcere*) dall'altra parte (es.: consegna di un oggetto di valore a Tizio, affinché egli manometta uno schiavo); *c*) «*facio ut des*» («faccio acché tu dia»): consistente nella ipotesi inversa di quella precedentemente descritta; *d*) «*facio ut facias*» («faccio acché tu faccia»): consistente in una prestazione di fare compiuta da una parte allo scopo di ottenere dall'altra parte una diversa prestazione di fare.

Caratteristiche comuni di queste strutture elementari furono tre. In primo luogo, l'obbligazione non sorgeva in base al solo consenso (*nudus consensus*), ma sorgeva se ed in quanto una delle due parti avesse contemporaneamente operato una prestazione di *dare* o di *facere*: il che molto avvicinava queste convenzioni, oltre che ai contratti consensuali, anche ai cd. «contratti reali», causativi di *obligationes* da consegna. In secondo luogo, la prestazione effettiva e immediata di una parte era fatta in vista di una controprestazione successiva, futura della controparte: il che serviva, sul piano economico, a coprire tutta la vasta area delle operazioni che un soggetto (la controparte) non avrebbe compiuto se non avesse avuto anticipatamente dall'altro soggetto i mezzi economici o la tangibile garanzia costituiti

dalla sua anticipata prestazione. In terzo luogo, le reciproche obbligazioni delle parti erano in rapporto di interdipendenza, oltre che «genetica», anche «condizionale» e «funzionale», cioè in quel tipo di correlazione che poi è passato ad essere usualmente designato proprio come «sinallagmaticità».

(*b*) Il **regime giuridico** delle obbligazioni da *conventio sine nomine* è ricostruibile con qualche approssimativa sicurezza solo in ordine al diritto giustinianeo. Quel che si intravvede dell'assetto classico, e in particolare dell'assetto del diritto vetusto, è troppo poco e troppo incerto, come già si è detto, per potersi operare una ricostruzione storica sufficientemente salda. Le linee generali della **disciplina giustinianea** riguardano comunque tre punti: *a*) i mezzi giudiziari concessi al creditore (cioè a colui che avesse compiuto una prestazione finalizzata all'ottenimento di una certa controprestazione) per essere «reintegrato nel suo» in caso di inadempimento del debitore; *b*) i mezzi giudiziari concessi al creditore per «ritrarsi dall'affare» prima che il debitore avesse provveduto alla controprestazione; *c*) i mezzi giudiziari concessi al creditore per «ottenere l'adempimento» del debitore, o un congruo risarcimento nella ipotesi di debitore inadempiente.

(*b1*) Se il creditore, non avendo il debitore provveduto alla controprestazione, voleva essere **reintegrato in ciò che avesse prestato**, a lui era riconosciuta: *a*) un'azione di dolo (*actio de dolo*), nel caso che la convenzione fosse stata del tipo «faccio acché» (*facio ut des, facias*); *b*) un'azione di restituzione del dato (*condictio ob rem*), nel caso che la convenzione fosse stata del tipo «do acché» (*do ut des, facias*).

In ordine alla ***condictio ob rem*** sorgeva la difficoltà che essa [n. 70] era limitata alla dazione di *pecunia* (ipotesi dell'*actio certae creditae pecuniae*) ed alla dazione di altre «cose fungibili» (ipotesi della *condictio certae rei*). Per ottenere la restituzione di una «cosa infungibile» (o meglio, del suo controvalore), il creditore non aveva alcuna azione a termini rigorosi di *ius vetus*; ma forse, in termini di *ius novum*, gli fu riconosciuta sin dal periodo classico una *condictio irregularis*, a titolo di analogia («*quasi*») con la vera e propria *condictio*: quella nota come «*condictio causa data causa non secuta*» o come «*condictio ob causam datorum*».

(*b2*) Se il creditore, nell'ipotesi di «do acché» (*do ut des, facias*), ma non nelle altre due ipotesi, si pentiva del suo operato e voleva **riottenere la cosa data** prima che il debitore avesse provveduto all'adempimento della controprestazione, gli era concessa un'azione di restituzione (detta appunto *condictio ex poenitentia*), forse di escogitazione giurisprudenziale postclassica.

(*b3*) Se il creditore voleva **ottenere dal debitore la controprestazione** o, in mancanza, il risarcimento della lesione subita nel proprio interesse, non vi è dubbio che in età classica e a termini di diritto vetusto si sia fatto molto per dargli soddisfazione con espedienti varî: sopra tutto mediante azioni (*utiles* o *in factum*), delimitate e precisate mediante una particolareggiata descrizione della fattispecie (*demonstratio*) oppure mediante una premessa a suo favore (*praescriptio pro actore*) molto circonstanziata [n. 24]. Dubbio, anzi pressoché da escludere, è invece che al creditore sia stata addirittura riconosciuta, dal diritto vetusto classico una precisa azione *ad hoc* denominata «*actio praescriptis verbis*» («azione con descrizione preliminare della fattispecie»): tale azione, che incontriamo nella Compilazione giustinianea, fu un istituto formatosi probabilmente nel seno del diritto nuovo classico e, sopra tutto, postclassico.

Alle tre situazioni del diritto giustinianeo ora descritte si pervenne, insomma, attraverso un lunghissimo e travagliato processo storico, che ebbe sicuramente le sue radici (ma le sue radici soltanto) nello stesso periodo classico, prevalentemente nelle procedure straordinarie.

(*c*) Tra le molteplici possibilità di contratti innominati la giurisprudenza classica, in ogni caso, vide e discusse, come si è detto, alcune **figure specifiche**, che acquistarono progressivamente anche una denominazione caratteristica e costante: *a*) la *permutatio*; *b*) l'*aestimatum*; *c*) la *transactio*; *d*) la *datio ad experiundum* ecc.; *e*) il *precarium*.

(*c1*) La **permuta** (*permutatio*) era una convenzione del tipo «do acché tu dia» (*do ut des*), che si distingueva dalla compravendita sia perché il prezzo in danaro era sostituito da una cosa determinata (di valore corrispettivo a quello della merce ricevuta) e sia perché non si trattava di un negozio puramente consensuale, essendo necessaria al sorgere del contratto la contemporanea dazione di una delle due parti.

(*c2*) La **convenzione estimatoria** (*aestimatum*) consisteva nella dazione di una cosa preventivamente stimata in danaro (*res aestimata*) fatta da una parte all'altra allo scopo che questa vendesse la cosa e, entro un certo termine, ne pagasse il valore al concedente, oppure (ove la vendita risultasse impossibile o inopportuna) la restituisse al concedente stesso.

(*c3*) La **transazione** (*transactio*) era l'accordo di porre fine ad una controversia facendosi reciproche concessioni («*aliquo dato aliquo retènto*», cioè dando qualcosa e trattenendone qualche altra).

(*c*4) La **dazione in prova** (*datio ad experiundum, inspiciendum, vendendum*) si aveva allorché si consegnasse un oggetto giuridico ad una persona affinché lo provasse (es.: un cavallo da corsa) o lo esaminasse a dovere (es.: un quadro), per poi eventualmente acquistarlo.

(*c*5) Il **precario** (*precarium*), inteso come convenzione del tipo «do acché» (*datio ut*), altro non era che lo sviluppo di un antichissimo istituto che già abbiamo incontrato [n. 30] e che consisteva nella dazione di una cosa da un concedente (*precario dans*) ad un precarista (*precario accipiens*) affinché questi la possedesse, godendone a suo piacimento, sin quando il concedente la rivolesse e con l'obbligo da parte sua di prestare al concedente un corrispettivo rappresentato da un dare o da un fare.

Le **origini** cui la convenzione si rifaceva erano costituite dalla prassi di elargizioni puramente di favore (ed eventualmente anche a titolo gratuito) della *res* su istanza (*prex*) dell'accipiente («*precarium est quod precibus petenti datur*»). Da questa prassi conseguì il canone fondamentale che il possesso della *res precario data* (che nei confronti dei terzi era, come sappiamo, una *possessio ad interdicta* [n. 30]) potesse essere ritolto dal concedente al precarista in ogni momento, a suo arbitrio, anche con un semplice cenno (*ad nutum*): se il precarista si rifiutava di effettuare la restituzione, il concedente aveva contro di lui la *rei vindicatio*, nel caso che fosse proprietario della cosa; altrimenti, nel caso che non fosse proprietario, il pretore gli concesse un interdetto restitutorio (*interdictum de precario*).

La figura del *precarium* fu trovata particolarmente utile come sostitutiva della *fiducia cum creditore*, allo scopo di evitare la *usureceptio* del fiduciante [n. 57]. Tuttavia il *ius novum*, sopra tutto in periodo postclassico, ritenne opportuno non sottovalutare la utilità pratica della revocabilità *ad nutum* ed identificò nell'ipotesi di precario concesso a titolo oneroso una convenzione speciale di «*datio ut des, facias*», la quale offriva al concedente il vantaggio di aggiungere ai mezzi disponibili per la restituzione della cosa la possibilità di fare ricorso all'*actio praescriptis verbis* per l'ottenimento della controprestazione dovutagli.

81. *Le obbligazioni da cause non convenzionali.*— Cause **non convenzionali**, ma lecite, di rapporti obbligatorî furono, tra l'altro: *a*) il *legatum per damnationem*; *b*) il *legatum sinendi modo*; *c*) la *pollicitatio* e il *votum*; *d*) la *communio incidens*; *e*) l'*obligatio alimentorum*; *f*) la *negotiorum gestio*; *g*) l'*indebiti solutio* con le figure affini di ingiustificato arricchimento. In questi casi, la giurisprudenza classica (più precisamente, Gaio) parlò talvolta (e a titolo approssimativo) di «*variae causarum figurae*», mentre il diritto giustinianeo, come abbiamo segnalato a suo tempo [n. 58], si orientò verso la definizione di «obbligazione quasi contrattuali» (*obligationes quae quasi ex contractu nascuntur*).

Cominceremo qui col far cenno delle prime sei figure, riservando le altre ai due paragrafi successivi.

(*a*) Il **legato per imposizione di obbligo** (*legatum per damnationem*) era una disposizione testamentaria di cui parleremo piú in là [n. 96].

(*b*) Il **legato con prescrizione di permettere** (*legatum sinendi modo*) era fondamentalmente analogo al legato obbligatorio, di cui costituiva una sottospecie. Ne parleremo piú in là [n. 96].

(*c*) La **profferta pubblica** (*pollicitatio*) era la «promessa unilaterale» di una certa prestazione a beneficio della comunità (generalmente, la promessa di un'opera pubblica). Essa soleva essere fatta da coloro i quali avessero assunto una carica pubblica (*honor*), oppure volessero assumerla, allo scopo di ringraziare per l'incarico onorifico ricevuto o, rispettivamente, per suscitare reazioni favorevoli in vista dell'onore da ricevere (*ob honorem decrètum vel decerneńdum*).

Una forma piú particolare di promessa unilaterale era il *votum* (voto), cioè l'impegno assunto verso gli dei (e per essi verso i relativi sacerdoti) ad una certa prestazione propiziatoria o di ringraziamento.

Pollicitatio e *votum* furono istituti essenzialmente inerenti all'ordinamento pubblicistico e ignoti al sistema del *ius vetus*: tuttavia, in età classica, attraverso il diffondersi della *cognitio extra ordinem*, essi si inserirono anche nel *ius novum* privatistico. Nel caso di *votum*, si riconobbe ai sacerdoti della divinità interessata il diritto di chiederne l'adempimento *extra ordinem*. Nel caso di *pollicitatio*, analogo diritto si riconobbe in età classica ai pubblici funzionari interessati, ma si ritenne che l'obbligazione sorgesse solo se e quando l'opera pubblica promessa fosse stata effettivamente iniziata (*«opere coepto»*). In periodo postclassico, per la *pollicitatio* fatta in relazione a una carica pubblica, si proclamò che l'impegno valesse in ogni modo, mentre per ogni altra *pollicitatio* (anche, in particolare, se fatta a privati) si mantenne il principio della subordinazione all'inizio dell'opera.

(*d*) La **comunione incidentale** (*communio incidens*) era la comunione dominicale derivante da causa estranea ad una convenzione tra i comunisti [n. 31-32] e fu inserita nel novero dei quasi contratti dalle Istituzioni di Giustiniano. La eliminazione se ne otteneva con le azioni divisorie.

(*e*) L'**obbligazione alimentare** (*obligatio alimentorum*) poteva derivare, oltre che da convenzione e da legato, anche da disposizioni dell'ordinamento giuridico. Questo stabiliva infatti, in talune ipotesi, che determinate persone, legate tra loro da vincoli di parentela, di affinità o di speciale riconoscenza, fossero tenute a fornire l'una all'altra, in caso di «bisogno», i «mezzi di sussistenza» (cibo, vestiario e alloggio), cioè gli «alimenti» in natura o in danaro strettamente necessari per nutrirli (*àlere*).

Per vero, il *ius vetus* non conobbe nessun caso di obbligazione alimentare, perché il carattere rigidamente potestativo della *familia* romana escludeva la possibilità stessa di concepire un obbligo dei genitori di alimentare i sottoposti e tanto meno l'obbligo del sottoposto (privo di autonomia giuridica privata) di alimentare i genitori. L'istituto degli *alimenta* cominciò a prendere consistenza nel corso del sec. II d. C., quando Antonino Pio e Marco Aurelio lo imposero in casi specifici assegnandogli una tutela *extra ordinem*. Piú tardi il riconoscimento divenne generale, e in età postclassica fu, ovviamente, confortato dal cristianesimo, che basò l'istituto sulla cd. «carità del sangue» (*càritas sànguinis*).

L'obbligo degli alimenti poteva venir meno soltanto per gravi offese che l'alimentando avesse arrecato all'obbligato. L'azione intesa alla sua esecuzione era sottoposta a *taxatio* «*in id quod facere potest*», portava cioè ad una condanna dell'inadempiente entro i limiti delle sue facoltà economiche e non oltre.

82. ***Le obbligazioni da libera gestione di negozi.*** — Grande importanza pratica, tra le cause non convenzionali di obbligazioni, rivestí la fattispecie usualmente denominata, con terminologia per vero alquanto equivoca, **gestione di affari** (*negotiorum gestio*). In realtà, non si trattava di una qualunque attività di gestione di affari (proprî o altrui), ma si trattava della gestione spontaneamente e utilmente intrapresa di uno o piú affari di un altro soggetto giuridico: quindi di una «libera gestione di negozi altrui» non sollecitata dall'interessato.

In ordine a questa ipotesi di rappresentanza indiretta spontanea [n. 20], il diritto privato soddisfece una duplice esigenza: da un lato, quella che il rappresentante indiretto («*negotiorum gestor*», gestore degli affari) avesse il dovere, una volta posta in atto la sua iniziativa, di portare a termine l'affare nell'interesse del rappresentato e di trasferirne a quest'ultimo gli effetti; dall'altro lato, quella che il rappresentato («*dominus negotii*», titolare dell'affare) avesse il dovere, una volta che l'affare fosse stato compiuto nel suo interesse, di assumerne a proprio conto gli effetti e di rivalere il rappresentante di tutte le spese occorse per la gestione. La gestione di affari dava dunque luogo, una volta intrapresa, a due serie di obbligazioni reciproche del rappresentante e del rappresentato.

La storia dell'istituto non è limpida. Probabilmente, il primo riconoscimento della *negotiorum gestio* (spontanea) come fonte di rapporti relativi tra *gestor* e *dominus negotii* fu operato in età preclassica dal *ius honorarium*, limitatamente all'ipotesi di chi avesse spontaneamente gerito gli affari di una persona assente da Roma, presentandosi a rappresentarla come *procuràtor* in giudizio: l'editto pretorio concesse in tal caso un'*actio in factum* al *gestor* contro il *dominus negotii* (e *litis*). Piú tardi, ancora nel corso del periodo preclassico, la visuale si allargò: un'*actio* re-

ciproca, sempre *in factum*, fu concessa al *dominus* contro il *gestor*, e fu quella che la giurisprudenza classica considerò piú tardi come «*actio negotiorum gestorum directa*». Sullo scorcio del sec. I a. C., alla tutela onoraria *in factum* si aggiunge una tutela *in ius* «*ex fide bona*», cioè un *iudicium bonae fidei* inteso a coprire le ipotesi di gestione senza mandato che si esplicassero al di fuori del processo. Ma le cose non finirono qui. In età classica l'editto pretorio «*de negotiis gestis*» allargò i suoi orizzonti e passò a contemplare due ipotesi: *a*) quella, di carattere generale, della gestione spontanea degli affari di qualunque *dominus negotii* vivente (e non del solo titolare assente da Roma) in qualunque contingenza (anche extraprocessuale); *b*) quella, di carattere specifico, della gestione spontanea degli affari di un morto, in attesa che sopravvenissero a prendersene cura i successori. Situazione rimasta approssimativamente invariata nel periodo postclassico sino a Giustiniano.

I **requisiti della fattispecie**, cioè gli estremi richiesti affinché una libera gestione di affari altrui producesse le accennate obbligazioni reciproche tra gestore e titolare furono, in periodo classico, tre: *a*) la *gestio negotiorum alterius*; *b*) la *gestio sine mandato*; *c*) la *gestio utiliter coepta*.

(*a*) Occorreva, in primo luogo, che si trattasse di gestione degli **affari di un altro** (*gestio negotiorum alterius*). Il gestore era inteso come tale se compiva attività giuridicamente rilevante, anche non negoziale (es.: la semina di un fondo), nell'interesse oggettivo ed inequivocabile di un altro soggetto (il *dominus negotii*).

(*b*) Occorreva, in secondo luogo, che si trattasse di **gestione non da mandato** (*gestio sine mandato* [n. 77]), cioè di attività spontanea del gestore: attività cui il gestore non si fosse preventivamente impegnato, per mandato espresso o tacito, verso il rappresentato (*dominus negotii*).

(*c*) Occorreva, in terzo luogo, che si trattasse di **gestione utilmente intrapresa** (*gestio utiliter coepta*), cioè di attività concretamente iniziata, anche se non ancora giunta a compimento, e risolventesi in una reale utilità, pur se non in un guadagno, per il rappresentato. Dall'«affare intrapreso» (*negotium coeptum*) scaturiva il diritto del titolare a pretenderne il completamento e la riversione a proprio favore. Dall'«affare utile per il rappresentato» (*negotium* [*domino*] *utile*) scaturiva il diritto del gestore a pretendere che il rappresentato se ne assumesse le conseguenze, eventualmente anche onerose, una volta che fosse stato portato a compimento.

Le **applicazioni** della gestione degli affari, in diritto classico e in diritto postclassico, furono estremamente varie e talvolta controverse. Sopra tutto si discusse circa il caso in cui il negozio compiuto dal gestore risultasse oneroso finanziariamente per il rappresentato, sebbene a lui sostanzialmente utile. Il criterio generale che si seguí fu quello che l'utilità sussistesse ed impegnasse il rappresentato quando fossero state compiute erogazioni di carattere necessario o di evidente op-

portunità, non invece quando fossero state compiute spese superflue («*nulla re urguente sed voluptatis causa*»).

Si discusse anche circa l'ipotesi in cui un *negotium alienum* fosse stato intrapreso dal *gestor* nonostante la esplicita proibizione del *dominus* («*negotium alienum prohibente domino utiliter coeptum*»). I giuristi classici riconobbero al *negotiorum gestor* se non proprio la normale *actio negotiorum gestorum*, almeno un'*actio utilis* per il rimborso delle spese comunque già utilmente compiute. Giustiniano, invece, negò ogni rivalsa al *negotiorum gestor*, a meno che la proibizione del *dominus* non fosse pervenuta a conoscenza del *gestor* dopo l'inizio dell'attività.

La **tutela giurisdizionale** del rappresentato nei riguardi del gestore dei suoi affari e di quest'ultimo nei riguardi del primo fu assicurata, come si è detto, mediante un'azione per affari gestiti (*actio negotiorum gestorum*, rispettivamente, *directa* o *contraria*) che aveva in età classica due formule: una *in factum* ed un'altra *in ius* «*ex fide bona*».

Caso particolare di gestione d'affari fu quello tutelato dall'*actio funeraria* («azione per i funerali»), cioè dall'azione concessa dal pretore a colui, il quale avesse sostenuto spontaneamente, in luogo delle persone socialmente tenute a questo adempimento, le spese necessarie al funerale di un defunto.

83. *Le obbligazioni da cause ingiustificate.* — Un insieme piuttosto eterogeneo di rapporti obbligatorî fu costituito, a complemento di tutta la gamma dianzi descritta, dalle **obbligazioni da cause ingiustificate**. Queste obbligazioni sorgevano per il fatto che un soggetto giuridico avesse fatto ad un altro una prestazione non giustificata da una causa, da una ragion d'essere giuridicamente, moralmente o socialmente, ammissibile. La conseguenza di ciò era appunto l'obbligazione dell'accipiente alla «restituzione» di quanto datogli o al «ripristino» dello *status quo ante*.

Le piú sicure tra le *obligationes* da cause ingiustificate furono quelle derivanti: *a*) da *solutio indebiti*; *b*) da *datio sine causa*; *c*) da *datio ob turpem causam*; *d*) da *iniusta locupletatio*.

(*a*) Il **pagamento dell'indebito** (*solutio indebiti*) era una prestazione, generalmente di dare, compiuta al fine di adempiere un'obbligazione apparentemente valida, ma in realtà invalida: da essa derivava l'obbligazione dell'accipiente, cioè di colui che avesse ricevuto la prestazione indebita, di restituire il dato o di ripristinare il fatto a favore del solvente.

Come si è detto a suo tempo [n. 74], quando l'obbligazione apparente aveva per oggetto un *dare* in senso proprio (cioè un trasferimento del *dominium*), la *solutio* della stessa era ritenuta, inizialmente, una causa di *obligatio re contracta* strettamente affine al mutuo. Senonché, dopo che si affermarono i contratti reali (in senso

improprio) di comodato, deposito e pegno, e dopo che si propagò l'idea della equivalenza tra *contractus* e *conventio*, la *solutio indebiti* non poté che essere estromessa dal novero dei contratti e passò in quello delle *variae causarum figurae*, dal quale novero finí poi per essere riversata nella categoria giustinianea dei quasi contratti.

Il pagamento dell'indebito non escludeva, sempre trattandosi del caso normale di un'obbligazione di «dare» in senso proprio, che si verificasse il trasferimento della proprietà della cosa data (somma di danaro o qualsivoglia altra cosa) dal solvente all'accipiente. Il solvente, dunque, non era piú in grado, dopo il pagamento dell'indebito, di esercitare l'azione di rivendica, ma aveva soltanto un diritto di credito nei riguardi dell'accipiente al ritrasferimento della proprietà della cosa indebitamente trasferitagli. Tale diritto alla restituzione si faceva valere mediante un'azione personale (*in personam*) denominata **azione per la restituzione dell'indebito** (*condictio indebiti*).

Per la esperibilità della *condictio indebiti* il diritto postclassico-giustinianeo richiedeva il concorso di due requisiti: *a*) l'«*error solventis*»; *b*) l'«*error accipientis*». Se il solvente non dimostrava di aver pagato per errore, se ne deduceva che egli avesse voluto gratificare l'accipiente; se l'accipiente non dimostrava di aver ricevuto per suo errore l'*indebitum*, se ne deduceva che egli avesse commesso furto (sicché al solvente spettava nei suoi riguardi, non la *condictio indebiti*, ma la *condictio ex causa furtiva*, intesa ad ottenere il controvalore della cosa rubata [n. 85]). Tuttavia è molto discusso se il diritto classico esigesse anch'esso il requisito dell'*error solventis* (salvo che nel caso particolare di adempimento di obbligazioni derivanti da fedecommesso): i sostenitori della tesi della irrilevanza dell'errore del solvente pensano cioè che la prova dell'errore compiuto non fosse richiesta, in età classica, per permettere al solvente di esperire vittoriosamente la *condictio*.

Sia in diritto classico sia in diritto postclassico-giustinianeo, si ritenne peraltro che, ove la *solutio* fosse stata fatta a titolo di adempimento di un'*obligatio naturalis* [n. 59], questo comportamento del dante attribuisse all'accipiente il diritto alla cd. «*soluti retentio*» (ritenzione del pagato).

(*b*) La **dazione senza scopo** (*datio sine causa*), che meglio potrebbe denominarsi dazione «con sopravvenuta mancanza dello scopo» (*datio deficiènte causa*), era una prestazione di dare effettuata a favore di un accipiente, anche senza una puntuale convenzione tra i due, per uno scopo ben preciso ed esplicito. Se lo scopo diveniva oggettivamente irrealizzabile, l'accipiente era tenuto alla restituzione di quanto ricevuto. In questa ipotesi il diritto nuovo, particolarmente del periodo postclassico, concedeva al dante un'azione da dazione fatta senza causa (*condictio sine causa*) analoga alla *condictio ob causam datorum* [n. 80] riconosciuta per obbligazioni derivanti da convenzioni del tipo «*do ut* (*des, facias*)».

(*c*) La **dazione per uno scopo turpe o ingiusto** (*datio ob turpem vel iniustam causam*) era una prestazione di dare (avente ad oggetto generalmente danaro) effettuata allo scopo che l'accipiente, anche senza una puntuale convenzione tra lui ed il dante, compisse una o piú azioni turpi o antigiuridiche (es., un omicidio) o non fosse impedito dal compierle.

Al dante era riconosciuta la esperibilità di un'azione per la restituzione (*condictio ob turpem* [*vel iniustam*] *causam*), ma solo se non fosse provato esservi stata «*turpitúdo*» anche sua, oltre che dell'accipiente. Se vi era stata «*turpitudo*» sia del dante sia dell'accipiente, valeva il principio che «a parità di turpitudine prevale chi tra i due detiene la cosa» («*in pari causa turpitúdinis melior est condìcio possidèntis*»).

(*d*) L'**arricchimento ingiustificato** (*iniústa locupletàtio*) era ogni dare, o fare (o non fare) che per un qualunque motivo, anche se non illecito, determinasse un arricchimento oggettivamente non giustificato di un soggetto, con connesso depauperamento dell'autore della prestazione.

Questa ipotesi ad ampio raggio divenne nel *ius novum* **postclassico**, ed in particolare nel diritto giustinianeo, una fonte di obbligazioni che dette luogo a due *condictiones* del tutto anomale: *a*) la «*condictio ex lege*», intesa ad ottenere l'adempimento di qualunque *nova obligatio* che fosse stata introdotta da una legge senza specificare un atto particolarmente destinato al suo soddisfacimento; *b*) la cd. «*condictio certi*» (o «*condictio generalis*»), intesa alla restituzione di qualunque prestazione fatta ingiustificatamente a favore di altri. Le due *condictiones* potevano essere fatte valere, oltre che per la restituzione di un cosa ben determinata (*certum*) che fosse stata prestata con profitto ingiustificato dell'accipiente, anche per la rivalsa di un importo da valutarsi in sede di giudizio (*incertum*) corrispondente ad una attività da cui l'accipiente avesse tratto lucro ingiustificato (nel qual caso si parlò di «*condictio incerti*»).

Sempre nel diritto giustinianeo l'**ingiustificato arricchimento** compí, sebbene in modo non limpido, il salto decisivo per passare da causa di elargizione della *condictio* in specifiche ipotesi e con riguardo a specifiche ragioni a **principio generale** di applicazione praticamente illimitata. Tutte le volte in cui taluno si fosse comunque arricchito a carico di un altro senza una giusta causa, e l'altro non avesse a sua disposizione un qualche specifico mezzo giudiziario per rivalersi, si ritenne che sul primo gravasse l'obbligo di indennizzare il secondo nei limiti dell'arricchimento. Pertanto venne riconosciuta a chiunque la titolarità di un'azione generale (*condictio generalis*), a carattere di «azione sussidiaria» (cioè da esercitarsi in mancanza di ogni altro mezzo giudiziario), intesa ad eliminare la locupletazione ottenuta con suo depauperamento da un altro soggetto giuridico.

CAPITOLO XIV

LE OBBLIGAZIONI DI RESPONSABILITÀ

SOMMARIO: 84. Le obbligazioni di responsabilità primaria. — 85. La responsabilità da ingiuria, furto, rapina. — 86. La responsabilità da danneggiamento ingiusto. — 87. Le altre obbligazioni di responsabilità primaria. — 88. Le obbligazioni di responsabilità secondaria. — 89. La responsabilità da mora nel pagamento e da frode dei creditori.

84. *Le obbligazioni di responsabilità primaria.* — Obbligazioni di responsabilità primaria, cioè derivanti da **illeciti lesivi della persona o del patrimonio** di un soggetto giuridico, furono previste, come sappiamo [n. 58], sia dal diritto civile (antico) sia dal diritto onorario.

La **terminologia**, sopra tutto in età classica, non fu peraltro univoca, perché i vocaboli «*obligatio*» e «*delictum*» furono rispettivamente usati, almeno in prevalenza, per la responsabilità nascente da quattro illeciti cd. civilistici (il *furtum*, l'*iniuria*, il *damnum iniuria datum* e la *rapina*) e solo per quei quattro atti illeciti. Una tendenza a generalizzare la terminologia si manifestò invece in età postclassica, unitamente alla inclinazione a qualificare il *delictum* anche come «*maleficium*» (malefizio), «*admissum*» (misfatto), «*flagitium*» (atto obbrobrioso) e via dicendo. Giustiniano da un lato favorì la qualificazione delle responsabilità primarie come «*obligationes*», ma dall'altro volle distinguere nettamente tra «*obligationes ex delicto*», che rimasero quelle derivanti dai quattro illeciti civilistici sopra indicati, e «*obligationes quasi ex delicto*», che erano in astratto tutte le altre, mentre in concreto furono limitate a quattro figure soltanto.

Solo in **età post-romana** gli illeciti *iure privato* si ridussero quasi esclusivamente al *damnum iniuria datum* (danneggiamento ingiusto), essendosi tutti gli altri trasferiti nella sfera del diritto criminale pubblicistico. Fu del pari solo in età post-romana che, abolendosi la differenza tra *ius poenale* (privatistico) e *ius criminale* (pubblicistico), il «*ius poenale*» (o «*criminale*») divenne una branca esclusiva del *ius publicum*.

Le **caratteristiche** delle obbligazioni primarie da atto illecito furono, di regola, le seguenti: *a*) la penalità; *b*) la nossalità; *c*) l'individualità; *d*) la cumulatività; *e*) la causalità volontaria.

(*a*) La **penalità** delle obbligazioni primarie da illecito stette a significare che esse furono poste a carico dell'autore dell'illecito (o di chi fosse comunque ritenuto responsabile di un fatto lesivo di un interesse privato) a titolo di espiazione, di castigo, di sofferenza (*poena*): sofferenza in origine fisica, ma poi progressivamente ridottasi all'obbligo di pagare una somma di danaro, una «penale» pecuniaria, alla vittima dell'atto antigiuridico o comunque a chi ne chiedesse giudizialmente la persecuzione.

Dall'illecito privatistico scaturiva perciò in ogni caso un'*actio poenalis* [n. 23], e talvolta soltanto l'*actio poenalis*. Autorizzata ad esercitarla era, di regola, la vittima dell'azione antigiuridica; ma in taluni casi all'azione penale si riconosceva la caratteristica di *actio popularis* («azione popolare»), cioè di azione esercitabile da chiunque (*quivis de populo*) avesse scoperto l'illecito e volesse assumersi, al fine di lucrare la *poena*, l'onere (e il connesso rischio) di promuovere il giudizio contro il responsabile. A parte l'*actio poenalis*, la vittima dell'illecito (ed essa soltanto) aveva solitamente a sua disposizione anche un'*actio reipersecutoria*, intesa alla riparazione del pregiudizio economico subito (quindi una *reivindicatio* o una *condictio*). Ma si dava anche il caso di «*actiones mixtae*», le quali, come si è detto a suo tempo, assolvevano la duplice funzione (penale e reipersecutoria) o, per meglio dire, erano azioni penali che assorbivano le finalità economiche dell'*actio reipersecutoria*.

Le *actiones poenales* **riconosciute dal** *ius civile* non erano soggette a termini di decadenza, valevano dunque *in perpetuum*: così pure le azioni penali, che fossero state introdotte dal *ius honorarium* per il completamento o il perfezionamento della repressione di ipotesi delittuose già previste dal *ius civile*. Viceversa le *actiones poenales* create dal *ius honorarium* per la repressione di illeciti non civilistici dovevano essere esercitate nei limiti temporali di un anno dalla commissione dell'illecito («*si non plus quam annus erit, cum de ea re experiundi potestas fuit*»).

(*b*) La **nossalità** delle obbligazioni primarie da illecito era una caratteristica connessa con la struttura originaria del delitto, anticamente denominato anche «*noxa*» (da *nocère*, nuocere). Essa consisteva, come sappiamo [n. 34], nella **dazione a castigo** dell'autore dell'illecito fatta dal suo capofamiglia alla vittima.

Nell'**età più vetusta**, quando dalla commissione del *delictum* derivava l'esercizio della vendetta da parte del gruppo gentilizio o familiare cui appartenesse l'offeso, il capo del gruppo di cui faceva parte l'offensore poteva esimersi da ogni reazione, consegnando spontaneamente l'offensore, suo sottoposto, all'altro gruppo. Questa antichissima consuetudine rimase in vita nell'età storica sino a tutto il **periodo classico**: se un *delictum* fosse stato commesso da un *servus* o da un *filius familias*, il convenuto (*dominus* o *pater*) poteva liberarsi dalla responsabilità mediante il trasferimento alla parte lesa della sua *potestas* (*dominica* o *patria*) sul colpevole oppure rimettendo ad essa il cadavere dell'offensore. In mancanza di dazione a nossa, il *dominus* o *pater* significava implicitamente il proposito di assumere su di sé le

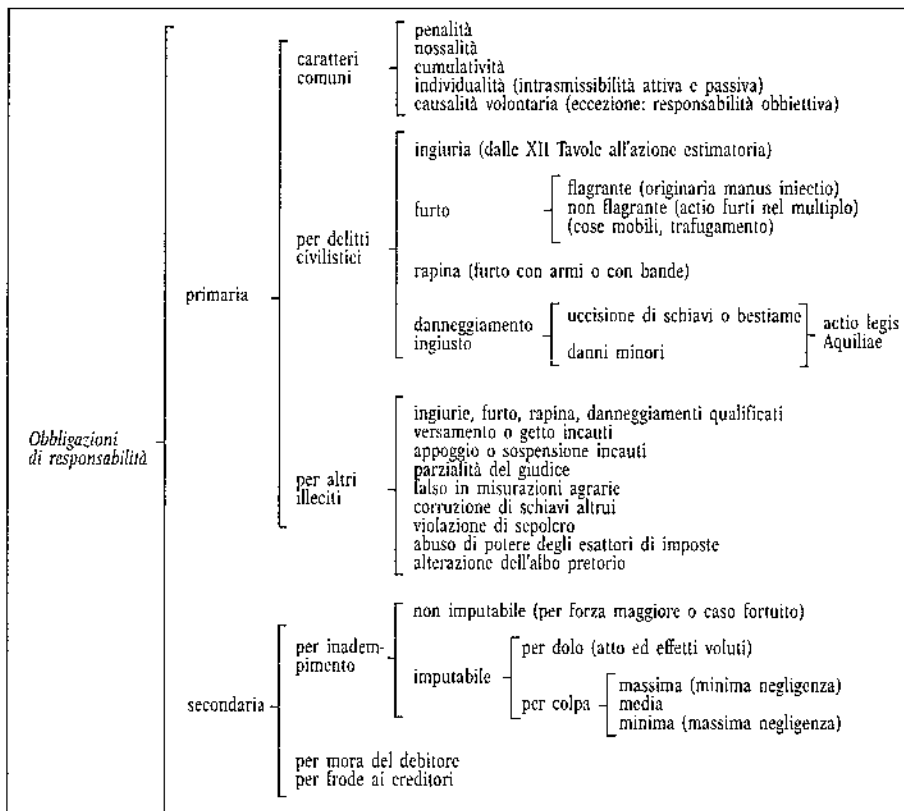


TAVOLA XVII: Le obbligazioni di responsabilità (n. 84-89).

conseguenze del delitto commesso dal suo sottoposto («*servum vel filium defendere*»). E si noti che la responsabilità del delitto commesso dal sottoposto si trasmetteva anche ai successivi aventi potestà sullo stesso («*noxa caput sequitur*», il marchio della nossa segue l'individuo autore dell'illecito), sicché l'obbligazione *ex delicto* relativa era un'obbligazione passivamente «ambulatoria», almeno sino a quando il colpevole venisse a morte. Ad ogni modo nel corso del periodo postclassico l'istituto della nossalità decadde fortemente: Giustiniano abolí l'istituto della nossalità filiale e ridusse quella degli schiavi ad una consegna del colpevole a titolo di risarcimento.

Un'antichissima applicazione del principio di nossalità si ebbe anche in ordine al caso di ***paupèries***, cioè di «devastazione», e quindi di danno patrimoniale, causato da bestiame domestico malcautamente custodito. Le XII Tavole introdussero un'apposita «*actio de pauperie*», alla quale il *dominus* delle bestie devastatrici, ove non volesse riparare il danno con una somma di danaro (*noxiam sarcire*), poteva sottrarsi mediante la *noxae deditio* di quelle bestie.

(*c*) La **individualità** delle obbligazioni primarie da illecito implicava in origine che esse attenessero strettamente alle persone dell'offeso e dell'offensore, e che pertanto le azioni da delitto fossero **ereditariamente intrasmissibili**, sia attivamente (ai successori dell'avente diritto) sia passivamente (ai successori dell'obbligato).

Nel corso dell'età preclassica e classica la giurisprudenza romana si mostrò, per ovvî motivi di equità, accentuatamente sfavorevole al principio della «intrasmissibilità **attiva**» delle azioni penali. Il principio si affievolí progressivamente, sino ad applicarsi, agli albori dell'età classica, ad un ristrettissimo novero di azioni, cioè alle cd. «*actiones vindictam spirantes*» (azioni reclamanti vendetta), piú intimamente collegate con l'originario sistema della vendetta, quali, ad esempio, l'*actio iniuriarum* o l'*actio sepulchri violati*. L'«intrasmissibilità **passiva**» delle azioni penali si mantenne invece molto piú ferma nei tempi.

(*d*) La **cumulatività** delle obbligazioni primarie da illecito concerneva l'ipotesi che l'illecito fosse stato commesso da piú soggetti o in pregiudizio di piú soggetti ed era in stretta connessione col carattere di individualità dell'azione penale. In tal caso la condanna gravava integralmente su ogni singolo soccombente ed era da prestarsi integralmente ad ogni singolo attore [n. 60].

(*e*) La **causalità volontaria** delle obbligazioni primarie da illecito implicava che esse, salvo rarissime eccezioni, derivassero da un atto illecito, cioè da un «fatto volontario» commesso dall'obbligato o da un suo sottoposto. Ipotesi eccezionali di responsabilità penale per fatto involontario (ipotesi cioè di **responsabilità oggettiva**) furono configurate, nel corso del periodo preclassico e dei periodi successivi, in numero molto ristretto anche a causa del progressivo trasferimento degli illeciti relativi dalla sfera del diritto privato a quella del diritto criminale.

85. *La responsabilità da ingiuria, furto, rapina.* — I quattro illeciti che la giurisprudenza romana unanimemente qualificò come *delicta*, inquadrandoli nel sistema del diritto civile come **delitti civilistici**, furono: *a*) l'*iniuria*; *b*) il *furtum*; *c*) la *rapina*; *d*) il *damnum iniuria datum*. Di essi, peraltro, i primi tre presentarono caratteristiche e sviluppi alquanto diversi dal quarto, che merita pertanto di essere rinviato a trattazione separata [n. 86].

(*a*) La fattispecie piú antica fu probabilmente costituita dall'illecito qualificato col termine piuttosto generico di **ingiuria** (*iniuria*, ma nel senso di «attacco al *ius*», di «atto antigiuridico» o di «offesa ingiusta»). In diritto classico e postclassico essa era ritenuta comprensiva di ogni offesa

arrecata all'onore o al decoro di un soggetto giuridico mediante atti di sopraffazione, anche non violenta, nei confronti di lui o dei suoi sottoposti, sempre che questi atti non sconfinassero in ipotesi di reati (*crimina publica*, ad esempio omicidio).

In origine l'illecito era costituito dai soli atti di violenza fisica che ledessero gli interessi di un gruppo familiare e dava luogo alla *talio* (la cd. «legge del taglione»), cioè alla proporzionata reazione all'azione offensiva da parte del capofamiglia offeso. Le **Dodici Tavole** portarono ordine e temperamenti alla situazione originaria ed alle incertezze e controversie dalla stessa implicate, distinguendo tre ipotesi: *a*) il «*membrum ruptum*» («menomazione dell'integrità fisica»), che consisteva nell'asportazione o inutilizzazione perpetua di un arto e quindi nell'indubbia e definitiva e gravissima diminuzione della integrità fisica del soggetto; *b*) l'«*os fractum*» («fratturazione ossea»), che consisteva nella frattura di un osso, produttiva, in genere, a guarigione avvenuta, di una malformazione fisica scarsamente influente sulle attitudini lavorative e sull'estetica della vittima; *c*) l'«*iniúria*» pura e semplice (cd. «*iniuria simplex*»), consistente in ogni altra lesione fisica lieve, di grado minore, quindi perfettamente guaribile, nonché eventualmente nelle offensive «percosse» (per esempio, schiaffi). Relativamente al *membrum ruptum* non fu confermata la liceità della vendetta indiscriminata, ma nemmeno fu abolita la preesistente prassi del taglione: i decemviri si limitarono a dare rilievo giuridico alla possibilità che le parti si accordassero con un patto per surrogare la vendetta mediante un risarcimento («*si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*»). Relativamente all'*os fractum*, fu, invece, del tutto esclusa la vendetta e fu stabilita una pena pecuniaria fissa da pagarsi al capo del gruppo offeso (300 assi se la frattura fosse stata prodotta ad un membro libero del gruppo, 150 assi se fosse stata prodotta ad uno schiavo). Relativamente alla semplice *iniuria*, fu fissata infine la pena pecuniaria fissa di 25 assi.

Con l'andar del tempo, il sistema delle XII Tavole si rivelò tuttavia inefficiente, anche perché la pena pecuniaria era divenuta sempre piú irrisoria a causa della svalutazione monetaria. Di qui lo spunto per l'intervento del *ius honorarium*. Nel sec. I a. C. il pretore introdusse infatti l'*actio iniuriarum aestimatoria* («azione di stima delle ingiurie»), infamante, valevole per ogni e qualsiasi caso di lesione offensiva, ma intrasmissibile agli eredi della vittima e dello stesso autore dell'illecito: azione intesa ad ottenere la fissazione di una condanna «*in quantum aequum videbitur*», una condanna cioè commisurata, sulla base delle valutazioni correnti, alla entità della lesione prodotta ed alle sue conseguenze di carattere patrimoniale.

Vittima dell'azione ingiuriosa, e quindi titolare dell'azione per la stima dell'offesa subita (salva la possibilità, quanto allo schiavo, di valersi in alternativa della legge Aquilia [n. 86]).

Autore del delitto poteva essere, oltre che un soggetto giuridico, anche un suo sottoposto: nel qual caso convenuto era l'avente potestà. Il convenuto poteva, secondo la regola generale, esimersi da responsabilità mediante la *noxae deditio* [n. 84], ma la responsabilità nossale era in tal

caso attenuata: il sottoposto era cioè consegnato all'offeso solo affinché lo fustigasse, ma con obbligo di restituirlo.

(*b*) Il **furto** (*furtum*), illecito quasi altrettanto antico dell'*iniuria*, consisteva nella sottrazione volontaria, ma non violenta di una cosa mobile (ivi compresi gli animali subumani e gli schiavi) al suo attuale «detentore». **Vittima** ne era non solo il derubato, ma anche il soggetto giuridico che avesse interesse alla salvaguardia della cosa rubata, quindi principalmente il domino della stessa.

Anche in ordine al *furtum* furono le XII Tavole, ad introdurre una prima ed approssimativa disciplina limitativa della originaria reazione del derubato. Esse distinsero fondamentalmente due ipotesi: *a*) quella del «*furtum manifestum*» («furto flagrante»), cioè del ladro (*fur*) colto sul fatto, in ordine alla quale ammisero che il derubato potesse operare sul momento la *manus iniectio* [n. 22] del ladro e portarlo in vincoli davanti al magistrato giusdicente, affinché questi pronunziasse l'assegnazione (*addíctio*) del *fur* a lui; *b*) quella del «*furtum nec manifestum*» («furto non flagrante»), in ordine alla quale stabilirono che il derubato dovesse citare in giudizio il presunto ladro (o l'avente *potestas* su di lui) mediante la *legis actio sacramenti in personam* [n. 22], allo scopo di provarne la reità e di ottenerne la condanna alla pena del doppio (*duplum*) del valore della cosa rubata. Solamente in due casi di *furtum manifestum* il derubato poteva spingere la sua reazione al punto di uccidere il ladro flagrante: quando il ladro fosse colto a rubare di notte («*si nox faxit*») e quando il ladro si difendesse con le armi dal tentativo del derubato di mettergli le mani addosso («*si se telo defendit*»). Ma in questa seconda ipotesi il derubato doveva aver prima espressamente implorato il ladro di deporre le armi («*endoploratio*»).

Le XII Tavole contemplarono anche due ipotesi aggravate di *furtum nec manifestum*, fissando per esse la pena del *triplum*: *a*) quella del *furtum concèptum* (letteralmente, «furto nascosto»; piú propriamente, «ricettazione»), di cui era tenuto responsabile colui nella cui casa il derubato riuscisse a reperire la *res furtiva* che vi era stata nascosta; *b*) quella del «*furtum oblàtum*» (non letteralmente, «furto trasferito»), che si aveva quando il reo di *furtum conceptum* riuscisse a dimostrare che la *res furtiva* gli era stata consegnata, per tenerla in casa, da un terzo (fosse o non fosse il ladro), sul quale ultimo il ricettatore si rifaceva del *triplum* prestato al derubato in sede di condanna nell'*actio furti concepti*. Un sistema di responsabilità, come si vede, piuttosto rudimentale, che era messo in moto da una perquisizione effettuata dal derubato in casa (o comunque nel luogo di abitazione) dell'indiziato («*perquisítio lance licìoque*»): perquisizione alla quale l'indiziato non poteva rifiutarsi, purché fosse eseguita con certe modalità rituali di non chiaro significato, consistenti nel fatto che il derubato doveva rivestirsi solo di un succinto grembiulino (*lícium*) e portare in mano un piatto di bronzo (*lanx*).

Il complesso sistema di repressione del furto introdotto dalle leggi decemvirali fu accolto anche dal diritto civile, ma fu riordinato e mitigato in varî sensi dal diritto onorario. Restò sempre lecita la reazione diretta al furto notturno e al furto a

mano armata, in caso di flagranza, mediante l'uccisione del ladro; ma nelle altre ipotesi il derubato fu soltanto legittimato ad agire contro il sospetto ladro o contro il suo capofamiglia mediante un'azione di furto. Per il **furto flagrante** decadde e fu abolito il sistema dell'assegnazione giurisdizionale del ladro al derubato e fu introdotta, nei confronti del ladro (o dell'avente potestà sullo stesso), un'azione di accertamento per il quadruplo della refurtiva. Per i casi di **furto non flagrante** rimasero le azioni (per il doppio o per il triplo) già predisposte dalle XII Tavole, ma venne meno la vetusta *perquisitio lance licioque*: se il derubato voleva perquisire la casa del presunto ricettatore, questo poteva rifiutarsi, e comunque non era tenuto a restituirgli la *res furtiva*. Appunto perciò il **diritto onorario** formulò due altre ipotesi di «furto aggravato», concedendo azioni *in quadruplum* al derubato): *a*) il «*furtum prohibitum*» («furto proibito»), che si verificava nel caso in cui l'indiziato di furto si fosse rifiutato di subire la perquisizione; *b*) il «*furtum non exhibitum*» («furto non esibito»), che si verificava nel caso in cui il ricettatore non avesse esibito a richiesta le cose poi reperite, a séguito di perquisizione, in casa sua.

Il sistema repressivo preclassico rimase formalmente stabile nelle epoche successive. Ma, caduta in desuetudine la pratica della perquisizione, caddero progressivamente in desuetudine i quattro casi di furto aggravato ad essa connessi. In diritto giustinianeo le azioni di furto si erano ridotte, pertanto, a quella *furti manifesti* e a quella *furti nec manifesti*.

Sorvolando sui particolari, in età storica l'azione penale di furto (*actio furti*) spettava alla vittima non solo contro il ladro o l'avente potestà su lui, ma anche contro chi avesse concorso nel furto, o avesse istigato l'atto delittuoso: essa era un'azione infamante e trasmissibile agli eredi del derubato, ma non agli eredi del ladro. Inoltre il domino della cosa rubata, aveva contro il ladro anche un'azione reipersecutoria (*condictio ex causa furtiva*), diretta alla restituzione della cosa o al suo equivalente in danaro. Si ammise quest'azione personale esclusivamente in odio al furto («*odio furtum*»), cioè allo scopo di implicare in ogni modo la responsabilità del ladro (ed eventualmente dei suoi eredi) alla restituzione nel caso in cui il proprietario derubato non potesse per qualunque motivo esperire la normale azione di rivendica.

I **requisiti essenziali** del furto erano ravvisati: *a*) nel riferimento alle sole cose mobili; *b*) nel trafugamento di una cosa del derubato; *c*) nella volontarietà dell'effetto furtivo da parte del ladro; *d*) nella contrarietà all'atto da parte del derubato.

(*b1*) Per quanto riguarda il **riferimento alle sole cose mobili** (ivi compresi gli schiavi), questo requisito fu posto in dubbio da alcuni esponenti della giurisprudenza preclassica e classica, i quali sostennero che la pena potesse essere chiesta anche nei confronti di chi avesse abilmente

sottratto la disponibilità di una cosa immobile (*aedes* o *fundus*) a chi precedentemente la deteneva. Ma questa opinione largheggiante non ebbe successo, con l'importante conseguenza che le cose immobili si sottrassero in ogni caso alla regola della inusucapibilità delle cose furtive [n. 44].

(*b*2) Per quanto riguarda il **trafugamento di una cosa del derubato** (*contrectatio rei alienae*), esso fu inteso con questa doppia precisazione: che la «cosa del derubato» (cd. *res aliena*) poteva anche non essere di sua proprietà o nella materiale detenzione di lui, purché spettasse al ladro assicurarne la detenzione al derubato; che il «trafugamento» (cd. *contrectatio*) poteva anche non consistere nell'asportazione materiale della cosa mobile al suo detentore (cd. *amotio rei*) e consistere invece nel fare un uso anomalo della cosa detenuta dal ladro e riservata alla detenzione del derubato. Pertanto furono ritenuti autori di **furto d'uso** (*furtum usus* [n. 71]): il comodatario che usasse la cosa a lui comodata fuori dai limiti concessigli dal comodante; il depositario che facesse uso personale della cosa ricevuta (esclusivamente a fini di custodia) dal deponente; il creditore pignoratizio che utilizzasse la cosa che il debitore gli avesse data in pegno; piú un generale il detentore della cosa che si rifiutasse di restituirla materialmente al domino della stessa; perfino il domino di una cosa che, dopo averne fatta la dazione in pegno a un suo creditore, gliela sottraesse furtivamente (operando il cd. *furtum rei suae*).

(*b*3) Per quanto riguarda la **volontarietà dell'effetto furtivo** da parte del ladro, il dolo di costui fu denominato spesso, oltre che in altri modi, «*animus furandi*» (volontà di rubare), o addirittura «*animus lucri faciendi*» (volontà di conseguire un lucro).

(*b*4) Per quanto riguarda la **contrarietà all'atto da parte del derubato**, si usò dire, per semplicità di linguaggio, che il furto era tale solo se commesso senza l'assenso del domino (*invito domino*), mentre abbiamo detto che vittima dell'illecito poteva essere anche il mero detentore della cosa o l'interessato alla sua salvaguardia.

(*c*) La **rapina** (*rapina*, anche detta «*bona vi rapta*», nel senso di beni strappati con la forza) fu, in sostanza, un'ipotesi aggravata di furto, molto diffusa nel torbido sec. I a. C., che fu repressa con una disciplina speciale dal diritto onorario e che la giurisprudenza preclassica inserí tra i delitti civilistici in considerazione appunto della sua stretta analogia col furto (e in parte anche con l'*iniuria*).

L'editto del pretore accordò, piú precisamente, un'azione per il quadruplo contro chi si rendesse autore di sottrazioni di cose altrui, e in par-

ticolare di saccheggi, mediante impiego di gente armata o di bande organizzate di uomini anche se non muniti di armi («*hominibus armatis coactisve*»). La giurisprudenza classica successiva estese progressivamente la configurazione del delitto anche all'ipotesi che non si fosse fatto ricorso a bande, ma si fosse comunque impiegata violenza.

L'*actio vi bonorum raptorum in quadruplum* del rapinato, essendo basata su una concessione pretoria, era annale e cedeva il posto, dopo l'anno, solo ad un'*actio in factum* tendente alla restituzione del valore della cosa rapinata. La condanna comportava l'infamia. Si discusse, nel corso dell'età classica, se contro l'autore della rapina spettasse alla vittima della stessa, oltre l'*actio vi bonorum raptorum*, anche un'azione *reipersecutoria*. Giustiniano risolse a suo modo il dubbio, definendo l'azione di *rapina* come *actio mixta*, cioè intesa tanto al riottenimento della cosa, quanto alla pena del responsabile.

86. *La responsabilità da danneggiamento ingiusto.* — Il sistema romano della responsabilità primaria fece un progresso veramente decisivo allorché, nel corso del periodo preclassico, le leggi pubbliche si dettero rilevanza giuridica al delitto di **danneggiamento ingiusto** (*damnum iniuria datum*). Si profilò, infatti, l'inizio di quella evoluzione (ancora però non pienamente compiuta nel diritto romano giustinianeo) che avrebbe portato gli ordinamenti giuridici moderni a ritenere che la cd. «responsabilità civile» (o, come si usa anche dire, «extracontrattuale») si verifica essenzialmente quando un soggetto ponga in essere un atto ingiustamente determinativo di un danno economico per un altro soggetto: donde l'obbligazione del danneggiatore di risarcire il danneggiato per un importo equivalente al pregiudizio economico subíto.

La repressione del nuovo delitto fu introdotta, agli inizi del sec. III a. C., dalla legge Aquilia *de damno* (piú precisamente un *plebiscitum*), che dedicò al danneggiamento ingiusto il primo e il terzo dei tre capitoli (*càpita*), in cui si divideva, e stabilí: nel capitolo primo, che chiunque avesse ucciso schiavi o bestiame da gregge (*pécudes*) di proprietà altrui, fosse tenuto a pagare al domino degli schiavi o degli animali (denominato all'antica come *erus*) il valore piú alto raggiunto dall'oggetto nel corso dell'ultimo anno («*quantum in eo anno plúrimi fuit*»); nel capitolo terzo, che chiunque avesse compiuto danneggiamenti materiali di altro tipo o di minore entità (semplici lesioni a schiavi o a bestiame da gregge; uccisione di animali non compresi nel novero delle *pecudes*; distruzione o deterioramento di cose inanimate) fosse tenuto a pagare al proprietario il piú alto valore raggiunto dall'oggetto nel corso degli ultimi trenta giorni.

Come si vede, la regola generale era piuttosto quella del *caput tertium*, che non quella del *caput primum*. Ma non era questa la sola singolarità di struttura del testo aquiliano, perché la legge Aquilia, nel *caput secundum*, intermedio tra i due ora riassunti, stabiliva qualcosa che non aveva nulla a che vedere col danneggiamento e che riguardava invece l'*adstipulatio* [n. 68]. Tutto ciò induce a sospettare che il «testo» della *lex Aquilia*, cosí come era noto ai giuristi del successivo periodo classico (che son quelli che piú ce ne parlano), sia stato piuttosto il frutto di una stratificazione di *leges* precedenti.

L'azione spettante al danneggiato contro il danneggiatore (*actio legis Aquiliae*) era un'azione penale e reipersecutoria al tempo stesso (dunque, un'*actio mixta*). Se il danneggiatore riconosceva davanti al magistrato di aver provocato il danno (cioè rispondeva affermativamente alla domanda sul se avesse provocato il danno: «*an damnum dederit*»), l'azione (che in tal caso era qualificata «*confessoria*») proseguiva contro di lui davanti al giudice privato esclusivamente allo scopo di determinare, secondo i criterî stabiliti dalla legge, l'ammontare pecuniario da pagare. Se viceversa il danneggiatore negava di essere l'autore del danno (e cioè compiva la cd. *infitiàtio damni*), la fase giudiziale serviva: anzi tutto ad accertare se cioè avesse provocato il danno; dopo di che, risultando al giudice che il danno fosse stato prodotto proprio dal convenuto, quest'ultimo era condannato, nel doppio del valore del danno (*in duplum*).

Titolare dell'azione aquiliana era originariamente soltanto il domino civilistico degli oggetti danneggiati (l'«*èrus*», diceva la legge). Ma in età classica (e, sulla stessa direttiva, in età postclassica) furono accordate varie altre azioni (*utiles* o *in factum*) in analogia alle previsioni della legge Aquilia («*ad exemplum legis Aquiliae*») anche a persone diverse dal domino, che detenessero l'oggetto a nome suo (l'usufruttuario, l'usuario, il locatario, il comodatario), nonché al possessore di buona fede dell'oggetto e (caso quasi sicuramente postclassico) al creditore pignoratizio.

La **fattispecie del danneggiamento ingiusto** venne progressivamente elaborata in visione unitaria e analizzata in tutte le sue varie esplicazioni dalla giurisprudenza preclassica, classica e postclassica. I **requisiti essenziali del delitto** (e della sua perseguibilità in giudizio con l'azione aquiliana) risultarono, a séguito di questo approfondimento, quattro: *a*) l'evento di danno subito da un soggetto; *b*) la dipendenza causale del danno da un atto altrui; *c*) l'ingiustizia dell'atto dannoso; *d*) il vario tipo di volontarietà del danneggiamento.

(*a*) Per quanto riguarda l'**evento di danno** subito da un soggetto (il cd. danneggiato), vanno precisati tre punti: *a*) che il danno doveva con-

sistere in una perdita di carattere economico (cd. «danno patrimoniale») e non si estendeva alle mere sofferenze morali, al puro e semplice dolore (cd. «danno morale») procurato al soggetto passivo; *b*) che il danno poteva concretarsi tanto in una diminuzione patrimoniale (cd. «danno emergente») quanto anche in un mancato e sicuramente prevedibile guadagno (cd. «lucro cessante») della vittima; *c*) che il danno era, di regola, soltanto quello inferto ad un oggetto materiale con mezzi materiali, cioè con azioni fisiche (*damnum corpore corpori illàtum*). A differenza dalle prime due caratteristiche, che rimasero sempre approssimativamente identiche, la terza caratteristica subí deroghe sempre piú numerose attraverso la concessione di azioni derivate (*actiones utiles* e di *actiones in factum* [n. 23]) a coloro i cui beni fossero stati distrutti o deteriorati per effetto di comportamenti omissivi (es.: la mancata alimentazione di bestiame o di schiavi), o anche per effetto indiretto di comportamenti non consistenti in aggressioni fisiche (es.: la somministrazione di sostanze velenose in luogo di medicinali). In diritto giustinianeo l'azione aquiliana giunse ad essere considerata «azione generale», cioè applicabile a qualunque tipo di danno patrimoniale (*in factum generalis actio*).

(*b*) Per quanto riguarda la **dipendenza causale del danno da atto altrui** (cioè da atto compiuto da soggetto diverso dal danneggiato), questo requisito di ovvia necessità implicò che la responsabilità fosse da escludere quando l'evento dannoso fosse derivato, malgrado le prime apparenze, da «forza maggiore» (*vis maior cui resísti non potest*) e da altre evenienze del tutto incontrollabili dal proprietario (o chi per lui) della cosa che avesse materialmente prodotto il danno.

(*c*) Per quanto riguarda l'**ingiustizia dell'atto dannoso** (o meglio, la sua «antigiuridicità»), è evidente che non fosse tenuto al risarcimento chi avesse compiuto l'atto dannoso nell'esercizio di un suo diritto (ed entro i limiti concessi alla sua autotutela), oppure perché costrettovi da violenza fisica altrui, da «stato di necessità» o da cd. «legittima difesa»: tutte esimenti dell'antigiuridicità che già abbiamo imparato precedentemente a conoscere.

(*d*) Per quanto riguarda la **volontarietà del danneggiamento**, questo requisito dette luogo (spesso in connessione con i rilievi attinenti al nesso di causalità e alle esimenti dell'antigiuridicità dell'atto lesivo) ad una ricchissima serie di considerazioni giurisprudenziali di cui si possono mettere in rilievo soltanto due linee di massima: *a*) che il confronto con gli altri delitti (solitamente determinato dal dubbio che fosse stato commesso uno di essi, anziché il delitto di danneggiamento) portò insensibilmen-

te verso la conclusione che il dolo (*dolus*) richiesto per la loro punibilità fosse di solito qualcosa di piú intenso della mera colpa (*culpa*); *b*) che la necessità di valutare caso per caso la misura della responsabilità dell'agente portò insensibilmente verso l'inclusione nella colpa delle sole (svariatissime) ipotesi di negligenza, imprudenza, imperizia e verso la graduazione della colpa stessa in «colpa grave, lieve, lievissima» (*culpa lata, culpa levis* e *culpa levissima*).

87. *Le altre obbligazioni di responsabilità primaria.* — Altre obbligazioni di responsabilità primaria, a prescindere da quelle inerenti ai quattro delitti dianzi illustrati, derivarono dal «dolo (malefico) negoziale» e dalla determinazione del «timore negoziale» [n. 18], nonché dalle ipotesi di illecito che passiamo ad elencare.

(*a*) Ipotesi di **ingiuria qualificata**, cioè di illeciti affini all'*iniuria*, vennero perseguite dal pretore con azioni dirette a condanne equamente proporzionate dal giudice (*actiones in aequum conceptae* [n. 24]) e consistettero in svariate manifestazioni di «*contumèlia*», cioè di sprezzo o di non adeguato rispetto verso altri soggetti giuridici, concretantisi in azioni fisicamente non violente.

Tali: l'«offesa al pudore» (*adtemptata pudicitia*) di un soggetto giuridico di sesso femminile di qualunque età o di un soggetto maschio impubere verificantesi, ad esempio, nel distrarre dal suo compito l'accompagnatore adulto di tali persone (*còmitem abdúcere*), o nel dire alle stesse persone parole sconvenienti per istrada, nel pedinarle marcatamente e fastidiosamente (*adsectarí*); il «motteggio» (*convícium*), cioè l'organizzazione (o la istigazione alla organizzazione) di chiassate derisorie alle spalle di un soggetto giuridico o dei suoi sottoposti; la «diffamazione» (*infamàtio*), cioè la diffusione sul conto di persone non presenti di voci, notizie, valutazioni tali da lederne la reputazione.

(*b*) Ipotesi di **furto qualificato** furono quelle che dettero luogo ad azioni speciali di cui abbiamo già parlato a suo tempo: l'«*actio rerum amotarum*» [n. 36], l'«*actio rationibus distrahendis*» [n. 39], l'«*actio de tigno iuncto*» [n. 44]. Si aggiungano il «furto o danno a carico del cliente ospitato» (cioè il furto o il danno patrimoniale subiti a causa di ignoti dal cliente di un capitano di nave, di un oste o di uno stalliere durante la permanenza nei loro esercizi) e il «taglio furtivo di alberi altrui» (delitto già previsto dalle XII Tavole): ipotesi che il pretore perseguí con la concessione alla parte lesa di un'azione per il doppio.

(*c*) Ipotesi di **rapina qualificata** furono: il «saccheggio in occasione di calamità» (incendio, naufragio, cataclismi varî), perseguito dal pretore con un'un'azione per il quadruplo; inoltre il «danneggiamento in occasione di disordini popolari» (provocato cioè approfittando della *turba,* della calca), perseguito dal pretore con un'azione per il doppio.

(*d*) Il **versamento o getto incauti** (*effusum vel deiectum*) era l'ipotesi di versamento di liquidi o di getto di solidi dall'alto delle case nelle strade o nei luoghi di pubblico accesso sottostanti. Se dal fatto conseguiva un danno ad una cosa altrui (schiavi compresi), al domino dell'oggetto danneggiato il pretore concedeva un'azione per il doppio contro l'abitante dell'edificio (*habitàtor*); se da esso conseguiva una lesione personale ad un uomo libero (fosse o non fosse soggetto giuridico privato), all'offeso (o all'avente potestà su di lui) il pretore concedeva contro l'abitante un'azione in quanto al giudice paresse equo; se infine dal fatto conseguiva la morte di un uomo libero, il pretore concedeva contro l'abitante un'azione popolare (esercitabile con preferenza dai familiari della vittima) intesa al pagamento di una somma fissa a titolo di penale. La responsabilità era addossata all'abitante dell'edificio (proprietario o non proprietario che ne fosse) a titolo eccezionale di responsabilità oggettiva: solo in periodo postclassico essa venne limitata ai casi di colpa.

(*e*) L'**appoggio o sospensione incauti** (*positum vel suspensum*) era l'ipotesi di appoggio o sospensione di oggetti sull'alto delle case, con evidente pericolo di caduta nelle strade o nei luoghi di pubblico accesso sottostanti. Per questo solo fatto il pretore concedeva un'azione popolare intesa ad una penale fissa contro l'abitante dell'edificio cui fosse da attribuire il fatto pericoloso. La responsabilità dell'abitante era oggettiva per il diritto classico, mentre fu limitata alla colpa in periodo postclassico.

(*f*) La **parzialità del giudice** (*litem suam facere*) era l'ipotesi del giudice che nel suo ufficio non si fosse comportato con la dovuta imparzialità, provocando con ciò intenzionalmente un pregiudizio ad una delle parti. Il disonesto agire del giudicante poteva andare dal vizio di procedura commesso ad arte (per esempio, un differimento eccessivo) sino al vizio di valutazione del merito compiuto per dolo o per inescusabile errore. In ordine a tutta questa vasta gamma di possibilità il pretore concesse alla parte lesa un'azione in quanto paresse equo.

(*g*) Il **falso in misurazioni agrarie** (*falsum modum dícere*) era l'ipotesi dell'agrimensore (*agrimènsor*) che, incaricato da due parti in controversia di determinare i confini tra i loro fondi, avesse dolosamente operato false

misurazioni ed attribuzioni. Contro di lui il pretore dette alla parte lesa un'azione per il danno subíto da chi avesse interesse a che non fosse stata operata la falsa misura (*falsum modum renuntiatum non esse*).

(*h*) La **corruzione di schiavo altrui** (*corruptio servi*) era l'ipotesi di chi avesse favorito la fuga di uno schiavo altrui o avesse esercitato sullo stesso pressioni psicologiche tali da corromperne le disposizioni naturali dell'animo (quindi la sua originaria fruibilità). Contro l'autore del fatto il pretore attribuí al domino un'azione (*actio servi corrupti*) per il doppio.

(*i*) La **violazione di sepolcro** (*sepulchrum violatum*) era l'azione di chi, violando l'altrui sepolcro, vi avesse seppellito un cadavere di persona della sua famiglia o anche estranea. Al titolare del diritto sepolcrale era concessa contro l'effrattore un'azione per il quanto paresse equo al giudice. Mancando la reazione del titolare era esercitabile da chiunque un'azione popolare intesa al pagamento di una multa.

(*l*) L'**abuso di potere dei *publicani*** consisteva in ogni ipotesi di appropriazione di cose dei contribuenti, operata con violenza o comunque illecitamente dall'appaltatore di imposte (*publicanus*) o dalla sua organizzazione esattoriale (cd. *familia*). Alla parte lesa il pretore concesse un'azione per il doppio del pregiudizio subito.

(*m*) L'**alterazione dell'albo pretorio** (*album corruptum*) era l'ipotesi di chiunque alterasse dolosamente le formulazioni degli editti giurisdizionali affisse in pubblico nell'apposito albo (*album praetorium*) o su altri materiali scrittorî (papiri, pergamene, tavolette lignee ecc.). Contro l'autore della corruzione il pretore concesse, a tutela della fede pubblica, un'azione popolare intesa al pagamento di una forte somma.

88. *Le obbligazioni di responsabilità secondaria.* — L'inadempimento di un'obbligazione di debito o di responsabilità primaria (anzi, piú in generale, il mancato soddisfacimento del creditore) determinava a carico dell'obbligato (o di altri eventualmente tenuti in questa ipotesi per lui) il sorgere di un'obbligazione di **responsabilità secondaria**, avente ad oggetto la rivalsa del creditore per la non ottenuta soddisfazione. Ma ovviamente sarebbe stato eccessivo che questa regola astratta trovasse puntuale e immancabile applicazione in tutti i casi specifici di inadempimento. Pertanto, sopra tutto dopo l'introduzione della procedura formulare, cioè nel quadro del diritto civile nuovo e del diritto onorario, la giurisprudenza individuò una serie di ipotesi, in ordine alle quali non parve giusto addossare («imputare») al debitore (o ad altri per lui) la responsabilità per

l'inadempimento, oppure parve giusto imputare al debitore l'inadempimento solo se esso risultasse da lui piú o meno intensamente voluto.

Senza addentrarci nella vasta selva dei casi e delle soluzioni particolari, passiamo a delineare qui di séguito i soli **orientamenti di massima** del diritto privato: anzitutto con riferimento all'inadempimento solitamente ritenuto «non imputabile» (non attribuibile, non accollabile) all'obbligato; secondariamente con riferimento all'inadempimento solitamente ritenuto «imputabile» all'obbligato.

(*a*) Relativamente all'**inadempimento non imputabile all'obbligato** l'orientamento di tutti i periodi storicamente ricostruibili fu, almeno in via generale, costante. Si ritenne non imputabile al debitore (e pertanto da sopportarsi, nelle sue conseguenze, esclusivamente dal creditore) ogni ipotesi di inadempimento determinato da **fatto non voluto dall'obbligato e non resistibile da parte dello stesso**.

Quindi: *a*) l'inadempimento provocato col suo comportamento volontario proprio **dal creditore** (per esempio, la voluta distruzione da parte sua dell'oggetto dovuto); *b*) l'inadempimento dipeso da **cause estranee alla volontà del debitore** e tali da non poter essere da lui, anche con l'impiego della massima diligenza, contrastate o tempestivamente evitate (per esempio, la deliberata o incauta distruzione dell'oggetto dovuto ad una calamità naturale).

Rispetto a questo secondo e vasto ordine di ipotesi, che ovviamente non mancò di dar luogo a numerose contestazioni tra le parti, la casistica delle fonti è molto ampia ed è tutt'altro che univoca nei concetti cui fa capo: concetti come quelli del caso (*casus, casus fortuitus*), della forza maggiore (*vis màior, vis cui resisti non potest*), del danno fatale (*damnum fatale*), dell'attacco dei pirati (*vis piratàrum*), dell'incursione dei briganti (*incúrsio latrònum*), della calamità atmosferica (*tempèstas*) ed altri ancora. Tali ipotesi sfociarono, in periodo postclassico-giustinianeo, in due **categorie generali**, peraltro di senso molto approssimativo e non incontestato: *a*) quella della **forza maggiore** (*vis maior*), intesa come un avvenimento, sia pur prevedibile e previsto, comunque irresistibile per le normali forze umane, e in particolare per le forze del debitore; *b*) quella del **caso fortuito** (*casus fortúitus*), inteso come un avvenimento, sia pur resistibile, verificatosi però al di fuori delle normali possibilità di previsione, e quindi di tempestiva ed efficace reazione, del debitore.

(*b*) Relativamente all'**inadempimento imputabile all'obbligato** l'orientamento di base fu in tutti i tempi che esso fosse da attribuirsi a cause

diverse da quelle (di inimputabilità) dianzi descritte, quindi fosse da accollare al **comportamento volontario (commissivo od omissivo) del debitore** (cd. *factum debitòris*). Ipotesi vere e proprie di «responsabilità oggettiva» del debitore per l'inadempimento non furono dunque mai chiaramente concepite: l'inadempimento fu sempre tendenzialmente imputato al debitore a titolo di **responsabilità soggettiva**, dipendente cioè dalla sua libera, non coatta, non necessitata astensione dal provvedere alla prestazione dovuta («*per eum stare quo minus praestet*»). Tuttavia la molteplicità dei casi concreti, delle questioni sollevate in sede giurisdizionale, delle riflessioni e discussioni giurisprudenziali comportò che i casi eccezionali di responsabilità oggettiva non mancassero e che le imputazioni per l'inadempimento a titolo soggettivo oscillassero tra due poli estremi molto distanti tra loro: quello della «responsabilità massima» (quasi ai confini della responsabilità oggettiva) e quello della **responsabilità minima** (limitata ai soli casi di chiara non intenzionalità dell'inadempimento).

All'interno del vasto arco intercorrente tra i due poli ora menzionati, si profilarono e via via si precisarono, in analogia con la responsabilità primaria per danneggiamento [n. 86], i distinti concetti del dolo e della colpa, quest'ultima suddistinta in grave, lieve e lievissima. Ma il cammino che portò a queste precisazioni fu comprensibilmente lungo e pieno di incertezze e di contrasti.

(*b*[1]) Nell'**ambito del diritto antico** (quindi delle procedure ordinarie ad esso inerente e della giurisprudenza preclassica e classica ad esso riferentesi) si differenziarono, in maniera peraltro molto approssimativa, i seguenti tre gruppi di ipotesi di responsabilità per inadempimento volontario.

Un primo gruppo fu quello delle ipotesi di **responsabilità praticamente illimitata** del debitore inadempiente per effetto del **tipo di prestazione dovuta**. Tali le fattispecie delle «obbligazioni negative» (cioè di non fare) e delle «obbligazioni generiche» (cioè di dare cose appartenenti ad un genere, e quindi cd. fungibili). Salvo che intervenissero cause del tutto eccezionali di inimputabilità (del tipo della forza maggiore che inducesse il debitore al fare contro voglia o che determinasse l'estinzione totale del «genere» dedotto in obbligazione), l'adempimento del debitore era praticamente tanto agevole (pur se a costo, talvolta, di maggiori oneri sopra tutto economici) che l'inadempimento volontario non poteva in nessun modo essere ritenuto scusabile e fu quindi sempre e in ogni caso a lui imputato.

Un secondo gruppo fu quello delle ipotesi di **responsabilità massima** del debitore inadempiente per effetto del **tipo di impegno volontaria-**

mente assunto. Tali furono una serie limitata di fattispecie in ordine alle quali la prevalente coscienza sociale ritenne che il debitore, avendo ricevuto una cosa in «speciale affidamento», non potesse in nessun modo essere scusato (salvo intervento di forza maggiore o di caso fortuito) per non averla resa al creditore.

Relativamente a queste fattispecie si usò dire, con espressione contratta e metaforica, che il debitore, a prescindere dalle sue ulteriori obbligazioni (di *dare*, di *facere*, di *non facere*), era tenuto verso il creditore a ***praestare custodiam***, cioè a garantire che avrebbe fatto tutto il possibile per salvare l'integrità della cosa affidata alla sua vigilanza, alla sua cura, alla sua attenzione: in caso di mancata restituzione egli era responsabile verso il creditore senza che quest'ultimo dovesse provare la sua specifica colpa («*sine culpa*»), quindi esclusivamente sulla base della «*custodia*» cui era tenuto. Gli esempi piú caratteristici di responsabilità per custodia furono: *a*) quello del comodatario nei confronti del comodante, per avergli questi affidato gratuitamente e solo nel suo interesse la *res commodata* [n. 71]; *b*) quello del lavandaio (*fullo*) e del sarto (*sarcinàtor*) nei confronti del cliente (*locator operis* [n. 75]), per il fatto che esercitavano normalmente il proprio mestiere in luoghi aperti al pubblico e quindi esposti a grande pericolo di furti; *c*) quello del creditore pignoratizio nei confronti del debitore che avesse compiuto il sacrificio di mettere in sue mani un *pignus* (appunto mediante una *datio pignoris* [n. 71]). Ed è quasi inutile dire che nulla vietava peraltro che si pattuissero tra le parti anche clausole limitative di tanto estesa responsabilità.

Un terzo gruppo fu quello delle ipotesi di **responsabilità commisurate al vario livello di diligenza** comportato dalle **specie delle singole obbligazioni**. Tale fu la gran massa dei rapporti di credito non rientranti nei due gruppi di ipotesi precedentemente accennati: obbligazioni, dunque, di *dare* e di *facere*, con esclusione di quelle generiche e di quelle implicanti la garanzia della custodia. Indirizzi precisi e dettagliati non si formarono. Può solo dirsi, piuttosto all'ingrosso, che la responsabilità del debitore inadempiente fu subordinata alla **volontarietà** del suo inadempimento: volontarietà che si espresse con i termini di «colpa» (*culpa debitoris*) o anche, senza troppo sottilizzare, di «dolo» (*dolus debitoris*), cioè con termini che denunciavano la mancanza nel debitore della diligenza che un buon capofamiglia (vale a dire un «galantuomo») avrebbe dovuto impiegare per tener fede al suo impegno («*diligentia boni patris familias*»).

(*b*2) Nell'**àmbito del diritto nuovo** (quindi delle procedure straordinarie ad esso inerenti e della giurisprudenza classica e postclassica da esso influenzata), le ipotesi di inadempimento imputabile furono convogliate verso una sempre piú sottile aderenza alle esigenze delle varie categorie di obbligazioni. La regola relativa alle obbligazioni negative o alle obbliga-

zioni generiche rimase sostanzialmente immutata, ma in ordine ad ogni altro tipo di obbligazione (quelle di dare di cose infungibili, quelle di fare) i criterî di imputazione della responsabilità si affinarono, e conseguentemente si moltiplicarono, dando luogo, come passiamo subito a vedere, ad un criterio normale della colpa lieve ed ad alcuni criterî eccezionali a favore o a sfavore del debitore.

Criterio normale di imputazione della responsabilità, come già per il diritto antico, fu quello della **colpa lieve** (*culpa levis*: così qualificata per distinguerla dagli altri due gradi di colpa), cioè il criterio della **mancanza della diligenza dell'uomo medio** o del «galantuomo» (*«diligentia boni patris familias»*). Di regola, dunque, era richiesta nel debitore, ai fini dell'adempimento, l'esplicazione di una diligenza media (non eccessiva, ma nemmeno minima) e l'obbligazione di responsabilità per inadempimento nasceva in dipendenza di una piccola (ma non piccolissima) negligenza dell'obbligato.

Criterî eccezionali a favore del debitore (cioè a svantaggio del creditore) furono: quello del «dolo» (*dolus*), nel senso specifico di intenzionalità dell'inadempimento; e quello della «colpa grave» (*culpa lata*), nel senso specifico dell'eccessiva negligenza nell'evitare l'inadempimento. Se un debitore era chiamato responsabile solo dell'inadempimento intenzionale o, sia pure, dell'inadempimento causato da sua «grande negligenza», evidentemente egli era favorito di fronte alla media dei debitori. Sul piano pratico la differenza tra i due criterî di favore era inoltre tanto poca che si affermò addirittura «il principio che la colpa grave è equiparata al dolo».

Criterî eccezionali a sfavore del debitore (cioè a vantaggio del creditore) furono: *a*) quello della «colpa lievissima» (*culpa levissima*), cioè della mancata esplicazione di una diligenza particolarmente intensa richiesta ai fini dell'adempimento (*«diligentia diligentissimi patris familias»*); *b*) quello della cd. «colpa in concreto» (*culpa in concreto*), cioè della mancata esplicazione da parte del debitore della diligenza a lui personalmente propria nelle cose sue (*«diligentia quam debitor in suis rebus adhibère solet»*). Questi due criterî rappresentarono il massimo dello sfavore verso il debitore inadempiente.

89. *La responsabilità da mora nel pagamento e da frode dei creditori.* — Ipotesi **particolari** di inadempimento furono la *mora solvendi* e la *fraus creditorum*. La prima fu un'ipotesi di «inadempimento imperfet-

to» (cioè non portato a compimento), la seconda fu un'ipotesi di «inadempimento indiretto» (cioè concretantesi nella predisposizione delle condizioni necessarie a che potesse verificarsi l'inadempimento).

(*a*) La **mora del debitore** (*mora solvendi*) era il ritardo dell'obbligato, a lui imputabile, nell'adempimento dell'obbligazione. Se e finché l'adempimento fosse ancora possibile e di interesse del creditore, non si aveva vero e proprio inadempimento, ma «ritardo» (*mora*) generatore di una particolare responsabilità del debitore (o di altri per lui).

Il **momento iniziale** del periodo di *mora solvendi* (il cd. momento della «messa in mora») era costituito: nelle obbligazioni a termine fisso, dal momento della scadenza del termine; nelle obbligazioni senza termine fisso, dal momento della «richiesta di adempimento» (*interpellàtio*) da parte del *creditor*. In ordine all'*interpellatio*, il diritto classico riteneva sufficiente una richiesta non formale, in qualunque modo fatta; anzi, anche senza richiesta, riteneva talvolta scaduta l'obbligazione (e iniziata la *mora*) se era trascorso il tempo normalmente necessario all'adempimento. Si avverta però che il diritto **postclassico**, attraverso una teorizzazione piú rigida del fenomeno, fu orientato nel senso che la mora decorresse, di regola, dal giorno preciso di una formale ed esplicita «*interpellatio*», mentre solo eccezionalmente ammise che nelle obbligazioni a termine la scadenza del termine equivalesse alla *interpellatio* del creditore («*dies interpèllat pro homine*»).

Effetti della mora nel pagamento erano: *a*) la «protrazione dell'obbligazione» (*perpetuatio obligationis*) sino al giorno dell'effettivo adempimento, secondo la regola generale, ma con l'aggravante, per le obbligazioni di «dare», che se la cosa perisse o si deteriorasse prima dell'adempimento, anche per caso fortuito, dovesse sopportarne le conseguenze il debitore; *b*) l'obbligazione del pagamento degli «interessi di mora» (*usurae moratoriae*), che peraltro valeva nei soli giudizi di buona fede ed era perciò determinata dal giudice (onde si parlò di «*usurae quae officio iudicis praestantur*»).

La mora era passibile di **sanatoria** (*purgatio*), se il debitore ritardatario finalmente offriva al creditore l'adempimento del capitale (della cd. *sors*) e degli eventuali interessi di mora, senza che il creditore avesse giusto motivo per opporsi.

(*b*) La cd. **frode dei creditori** (*fraus creditorum*) consisteva nella dolosa alienazione di propri cespiti patrimoniali fatta dal debitore allo scopo di creare o aggravare la propria insolvenza, danneggiando con ciò indirettamente i creditori. Della ipotesi si occupò il diritto onorario, che volle tentare, mediante la concessione di alcuni specifici rimedî, di eliminarne, nei limiti del possibile, gli effetti.

I **mezzi giudiziari concessi ai creditori frodati** in periodo classico non sono sicuramente noti. Sembra che essi consistessero: *a*) in una «*restitutio in integrum*», concessa allo scopo di porre nel nulla gli atti fraudolenti; *b*) in un «*interdictum fraudatorium*», concesso contro il terzo acquirente conscio della frode (*sciens fraudis*) allo scopo di costringerlo a restituire quanto avesse ricevuto dal debitore. Nel diritto giustinianeo i due rimedi classici furono unificati in una azione unica, che viene denominata, in qualche testo probabilmente interpolato, «*actio Pauliana*»: una azione intesa alla «revoca» degli atti fraudolenti.

Sottoposti a revoca erano soltanto gli «atti di alienazione» compiuti dal debitore a danno dei creditori, sia che essi fossero atti positivi (es.: trasferimento di proprietà), sia che essi fossero atti negativi (rinunzie a crediti, *patientia* nella estinzione di un diritto reale per *non usus*). Sottratti alla revoca erano invece i comportamenti di rinunzia ad un arricchimento, e quindi i casi di mancato acquisto.

La frode dei creditori rilevava solo se all'elemento oggettivo dell'**evento di danno** (*evèntus damni*, evento di pregiudizio economico per i creditori) si aggiungesse l'elemento soggettivo della **volontà della frode** (*consílium fràudis*), cioè dell'intento del debitore di recare per l'appunto un pregiudizio ai creditori. Inoltre, gli atti di alienazione a titolo oneroso erano revocabili, come si è detto, solo se il terzo acquirente avesse avuto la **consapevolezza della frode** contro i creditori (*scientia fraudis*).

L'evento di danno non corrispondeva alla insolvenza generica, ma doveva consistere in una «insolvenza specifica e concreta»: esso non poteva dirsi realizzato quando la frode, pur essendo coscientemente perpetrata e oggettivamente attuata, non avesse avuto la conseguenza della irreparabile e accertata insolvenza del debitore. Pertanto non era a parlarsi di evento di danno, se non si fosse preventivamente operata a carico del debitore una *missio in bona rei servandae causa* [n. 26].

CAPITOLO XV

LA SUCCESSIONE NEL PATRIMONIO PRIVATO

SOMMARIO: 90. La successione nel patrimonio privato. — 91. La chiamata da testamento. — 92. La chiamata senza testamento. — 93. La chiamata contro il testamento. — 94. L'acquisizione successoria. — 95. Le conseguenze della successione. — 96. La successione per legato e per fedecommesso.

90. ***La successione nel patrimonio privato.*** — La **morte oppure la perdita della libertà o della cittadinanza** (cioè la cd. *capitis deminutio maxima* o *media*) implicavano l'eliminazione del soggetto giuridico dal novero delle persone *sui iuris*. Almeno in linea astratta, posto che la morte pone fine a tutto (*mors òmnia sòlvit*), sarebbero dovute venir meno le sue potestà familiari, i suoi diritti assoluti e relativi si sarebbero dovuti dissolvere, i suoi debiti si sarebbero dovuti estinguere, i culti familiari (i cd. *sacra familiaria*) sarebbero dovuti restare privi di chi li accudisse e così via dicendo. Questo esito avrebbe avuto, peraltro, conseguenze pratiche rovinose per i familiari dello scomparso, dannose per i suoi creditori, pregiudizievoli per l'ordine sociale: basti pensare al fatto che i beni dello scomparso sarebbero senz'altro divenuti cose di nessuno (*res nullíus*) e sarebbero stati quindi esposti alla rivalità tra coloro che riuscissero ad «occuparli» per primi [n. 44].

Ecco perché il diritto privato romano provvide sin dai piú antichi tempi a predisporre un regolamento inteso ad evitare la dissoluzione del patrimonio del soggetto quando questi fosse venuto meno e ad assicurare la trasmissione del patrimonio stesso, nella sua totalità o in singoli cespiti, ad altri soggetti giuridici: soggetti, se del caso, anche preventivamente designati da chi ne era stato il titolare. Furono regole dapprima rudimentali e imperfette, essenzialmente volte a distribuire i discendenti agnatizî del

soggetto scomparso in nuove famiglie potestative ed a ripartire tra queste i cespiti del suo patrimonio: regole che peraltro divennero nei secoli successivi sempre piú elaborate, complete, minuziose, anche e sopra tutto a causa del ricchissimo apporto che ad una materia di tanto vivo interesse pratico dette la giurisprudenza, a cominciare da quella pontificale.

Il termine che, sin da tempi assai risalenti del periodo arcaico, stette ad indicare nel loro complesso i cespiti patrimoniali di un soggetto defunto (e di quelli a lui assimilati) fu il termine di **eredità** (*herèditas*) ed «eredi» (*heres* o *herèdes*) vennero corrispondentemente denominati colui o coloro che del patrimonio acquistassero in tutto o in parte la titolarità. Quanto ai suoi contenuti, l'eredità: *a*) in un primo momento fu limitata ai soli oggetti non liberi della famiglia del defunto, cioè a quelle che piú tardi si dissero le sue «cose màncipi» (quindi, con esclusione dei figli di primo grado, che anzi acquistavano per effetto della scomparsa di lui l'autonomia familiare, e dei relativi ulteriori discendenti, che passavano sotto la potestà dei figli maschi di primo grado); *b*) in un momento successivo fu estesa anche alle cose non màncipi (cioè alla cd. «*pecunia*»); *c*) in un terzo momento venne ritenuta inclusiva anche dei culti domestici e dei diritti ed obblighi relativi; *d*) in un quarto momento fu portata ad implicare, per chi la ottenesse, anche la titolarità dei suoi crediti e la responsabilità per le sue obbligazioni passive; *e*) in ogni momento furono peraltro considerate intrasmissibili ereditariamente certe situazioni giuridiche attive o passive del defunto, causa il loro carattere strettamente personale: il diritto di usufrutto [n. 53], quello di uso [n. 54], i crediti da mandato [n. 57], taluni crediti o debiti di responsabilità primaria [n. 84] ed altro.

La giurisprudenza preclassica e classica inquadrò acutamente il fenomeno ereditario entro il piú ampio concetto della *successio in* (*universum*) *ius*, anche detta «*successio in locum et ius*» («successione nell'intero patrimonio», «successione nella situazione giuridica del defunto»), intendendo sottolineare che essa realizzava un'ipotesi di subingresso di un soggetto giuridico (il «*succèssor*») nel patrimonio giuridico («*ius*»), cioè nel complesso delle situazioni giuridiche attive e passive (in quanto trasmissibili), di un precedente titolare (l'«*antecèssor*»: l'«antecessore» o predecessore). Per designare l'*antecessor*, si usò largamente anche l'espressione ellittica «*de cuius*» (da «*is de cúius hereditate àgitur*», colui della cui eredità si tratta).

Ma ecco, a rendere piú facilmente comprensibile la materia, un brevissimo **riepilogo storico** della stessa, con riguardo ai vari «sistemi normativi» [n. 6] della vicenda giuridica romana.

Nel sistema del *ius Quiritium*, la morte (o *capitis deminutio*) del *paterfamilias* non importava necessariamente la dissoluzione del suo «*mancipium*» perché i *filii* in senso stretto (cioè i discendenti maschi di primo grado) diventavano a loro volta

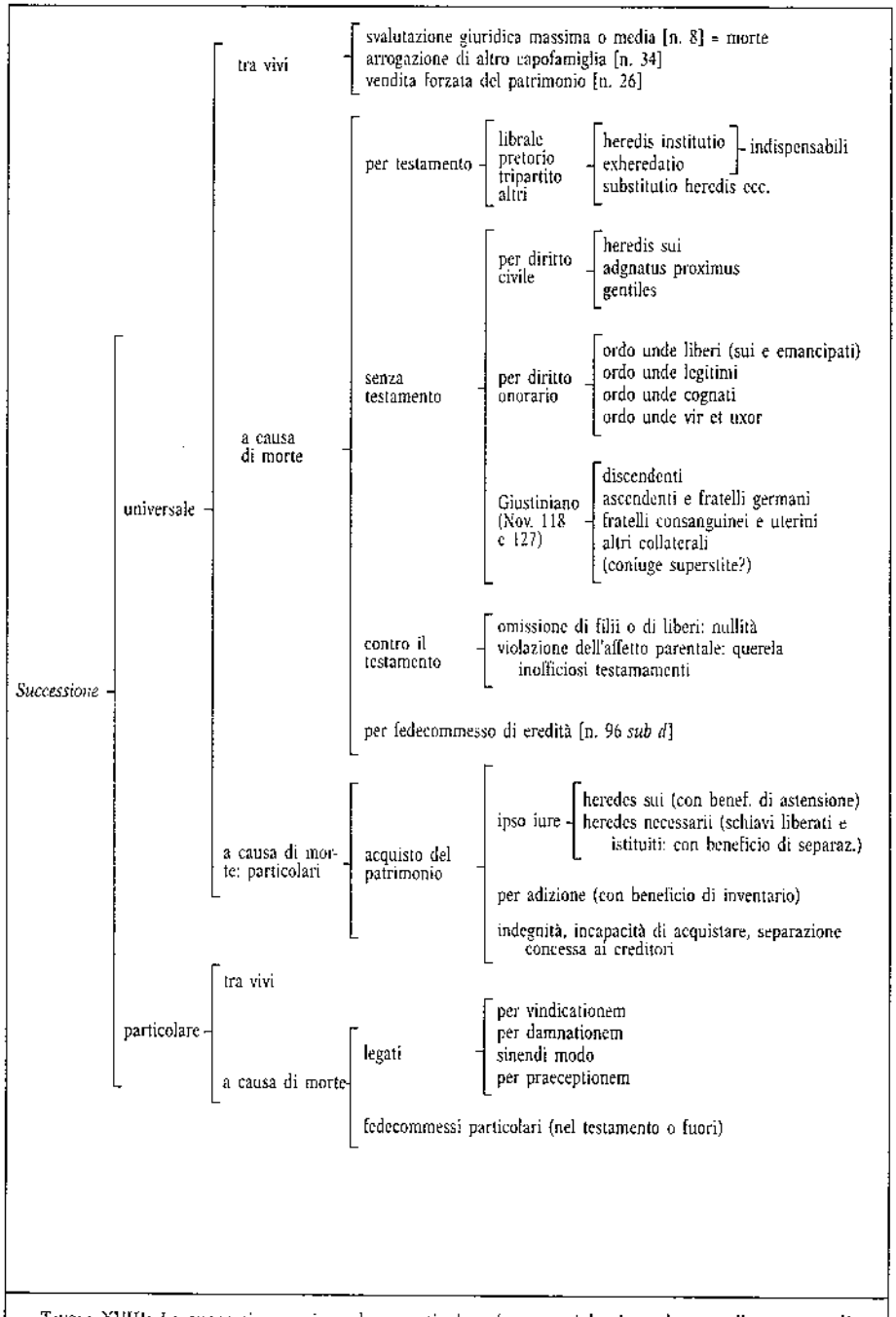


TAVOLA XVIII: La successione universale o particolare (con speciale riguardo a quella a causa di morte (n. 90-96).

patres familiarum e rimanevano tradizionalmente uniti in «*consortium*» («consorzio fraterno»), continuando ad insistere tutti insieme sul patrimonio familiare («*familia*» in senso oggettivo, di cui il nucleo era costituito dalle «*res màncipi*» [n. 31]). Raro fu il caso che i fratelli decidessero di sciogliere il loro consorzio (cd. «*consortium ercto non cito*», cioè non diviso), ripartendosi la *familia* tra loro; probabile fu che il *pater*, ove fosse privo di discendenti, si precostituisse in vita un successore mediante l'*adrogatio* (arrogazione) di un altro *paterfamilias*, che diventava suo *filius in potestate*. Quanto alla «*pecunia*», la quale non costituiva *familia* ed era estranea al *mancipium*, è buona congettura che il *pater* provvedesse a distribuirne la *possessio* tra persone di sua fiducia prima della morte, oppure provvedesse tempestivamente a stabilire per esplicito (con un «*legem dicere*», un «*legare*», un «*legatum*») a quale tra i figli (o eventualmente anche tra estranei al gruppo familiare) egli volesse che la *possessio* ne fosse attribuita dopo la propria morte.

Il *ius legitimum vetus* (specie con le *leges XII tabularum*) disciplinò e dettagliò il regolamento originario in relazione alle molteplici *potestates* derivanti dalla dissoluzione del *mancipium* unitario delle origini, la quale si andava frattanto verificando. Mediante l'introduzione dell'«*actio familiae* (*pecuniaeque*) *erciscundae*» («azione divisoria del patrimonio ereditario»), esso garantí la possibilità di divisione giudiziaria del *consortium* ad istanza di uno dei *fratres* [n. 32]. Per l'ipotesi di mancanza di discendenti (di *sui heredes*), esso determinò i soggetti (*adgnati* e, in subordinata, *gentiles*) cui dovessero essere attribuiti i diritti sulla «*familia pecuniaque*», facendo salvo il caso che una diversa attribuzione (sia delle *res mancipi* sia di quelle *nec mancipi*) fosse stata fatta prima di morire (mediante «*legata*») dal *pater*.

Nel sistema del *ius civile vetus* preclassico, sopra tutto per influenza della giurisprudenza pontificale e laica, si affermò compiutamente il concetto di «*hereditas*», comprensivo dei *sacra* familiari: *heredes* furono, per conseguenza, denominati tutti i successibili indicati dalla legge decemvirale ed in piú (non si può precisare quando) anche le donne. Ma al *pater familias* (e cosí pure alla *mulier* familiarmente autonoma, cui peraltro era negata la *potestas* sui *filii*) fu riconosciuto, a titolo preferenziale, il potere di nominare a sua volta erede, mediante il «*testamentum per aes et libram*» («testamento librale»), chiunque (familiare o estraneo) egli volesse, purché questa sua istituzione di erede (*heredis institutio*) fosse accompagnata dall'espressa diseredazione (*exheredatio*) degli eventuali *heredes sui* e con l'implicazione che l'erede testamentario (*heres institutus*) avesse la responsabilità dei suoi debiti e il carico di provvedere al culto dei *sacra* familiari. Solo subordinatamente all'*heredis institutio* il *pater* (o, piú in generale, la persona *sui iuris*) poteva inserire nel testamento *legata* od altre disposizioni particolari.

Il *ius honorarium* preclassico e classico vivificò e migliorò notevolmente il sistema ereditario civilistico, sopra tutto mediante l'istituto della «*bonorum possessio*» («possesso para-ereditario del patrimonio» [n. 26]), che i *praetores* usarono concedere ad un triplice scopo: *a*) per estendere la *successio*, in mancanza di testamento, anche ad altri soggetti oltre quelli indicati dalla legislazione decemvirale (*bonorum possessio «sine tabulis»*, cioè «in mancanza di tavole testamentarie»); *b*) per favorire i successori indicati nel testamento ai fini dell'acquisizione e della tutela dei *bona*

loro assegnati (*bonorum possessio «secundum tabulas»*, cioè «a supporto delle tavole testamentarie»); *c*) per ammettere alla *successio* anche soggetti che il *de cuius* avesse, nel suo testamento, tralasciato di nominare (*bonorum possessio «contra tabulas»*, cioè «in contrasto con le tavole testamentarie»). Altri sviluppi della successione contro il testamento furono comportati, su suggestione della giurisprudenza preclassica e classica, dalla prassi giudiziale dei *centumviri*.

Il ***ius novum*** e la giurisprudenza del periodo classico e di quello postclassico, accanto a sviluppi che saranno descritti a suo tempo, operarono in modo apprezzabile: prima per il «coordinamento», poi per la «fusione» dei sistemi dell'*hereditas* e della *bonorum possessio*. Sistemi che nella compilazione di Giustiniano erano ormai unificati spesso nella «*successio in ius defuncti*», anche se furono mantenute le originarie diverse terminologie.

Presupposto della successione nel patrimonio del defunto (*successio in ius defuncti*: terminologia unificante che adottiamo per comodità di discorso) fu, quanto meno a partire dal periodo preclassico, la **chiamata alla successione** (*vocatio ad hereditatem* o *ad bona defuncti*), cioè la designazione del soggetto destinato ad essere erede o possessore paraeditario dei beni. Il diritto romano conobbe tre tipi fondamentali di vocazione successoria: *a*) la vocazione **testamentaria** (*vocatio ex testamento*); *b*) la vocazione **senza testamento** (*vocatio ab intestato*), che aveva luogo in mancanza di chiamata testamentaria; *c*) la cd. chiamata **in contrasto col testamento** (*vocatio contra testamentum*), che aveva eccezionalmente luogo, a dispetto della volontà testamentaria del *de cuius*, solo in certi casi e subordinatamente a certi presupposti. Quando vi era un testamento, era anche possibile che singoli cespiti fossero attribuiti a specifici beneficiarî mediante legati (*legata*), verificandosi con ciò (secondo la sistematica postclassica) anche una **successione in singoli cespiti** (*successio in singulas res* dei *legatarii*). Dentro o al di fuori del testamento poterono in fine essere disposti anche, come vedremo [n. 96], dei **fedecommessi** (*fideicommissa*).

A prescindere dai casi eccezionali di chiamata contro il testamento, la vocazione testamentaria prevaleva su quella senza testamento in questo senso: che agli eredi testamentari (con esclusione, dunque, degli eredi *ab intestato*) doveva andare tutto intero il patrimonio «successorio» anche nell'ipotesi che il testatore avesse disposto solo in ordine a una parte di esso (od anche quando, avendo il testatore distribuito tutto il patrimonio successorio tra piú eredi, uno di questi fosse venuto meno). Si diceva pertanto, con formulazione in verità piuttosto ambigua, che «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decèdere potest*» (letteralmente: nessuno può morire avendo testato per una parte del suo patrimonio e non avendo testato per il resto), volendosi significare (si badi bene) che chi avesse testato solo *pro parte*, cioè solo per una parte del suo patrimonio, avesse con ciò implicitamente escluso l'applicazione della successione *ab intestato* per il resto [n. 91].

Il discorso non sarebbe completo, se non si segnalassero **due ipotesi particolari** di acquisto a causa di morte di diritti di un soggetto giuridico: *a*) quella della *donatio mortis causa*; *b*) quella delle *mortis causa capiones*.

(*a*) Per **donazione a causa di morte** (*donatio mortis causa*) il diritto preclassico e classico intesero ogni negozio (*inter vivos*) di donazione «reale» (attuata cioè mediante il trasferimento del dominio di singoli beni dal donante al donatario), nel quale alla causa di donazione [n. 17] si accompagnasse una «causa di morte», cioè la funzione di arricchire il donatario (con effetto immediato) in vista di un imminente pericolo di morte del donante e della prevedibile premorienza di quest'ultimo al donatario stesso: se il pericolo imminente di morte non si traduceva tempestivamente in realtà, o se il donatario premoriva al donante, al donante spettava il diritto di chiedere il ritrasferimento del dominio degli oggetti donati.

(*b*) Per **guadagno a causa di morte** (*mortis causa capio*) si intese ogni altro acquisto a causa di morte che non avvenisse a titolo di successione ereditaria o di donazione a causa di morte: di cui cioè la morte di un soggetto fosse soltanto la circostanza che mancava per la sua efficacia. Per esempio, la ricezione di una somma di danaro da parte di chi fosse stato istituito erede da un terzo sotto condizione appunto di beneficare preventivamente il ricevente.

91. *La chiamata da testamento.* — La vocazione basata sul testamento (*vocatio ex testamento*) fu la chiamata successoria di gran lunga piú usuale in Roma (e prevalente, come si è detto, rispetto alla vocazione intestata). Per **testamento** (*testamentum*) si intese, piú precisamente, il negozio unilaterale (orale o scritto), normalmente compiuto alla presenza di testimonî (*testes*), mediante il quale il *de cuius* (soggetto giuridico, maschio o femmina che fosse) determinava la sorte del suo patrimonio (in ordine ai cespiti trasmissibili) per il tempo successivo alla sua morte.

Il discorso relativo alla vocazione testamentaria comporta che si parli: *a*) delle principali forme testamentarie ordinarie; *b*) delle forme testamentarie speciali; *c*) dei contenuti del *testamentum*; *d*) della capacità di testare; *e*) della capacità di essere chiamati testamentariamente a succedere; *f*) dei modi di revocabilità dell'atto; *g*) dei casi di sua inefficacia; *h*) dei surrogati del testamento; *i*) della presa di conoscenza dello stesso da parte del pubblico.

(*a*) I **principali testamenti ordinari**, che potevano cioè essere fatti da tutti i soggetti giuridici privati (sempre che fossero capaci di testare), furono: *a*) il *testamentum calatis comitiis* (*curiatis*); *b*) il *testamentum per aes*

et libram; *c*) il *testamentum iure praetorio factum*; *d*) il *testamentum tripertitum*. Sorvolando sul primo, che era del tutto disapplicato in tempi storici, ci fermeremo sugli altri tre.

(*a*[1]) Il **testamento librale** (*testamentum per aes et libram*), caratteristico del sistema del diritto civile, fu un elaborato della giurisprudenza pontificale successivo alle Dodici Tavole e consistette in un'ingegnosa applicazione della mancipazione, cioè di un negozio tra vivi [n. 44]. Il testatore mancipava in blocco il proprio patrimonio (*familia pecuniaque*) ad un acquirente di fiducia (*familiae emptor*), dandogli l'incarico di distribuirlo, dopo la propria morte, a persone da lui designate mediante una contestuale dichiarazione (*nuncupàtio*). Per far sí che l'obbligo dell'acquirente assumesse carattere giuridico, costui doveva pronunciare a sua volta un solenne impegno a tenere il patrimonio in titolarità puramente fiduciaria (quindi a ritrasmetterlo al testatore ove questo cambiasse idea e, se non intervenisse la revoca, ad attenersi alla sua dichiarazione).

Col passare del tempo divenne tuttavia assolutamente ovvio che la *mancipatio familiae* (*pecuniaeque*) fosse puramente fittizia (*dicis gratia*), sicché la dichiarazione del *familiae emptor* si limitò all'impegno di fare da **esecutore testamentario**, cioè da curatore dell'esatto adempimento delle disposizioni contenute nel testamento. Di piú: già in età preclassica divenne prevalente l'uso di scrivere le disposizioni testamentarie su **tavolette cerate** (la cui autenticità veniva garantita dai sigilli del *familiae emptor*, del *libripens* e dei cinque *testes* della *mancipatio*) e di far consistere la *nuncupatio testatoris* in un riferimento fatto da costui al contenuto delle tavolette stesse (*«haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt»*). Il *testamentum* puramente orale (cd. *«testamentum per nuncupationem»*, in senso proprio) cadde pertanto praticamente in disuso, pur senza essere mai espressamente abolito.

(*a*[2]) Il **testamento pretorio** (*testamentum iure praetorio factum*) derivò dall'iniziativa del pretore urbano di concedere il possesso para-ereditario del patrimonio del defunto (*bonorum possessio secundum tabulas* [n. 26]) a coloro che fossero stati beneficiati in un testamento civilistico reso irregolare dalla mancanza della solennità della mancipazione: di concederlo, quindi, in concordanza con il contenuto delle tavole testamentarie.

Il pretore, ritenendo che ormai l'importanza dell'atto consistesse essenzialmente nella testimonianza dei sette astanti (il *familiae emptor*, il *libripens* e i cinque *testes mancipationis*), si accontentò di quest'ultima, e in particolare si accontentò della esibizione delle ***tabulae* munite di sette sigilli**. La *bonorum possessio secundum tabulas* divenne *cum re* (cioè «inclusiva dell'*hereditas*») con Antonino Pio, il quale concesse al *bonorum possessor* il potere di paralizzare, mediante un'*exceptio doli*, anche l'azione di reclamo dell'*hereditas* (l'*hereditatis petitio*) esercitata contro di lui dagli *heredes ab intestato* civili.

(*a*3) Il **testamento tripartito** (*testamentum tripertítum*), cosí denominato da Giustiniano, si formò in età postclassica attraverso la fusione del testamento civile e di quello pretorio e in connessione con la caduta di ogni diversità tra eredità e possesso para-ereditario (*bonorum possessio*). Esso doveva essere redatto e sottoscritto dal testatore in presenza di sette testimonî (ai quali il contenuto dell'atto poteva anche essere tenuto segreto) e i suggelli dei testimonî servivano a garantirne la attendibilità.

(*b*) **Forme testamentarie speciali** furono: *a*) l'antichissimo «*testamentum in procinctu*» («testamento sul piede di guerra»), pronunciato dal milite (di quei tempi) nell'imminenza della battaglia davanti ai proprî commilitoni, che ne avrebbero riferito il contenuto in caso di morte del testatore; *b*) il «*testamentum militis*» («testamento militare»), completamente libero da vincoli di forma, introdotto dal *ius novum* dell'età augustea a favore dei militari in servizio (e non valido oltre un congruo periodo successivo al congedo) sopra tutto in considerazione della loro inesperienza giuridica, accresciuta dal fenomeno dei molti provinciali che militavano nell'esercito; *c*) il «*testamentum tempore pestis cònditum*» (fatto in tempo di epidemia), postclassico, che poteva essere testimoniato anche da meno di sette persone o da persone che non avessero materialmente assistito alla sua scrittura; *d*) il «*testamentum ruri cònditum*» (fatto in campagna), postclassico, cui erano sufficienti cinque testimonî, in considerazione dello spopolamento delle campagne.

Agevolazioni varie furono concesse in età postclassica anche ai ciechi, agli analfabeti, a coloro che testassero a favore della chiesa cattolica o per finalità religiose. Giustiniano pretese inoltre **formalità speciali** per due delicate ipotesi, già precedentemente profilatesi nella prassi: *a*) il cd. «*testamentum parèntis inter liberos*» (testamento paterno per i figli), consistente nella ripartizione (da effettuarsi dopo la morte) dei proprî beni ai *liberi* (cioè ai figli *sui* od *emancipatî*), in sostanziale ma non completa adesione a quanto spettante agli stessi per successione intestata; *b*) la cd. «*divisio inter liberos*» (divisione tra i figli), consistente nella stessa operazione, messa in esecuzione però dal genitore quando fosse ancora in vita (precludendosi pertanto la possibilità di cambiare volontà prima della morte).

(*c*) Il **contenuto essenziale** del testamento civilistico (nella sua forma piú evoluta) e degli altri testamenti ordinari (il cd. «*caput et fundamentum totíus testamenti*») fu la disposizione detta **istituzione di erede** (*heredis institútio*), cioè la chiara ed inequivoca designazione del chiamato, o dei due o piú chiamati dal testatore alla sua successione (es.: «*L. Titius hères èsto*»). Ad essa doveva accompagnarsi: *a*) per il diritto civile, l'espressa **diseredazione dei figli in sua potestà** (*exheredàtio* degli *heredes sui*), cioè l'esplicita esclusione dei discendenti che altrimenti sarebbero stati di diritto i suoi proprî eredi («*sui herèdes aut instituèndi sunt aut exheredàndi*»); *b*) per il diritto onorario, l'**espressa diseredazione di tutti i figli** (sia *sui* sia *emancipati*: cd. *liberi*).

Institutio ed *exheredatio* reclamavano l'uso di *verba sollemnia*, di locuzioni solenni tradizionali: solo in periodo postclassico con Costantino, fu ammesso che la volontà di istituire e di diseredare potesse risultare attraverso l'uso di qualunque espressione. La **diseredazione** esplicita dei *sui heredes* (o dei *liberi*) era riservata ovviamente ai testatori di sesso maschile ed era sopra tutto alle origini (e prima che si profilasse, come vedremo a suo tempo [n. 93], la impugnabilità del cd. «*testamentum inofficiosum*»), dalla esigenza di richiamare il testatore maschio, se provvisto di *filii* e *nepotes* agnatizi (cosa che era esclusa per i soggetti di sesso femminile), alla grave responsabilità che si assumeva non istituendo eredi le persone della sua discendenza.

(*c1*) La qualità di erede istituito (*heres institutus* o *scriptus*) postulava l'attribuzione a lui di **tutto e indistintamente il patrimonio** ereditario (*as hereditarius*) oppure, in caso di piú istituiti, di **una quota dello stesso**. In quest'ultima ipotesi, mancando o venendo meno uno o piú coeredi, le loro quote si accrescevano [n. 95] agli eredi superstiti (in applicazione del principio «*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decèdere potest*»).

L'istituzione di erede, pertanto, non poteva avere riferimento ad un cespite determinato («*institutio ex certa re*») o esser fatta con detrazione di un determinato cespite («*institutio excepta re*») perché ne sarebbe conseguita la nullità del testamento. Tuttavia, la giurisprudenza classica, ispirandosi al *favor testamenti*, opinò che in queste eventualità non dovesse ritenersi invalida la disposizione istitutiva dell'erede (e quindi il testamento), ma dovesse ritenersi invalida la menzione della *certa res* (la disposizione valeva cioè «*detracta rei certae mentione*») e suggerí che le indicazioni specifiche del *testator* fossero eseguite, nei limiti del possibile, in sede di divisione.

(*c2*) L'istituzione di erede poteva essere subordinata a condizione sospensiva, ma non poteva essere fatta a termine, cioè **non poteva avere efficacia limitata nel tempo** [n. 19]. Ciò perché non era concepibile che, una volta acquistata la qualità di *heres*, la si potesse perdere: «*semel heres semper heres*» si usava dire («una volta erede sempre erede», salvo, beninteso, che il testamento fosse revocato). Pertanto il termine (iniziale o finale che fosse) si considerava non apposto.

(*c3*) Numerose altre disposizioni particolari, tutte però subordinate nella validità alla presenza dell'istituzione di erede, potevano essere contenute nel testamento. Di esse parleremo nei luoghi opportuni, limitandoci qui a segnalare solo l'eventuale designazione di un erede di riserva: la **sostituzione dell'erede** (*substitutio heredis*).

Di tale sostituzione testamentaria si conoscevano **due tipi**: *a*) la *substitutio vulgaris*; *b*) la *substitutio pupillaris*. La «*substitùtio vulgàris*» («sostituzione ordinaria») era la nomina di un altro o di altri *heredes* «sostituti», per il caso che l'erede nominato per primo (l'*heres institutus*) premorisse al *testàtor* o comunque non acquistasse l'eredità. La «*substitùtio pupillàris*» («sostituzione pupillare») era la nomina

di un *heres* da parte del testatore (maschio) al proprio discendente impubere (anche se da lui non istituito erede testamentario) in vista dell'ipotesi che questi morisse prima di raggiungere la pubertà (cioè durante la condizione di «*pupillus*» soggetto a *tutela* [n. 39]) e quindi prima di acquistare la capacità di disporre testamentariamente, a sua volta, del patrimonio ereditato.

(*d*) La **capacità di testare** (cd. «*testamenti factio* attiva») seguiva le regole generali della capacità giuridica e della capacità di agire, salvo che non potevano testare: *a*) le vittime di svalutazione giuridica massima (*capitis deminutio maxima*), con la conseguenza che il testamento da loro fatto anteriormente fu considerato nullo sin tanto che non intervenne a salvarlo la finzione della legge [n. 9]; *b*) gli *impúberes* (mentre, dopo i tempi arcaici della loro totale incapacità giuridica, potevano testare le *mulieres*); *c*) i *latini Iuniani* [n. 46].

Nel corso dell'età classica i *filiifamilias* furono eccezionalmente ammessi a testare in ordine al *peculium castrense* (nonché, per il diritto postclassico, anche in ordine al *peculium quasi castrense* [n. 34]) e i *servi publici* [n. 10] acquistarono la capacità di testare in ordine ad una metà del proprio peculio.

(*e*) La **capacità di essere istituiti** eredi testamentari (cd. «*testamenti factio* passiva») spettava, in età classica, a tutti i soggetti giuridici, anche se incapaci di agire (es., perché *furiosi*). Potevano essere inoltre istituiti anche gli schiavi del testatore, purché il testamento contemplasse anche la loro affrancazione (*institutio cum libertate*). Schiavi e discendenti di altri soggetti giuridici potevano essere istituiti, ma con l'effetto di far acquistare il compendio al loro avente potestà.

L'istituzione dei cd. **postumi**, cioè di discendenti non ancora venuti in vita, ma già concepiti (*pòstumi adgnati*), che in età arcaica non era ammessa, fu pienamente riconosciuta in età preclassica e classica: *a*) sia riguardo ai postumi **proprî** del testatore maschio («*postumi sui*») o ad essi equiparati («*postumorum loco*»), i quali dovevano anzi essere, se non istituiti, almeno diseredati espressamente; *b*) sia, per diritto onorario (quindi ai fini della *bonorum possessio*), riguardo ai cd. **postumi altrui** (*postumi alieni*), cioè riguardo ai nascituri (già concepiti, ma non dal *de cuius*) che non sarebbero stati in potestà del testatore se fosse sopravvissuto.

Di regola la capacità di essere istituiti doveva sussistere nei cd. *tria momenta*: *a*) il momento della confezione del *testamentum*; *b*) il momento della morte del *testator*; *c*) il momento dell'acquisizione successoria (quando quest'ultima era successiva alla morte del testatore).

(*f*) La **revoca del testamento** fu ritenuta sempre lecita sino al momento della morte del testatore («*ambulatoria est volúntas defuncti usque*

ad vitae supremum èxitum»). Tuttavia, circa le modalità necessarie alla revoca vi furono notevoli differenze tra diritto civile, diritto onorario e diritto nuovo.

Secondo il *ius civile*, il *testamentum* (*per aes et libram*) non poteva essere revocato se non mediante la confezione di un nuovo e diverso *testamentum*, a séguito del quale il precedente *testamentum* era metaforicamente «*ruptum*» (infranto). Chi avesse testato una volta non aveva, dunque, la possibilità di trarsi indietro e di lasciare il passo alla *successio ab intestato* distruggendo il documento che ne costituiva la prova, oppure limitandosi a dichiarare di non voler piú tener ferme le sue precedenti volontà: valeva per lui, a dir cosí, il principio «*semel testàtor, semper testàtor*».

Secondo il *ius honorarium*, che guardava al *testamentum* essenzialmente dal punto di vista documentale, il *testator* poteva invece revocare il testamento anche distruggendo le tavole testamentarie (rompendone i sigilli ecc.). Nel qual caso, visto che *iure civili* il *testamentum* era sempre valido, il pretore concedeva ai successibili *ab intestato* la «*bonorum possessio sine tabulis*».

Secondo il *ius novum* (particolarmente in periodo postclassico) il *testamentum* fu considerato revocato: *a*) quando il *testator* avesse proceduto a fare un altro valido *testamentum*; *b*) quando il *testator* avesse deliberatamente lacerato il documento; *c*) (con Giustiniano) quando il *testator* avesse pubblicamente dichiarato («*apud acta*» o davanti a tre testimoni) di volere revocare il suo testamento.

(*g*) L'**invalidità del testamento** si verificava: *a*) quando esso fosse **disertato** (*testamentum desèrtum*): il che avveniva per premorienza dell'istituito o per sua mancata accettazione; *b*) quando esso fosse stato **infranto** (*testamentum ruptum*): il che avveniva per sua revoca (nei termini sopra indicati) o per sopravvenienza alla sua confezione di un postumo da istituire o diseredare.

(*h*) Ben diverso dal testamento fu l'istituto (diffuso in periodo classico) dei *codicilli*, i quali erano un documento scritto (ma privo delle formalità testamentarie) contenente disposizioni di ultima volontà.

Di regola i codicilli potevano portare solo disposizioni fedecommissarie [n. 96]; tuttavia, se si trattava di codicilli preventivamente o successivamente **confermati nel testamento** dal loro autore (*codicilli testamento confirmati*), essi valevano come integrazioni del testamento stesso, salvo che per le eventuali istituzioni e diseredazioni (le quali rimasero contenuto esclusivo e caratteristico dei soli testamenti).

Non di rado il *testamentum* era munito della cd. **clausola codicillare**, mediante la quale il testatore disponeva che, per l'ipotesi di invalidità del *testamentum*, il documento avesse almeno il valore di *codicilli* e le disposizioni in esso contenute acquistassero pertanto carattere di *fideicommissa*.

(*i*) La **pubblicazione del testamento**, quindi la sua presa di conoscenza da parte del pubblico, costituiva l'indispensabile presupposto per l'esclusione della successione intestata [n. 92]. A questo fine (e per evitarne la distruzione da parte dei controinteressati) il testamento soleva essere depositato dal testatore presso una persona di fiducia o presso i sacerdoti addetti ad un tempio. Morto il testatore, si procedeva, su iniziativa del depositario o di qualunque altro interessato, alla «apertura» del testamento, che consisteva nella rottura del nastro o cordicella (*linum*) e dei sigilli che tenevano chiuse le tavole e nella lettura (*recitatio*) delle disposizioni.

La *lex Iulia de vicesima hereditatum*, dell'età di Augusto, nell'introdurre l'imposta successoria del 5%, regolò minuziosamente la procedura relativa, stabilendo che l'apertura delle *tabulae* dovesse essere fatta, entro cinque giorni dalla morte del *de cuius*, davanti alla «*statio vicesimae*», cioè davanti all'ufficio preposto alla riscossione del tributo.

92. *La chiamata senza testamento.* — Quando il *de cuius* fosse morto intestato (*intestatus*), cioè senza lasciare un testamento valido, aveva luogo la **vocazione intestata** (*vocatio ab intestato*), che si disse anche la «chiamata legittima» (*vocatio legitima*) per aver avuto il suo primo e compiuto regolamento dalle leggi delle XII Tavole.

Senza indugiare sui processi evolutivi, i **principî** della vocazione intestata possono essere raccolti intorno a quattro poli: *a*) quello del diritto civile; *b*) quello del diritto onorario; *c*) quello del diritto nuovo (classico e postclassico); *d*) quello del diritto delle novelle di Giustiniano.

(*a*) Secondo il **diritto civile** al soggetto di sesso maschile, che fosse defunto senza lasciare testamento (*intestatus*), succedevano, in primo luogo, per natura di cose, i suoi discendenti in potestà di primo grado (*filii in potestate, uxor in manu*), che appunto con la sua morte acquistavano la soggettività giuridica, divenendo: se maschi, capi di altrettante famiglie derivate (*stirpes*); se femmine, titolari di soli cespiti economici (*res* e *servi*). Essi si dicevano **eredi proprî del defunto** (*sui heredes*) e subentravano nell'eredità (o nella rispettiva quota) **senza bisogno di accettazione e senza diritto alla rinuncia**, cioè in virtú delle sole norme del diritto civile (*ipso iure civili*). Se uno dei figli di sesso maschile era premorto al padre, la soggettività giuridica si acquistava, alla morte di costui, dai relativi nipoti da lui discendenti (e dalla eventuale «nuora» che fosse stata sottoposta alla sua *manus*), ai quali quindi andava (e fra i quali doveva ripartirsi: oggi si direbbe «per rappresentazione») la quota di eredità che sarebbe ap-

partenuta al figlio premorto, cioè la quota spettante alla «stirpe» di quest'ultimo. Se, infine, dopo la morte del *de cuius*, nasceva (entro un massimo di circa dieci mesi) qualche postumo di lui proprio, cioè un figlio da lui concepito (*postumus suus*), questo era ammesso a pari titolo degli altri eredi proprî al conseguimento di una quota di eredità.

In mancanza di eredi proprî (*heredes sui*) del soggetto giuridico defunto (maschio o femmina che fosse) l'eredità era attribuita all'**agnato prossimo** (*adgnatus proximus*), cioè al collaterale o ai collaterali agnatizi a lui piú vicini (i fratelli, o in mancanza i primi cugini ecc.). L'agnato prossimo era peraltro libero di accettare o non accettare il patrimonio ereditario: se non lo accettava, l'eredità (si badi bene) non era attribuita agli agnati di grado ulteriore, ma si verificava la singolarità che essa passava ad essere assegnata in blocco a **tutti i membri della *gens*** del defunto, intesa questa con riferimento alle arcaiche organizzazioni plurifamiliari patrizie.

Non essendovi gentili (il che si verificava inevitabilmente per i plebei, i quali erano privi di *gentes*) o non accettando nessuno di questi ultimi, l'eredità era un'universalità di cose [n. 13] non appartenenti a nessuno (*res nullius*) ed era quindi aperta all'appropriazione (*occupatio*) da parte di chicchessia.

Regole speciali vigevano per i soggetti divenuti *sui iuris* per effetto di *manumissio*, cioè per gli affrancati dalla condizione di *servus* o da quella di *liber in causa mancipii*, i quali evidentemente non avevano collaterali agnatizi. Se essi mancavano di *heredes sui*, l'*hereditas* andava al «*dominus manumissor*» o, nell'ipotesi dei *liberi in mancipio*, al «*parens manumissor*»: insomma al *patronus*. Non accettando costui o essendo egli premorto al *de cuius*, l'*hereditas* era attribuita ai discendenti agnatizi di lui.

(*b*) A termini del **diritto onorario** il «possesso para-ereditario del patrimonio in mancanza di tavole testamentarie» (*bonorum possessio intestati*) veniva promesso ad un novero di successori assai piú ampio di quello previsto dal diritto civile, e cioè, dell'ordine, a quattro classi (*ordines*) di successibili: *a*) i discendenti (*liberi*); *b*) gli altri successibili civilistici (*legitimi*); *c*) i parenti di sangue (*cognati*); *d*) il coniuge superstite (*vir et uxor*).

La ***bonorum possessio sine tabulis*** era caratterizzata, a differenza della successione civilistica, dal fatto che i quattro *ordines* erano subordinati l'uno all'altro, ma non si passava all'*ordo* successivo se non fossero stati esauriti tutti i gradi interni a quello precedente (cd. «*successio ordinum et graduum*»). Inoltre la successione *iure honorario* era «concessa» (*data*) dal pretore sempre a domanda (*adgnitio*) dell'interessato.

(*b1*) L'*ordo* «*unde liberi*» era costituito da tutti i discendenti agnatizî liberi («*liberi*») del *de cuius* (evidentemente maschio, cioè *paterfamilias*), fossero o non

fossero piú *in potestate* di lui al momento della sua morte: quindi, sia dai *sui heredes*, che da coloro che fossero stati *emancipati* dal *pater familias* prima della morte. Ai «*postumi sui*» era parimenti assegnata una quota: se la *datio possessionis* era effettuata dal *praetor* agli altri richiedenti prima della loro nascita, la quota era accantonata in attesa della nascita e affidata all'amministrazione di un «*curàtor ventris*», («curatore del ventre» [n. 9]), cioè di una persona addetta a controllare le vicende della moglie che il *de cuius* avesse lasciata incinta (cd. «*bonorum possessio ventris nomine*»). La *bonorum possessio* dei *liberi* era, di regola, inclusiva dell'eredità («*cum re*»), quindi con prevalenza sugli eredi civili.

(*b*^{2}) L'*ordo* «*unde legitimi*» era costituito dai successibili *iure civili* (cioè dagli «*heredes legitimi*») nell'ordine di preferenza fissato dalle *XII tabulae*: anzi tutto gli *heredes sui* (se già non avessero chiesto e ottenuto i *bona* come *liberi*), subordinatamente gli agnati (peraltro non limitati a quello *praximus*, ma sino ad esaurimento dei gradi collaterali agnatizî), subordinatamente ancora i *gentiles*. La *bonorum possessio* dei *legitimi* era «*sine re*», cioè non era inclusiva dell'eredità, sicché non prevaleva nei confronti degli *heredes legitimi* di grado poziore che avessero omesso di rivolgersi al *praetor*, preferendo l'esercizio delle azioni civili.

(*b*^{3}) L'*ordo* «*unde cognati*» era costituito dai parenti di sangue (*cognati*), in quanto non ammessi all'*ordo* precedente, graduati in progressione (*proximitas*) sino a tutto il sesto grado. La *bonorum possessio* dei cognati era sempre «*sine re*».

(*b*^{4}) L'*ordo* «*unde vir et uxor*» era costituito dal «coniuge superstite» (marito o moglie) del *de cuius*. A lui la *bonorum possessio* era assegnata «*sine re*».

(*b*^{5}) Ove il *de cuius* fosse un *manumissus* (in particolare un *libertus*): nell'*ordo* «*unde liberi*» erano chiamati per metà i *liberi* veri e proprî e la sua *uxor in manu*, per l'altra metà il *patronus*; nell'*ordo* «*unde legitimi*» erano chiamati gli eredi civili (compresi, dunque, il patrono e la patrona); nell'*ordo* «*unde cognati*» erano chiamati i parenti di sangue. Subordinatamente, ottenevano la *bonorum possessio* («*unde familia patroni*») i familiari e i parenti anche non agnatizi del patrono.

(*c*) Il **diritto nuovo**, classico e postclassico, introdusse varî ritocchi al sistema civilistico, non solo per adeguarlo ai principî della successione diritto onorario, ma anche e sopra tutto per integrarlo e correggerlo là dove esso presentava la sua lacuna piú grave: la insufficiente valorizzazione della cognazione come fondamento della successione intestata.

Vanno particolarmente segnalati i due senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano, del sec. II d. C., con i quali si provvide rispettivamente ad assicurare la successione della madre ai figli e la successione dei figli alla madre. In conseguenza di questi due provvedimenti normativi, la madre e i figli furono portati dal pretore a far parte dell'*ordo* «*unde legitimi*».

(*d*) **Giustiniano** non riformò il sistema successorio intestato nella sua grande compilazione, ma lo fece mediante due importanti novelle (nuove costituzioni) successive alla Compilazione (la 118 del 543 e la 127 del 548). I successibili furono da questi provvedimenti ripartiti (sempre con rispetto della regola della *successio ordinum et graduum* seguita dal pretore) in quattro classi: *a*) discendenti in linea

maschile e femminile; *b*) ascendenti e fratelli germani (questi ultimi parificati ai genitori); *c*) fratelli per parte di un solo genitore (consanguinei o uterini); *d*) altri collaterali. Per il resto, e in particolare per il coniuge superstite, di cui le due novelle tacciono, è da ritenere che siano rimaste in vigore le regole precedenti.

93. *La chiamata contro il testamento.* — Di chiamata contro il testamento o **successione necessaria** (*vocatio contra testamentum*) si vogliono qui appresso designare in modo unitario una serie di casi in cui, pur essendo stato lasciato dal *de cuius* un testamento, si ritenne che fosse da darsi in tutto o in parte la preferenza a persone diverse da quelle in esso istituite: a «soggetti non trascurabili» dal testatore.

Le ipotesi da considerare sono tre: *a*) quella della *praeteritio* degli *heredes sui*; *b*) quella della *praeteritio* dei *liberi*; *c*) quella della violazione dell'*officium pietatis*.

(*a*) L'**omissione degli eredi propri** (*praeterítio heredum suorum*) costituiva una violazione, da parte del testatore, della regola civilistica della obbligatoria istituzione o diseredazione dei discendenti sotto potestà («*sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi*» [n. 92]) e comportava l'invalidità totale o parziale del testamento.

Questa regola, secondo l'interpretazione largheggiante della giurisprudenza preclassica e classica, implicava, per colui che non volesse istituire i discendenti *in potestate* (cioè i *sui heredes*): *a*) l'obbligo di diseredare nominativamente, con indicazione specifica dei nomi («*nominatim*») i figli maschi di primo grado già esistenti al momento della sua morte; *b*) l'obbligo di diseredare specificamente (anche se non proprio con indicazione prematura dei loro nomi) i *postumi sui*, cioè i figli maschi già concepiti e in via di nascere allorché egli morisse; *c*) l'obbligo di diseredare cumulativamente («*inter ceteros*»: con la formula «*ceteri omnes exhèredes sunto*») gli altri discendenti *in potestate* (le *filiae* femmine, l'*uxor in manu*, i nipoti ecc.).

La mancata diseredazione specifica di un *filius* maschio importava l'**invalidità totale** del *testamentum* e l'apertura della *successio ab intestato*. La mancata diseredazione degli altri *sui heredes* comportava solo l'**invalidità parziale** del *testamentum*, perché conferiva ai discendenti omessi («*praetériti*»): il diritto di concorrere in parti eguali con i *sui* istituiti alla divisione dell'*hereditas*; e, quando non vi fossero *sui* istituiti, il diritto di ottenere la metà del patrimonio attribuito con il testamento mancante della loro *exheredatio*.

(*b*) L'**omissione dei discendenti liberi** (*praeterítio liberorum*) era prevista dal diritto onorario. Questo, infatti, piú rigoroso del *ius civile*, esigeva dal testatore che diseredasse individualmente tutti i discendenti liberi di sesso maschile (sia *sui* che *emancipati*) che non intendesse istituire; solo per

i *liberi* di sesso femminile era ammessa una diseredazione cumulativa. Ai discendenti omessi era concessa l'ammissione al possesso para-ereditario.

L'omissione del figlio maschio *in potestate* implicava anche per il *ius honorarium* la nullità del *testamentum*: per conseguenza il pretore concedeva a tutti i *liberi* che ne facessero richiesta la *bonorum possessio intestati cum re*, cioè il possesso del patrimonio ereditario in mancanza di un testamento, da far valere anche contro l'*hereditatis petitio* degli eredi civilistici. Viceversa, l'omissione degli altri *liberi*, senza inficiare nella sua totalità il *testamentum*, inficiava le istituzioni di erede: ai *liberi* che ne facessero domanda veniva concessa, pertanto, la «*bonorum possessio contra tabulas*» («concessa contro le *tabulae* del testamento»), anche essa *cum re*, con prevalenza sugli eredi civili. Nel *ius novum* postclassico l'obbligo della diseredazione dei discendenti fu mantenuto, pur potendo la diseredazione essere fatta con qualunque espressione; Giustiniano anzi pretese che tutti i discendenti, maschi e femmine, fossero diseredati nominativamente.

(*c*) La **violazione del doveroso affetto verso i parenti** (*officium pietàtis*) era ravvisata nel fatto che il testatore (non solo maschio, ma anche femmina) non avesse provveduto o sufficientemente provveduto a congrui lasciti in favore dei suoi piú stretti parenti, anche se si trattasse di semplici cognati.

Probabilmente costoro nei piú antichi tempi esercitarono contro gli eredi istituiti la *petitio hereditatis*, con l'*actio per sacramentum*, allo scopo di ottenere dai *centumviri* (cioè dai giudici competenti per le questioni ereditarie [n. 22]) l'attribuzione, sia pure in violazione dello stretto *ius civile*, di una quota dell'*hereditas*. Intorno al sec. I d. C., comunque, il regime giuridico si precisò e consolidò attraverso la formazione, nel clima del *ius novum*, della cd. «*querela inofficiosi testamenti*», azione giurisdizionale tuttora esercitata *per sacramentum* e di cui erano dunque tuttora giudici i *centumviri*, mediante la quale gli stretti parenti (anche se espressamente diseredati) impugnavano il *testamentum* e chiedevano di partecipare alla successione del testatore.

In età classica, il **reclamo contro il testamento impietoso** (*querela inofficiòsi testamenti*) era esercitabile dai discendenti sia in potestà del defunto che non (*liberi*), dai genitori, dai fratelli e sorelle, contro gli eredi testamentari, nel termine di decadenza di cinque anni dall'acquisto successorio; non era riconosciuta al coniuge superstite. La sussistenza o meno della violazione del doveroso affetto verso costoro (*officium pietatis*) era accertata dai giudici centúmviri mediante un giudizio discrezionale di fatto, nel quale si partiva dal presupposto che la quota riservata ai querelanti (cd. **quota di riserva**) fosse pari ad almeno un quarto della quota che loro sarebbe spettata in sede di successione intestata o legittima: ragion per cui fu usualmente denominata anche «le-

gittima» (*portio legitima*). Se il reclamo era accolto, il «testamento impietoso» era considerato, a rigor di diritto, totalmente invalido, sí che il querelante poteva ottenere addirittura per l'intero (non per un quarto) la sua quota di successione intestata: gli eredi testamentari, convenuti in giudizio, avevano pertanto tutto l'interesse a soddisfare extraprocessualmente il querelante prima della prevedibile sentenza a loro sfavore (sentenza di solito opportunamente preannunciata dai *centumviri*) affinché desistesse dall'azione e si accontentasse della legittima.

Il *ius novum* postclassico, per correggere in parte le eventuali iniquità comportate a vantaggio del reclamante dal regime della *querela*, negò la *querela* stessa a chi avesse già ottenuto una attribuzione successoria, sia pure insufficiente, dal testatore e riconobbe a lui solo una «*actio ad supplendam legitimam*», esercitabile *extra ordinem* per l'«integrazione» del quarto riservatogli.

Sul declinare dell'età classica fu riconosciuta dal *ius novum* (con procedura *extra ordinem*) anche una *querela inofficiosae donationis* («reclamo contro la donazione impietosa»), esercitabile dagli stretti congiunti del *de cuius* al fine dell'annullamento delle donazioni che il defunto avesse fatto in vita, con ciò anticipatamente ledendo la quota di riserva: l'importo delle donazioni veniva, pertanto, a riversarsi nel patrimonio successorio. Analoga alla *querela inofficiosae donationis* fu la «*querela inofficiosae dotis*» introdotta solo nel periodo postclassico.

94. *L'acquisizione successoria.* — Venuta a mancare (per morte o per cause equiparate) il soggetto giuridico (il *de cuius*) si verificava l'**apertura della successione** nella titolarità del suo patrimonio. Sia pure a distanza di un attimo, a questa seguiva la concreta identificazione del chiamato a succedere e la **delazione** a lui (cioè la messa a sua disposizione) del patrimonio ereditario. L'**acquisizione successoria** del patrimonio stesso poteva: *a*) avvenire per il fatto (e nel momento) stesso della delazione; *b*) essere subordinata ad accettazione; *c*) essere impedita o ostacolata da cause varie; *d*) passare ad altri e finire nelle casse dello stato.

(*a*) **L'acquisizione del patrimonio successorio per il fatto della delazione** si verificava in due ipotesi: *a*) quella della delazione di eredità (sia per testamento, che senza) ad un erede proprio (*heres suus*), cioè ad un discendente in potestà del *de cuius* al momento della sua morte; *b*) quella della delazione testamentaria ad uno schiavo contemporaneamente liberato (*servus cum libertate heres institutus*). Essi erano denominati pertanto **eredi necessarî** (*heredes sui et necessarii* i discendenti, *heredes necessarii* gli schiavi): necessari, o meglio «necessitati», in quanto costretti ad acquistare l'eredità anche contro voglia.

(*b*) L'**acquisizione del patrimonio mediante accettazione** (*aditio*) si verificava in due ipotesi: *a*) allorché, mancando eredi necessari, l'eredità venisse deferita a successori estranei alla famiglia del defunto (*liberi non in potestate*, *adgnatus proximus*, *gentiles*, altre persone istituite dal *de cuius* tra i parenti e tra i non parenti); *b*) allorché si trattasse di possesso parereditario (*bonorum possessio*). Tali eredi erano anche detti **eredi volontarî**.

Modi di accettazione erano: *a*) la «*cretio* (*hereditatis*)» («accettazione solenne» dell'*hereditas*), atto di accettazione a forma vincolata («*hereditatem Lucii Titii adeo cernoque*»); *b*) la «*pro herede gestio*» («comportamento da erede»), cioè il comportamento concreto di accettante messo in opera dall'*heres* mediante il compimento di atti conclusivi (per esempio, l'impossessamento di beni ereditarî, il pagamento di debiti del defunto ecc.); *c*) l'«*adgnitio bonorum possessionis*», la domanda della *bonorum possessio* offerta dal magistrato (atto che era peraltro privo, ovviamente, di ogni efficacia, se non interveniva a realizzare l'offerta una «*datio praetoris*», la concessione pretoria). Il diritto postclassico, annebbiando le differenze tra *hereditas* e *bonorum possessio*, parlò in ogni caso di «*aditio*»; anzi, ponendo da parte l'antica formalità della *cretio*, esso manifestò un orientamento decisamente favorevole all'ammissione, accanto alla *pro herede gestio*, di una «*aditio nuda voluntate*» («accettazione informale») espressa liberamente in qualunque forma.

Ad evitare che l'accettazione tardasse oltre modo, lasciando quindi il patrimonio ereditario senza titolare (in condizione cd. di *hereditas iàcens*), furono escogitati varî espedienti. In primo luogo era possibile al *voluntarius* dichiarare spontaneamente, anche in modi non solenni, di rinunciare all'acquisto successorio («*repudiatio hereditatis*», «rinuncia all'eredità»), permettendo con ciò che l'*hereditas* passasse ad essere *delata* ad altri. In secondo luogo era uso dei testatori di imporre agli istituiti un termine (solitamente, 100 giorni) per la pronuncia della *cretio*, diseredandoli per l'ipotesi che non accettassero tempestivamente («*heredis institutio cum cretione*»). In terzo luogo, i creditori ereditarî potevano rivolgersi al pretore affinché fissasse al chiamato un «*tempus ad deliberandum*» (termine per deliberare), onde decidere se accettare o meno, oppure affinché autorizzasse la formale interrogazione davanti a lui (*interrogatio in iure*) del *vocatus*, cui veniva chiesto se fosse o non fosse erede («*an heres sit*»), nonché eventualmente per quale quota lo fosse («*quota ex parte*»).

(*c*) **Impedimento all'acquisizione successoria per testamento** (sia a titolo di eredità che di legato) era determinato dalla presenza nell'erede (o nel legatario) di certe qualifiche soggettive considerate con sfavore dall'ordinamento: si parlava, in queste ipotesi, di una **incapacità apprensiva del successore**: incapacità non nel senso comune del termine (cioè nel senso di incapacità giuridica o di incapacità di agire), bensí nel senso specifico di inidoneità del successore ad «acquistare» («*càpere*») il cd. **relitto** (*relictum*), cioè il patrimonio lasciato. I cespiti negati all'incapace venivano denominati **beni caduchi** (*caduca*) e attribuiti ad altri soggetti o, in ultima

analisi, all'erario (anzi, a partire dal sec. II d. C., al fisco). Ovviamente, il beneficiario dei beni caduchi doveva distrarre dal lascito tutti gli oneri che su di esso gravavano (debiti, legati, fedecommessi, obblighi *ex modo* ecc.), tenendo per sé il solo residuo attivo («*caduca cum suo onere fiunt*»).

Le **ipotesi piú importanti** di incapacità apprensiva furono sancite dalle *leges Iulia et Papia Poppaea* dell'età di Augusto [n. 36] a carico degli *heredes* e dei *legatarii* che fossero «*caelibes*» o «*orbi*», salvo che il testatore fosse un parente entro il sesto grado o un prossimo affine. I «*caelibes*» (cioè i soggetti di ambo i sessi che non fossero coniugati, pur avendo raggiunta l'età matrimoniale) non potevano acquistare nulla di quanto fosse stato loro lasciato, a meno che passassero a nozze nei cento giorni dall'apertura della successione (oppure, per gli istituiti *cum cretione*, nei termini della *cretio*). Gli «*orbi*» (cioè i coniugati privi di un numero minimo di figli) potevano acquistare solo la metà di quanto loro attribuito.

Impedimenti approssimativamente analoghi furono sanciti: *a*) dalle leggi matrimoniali augustee, per il «*pater solitarius*» (che si suppone fosse il vedovo senza figli) e per il coniuge superstite di un matrimonio privo di figli; *b*) dalla *lex Iunia Norbana* (19 d. C.) per i «*Latini Iuniani*», salvo che acquistassero la *civitas Romana* nei cento giorni dall'apertura della successione; *c*) dal *ius novum* classico, per le «*feminae probrosae*», cioè per le donne di malaffare. Nel corso del periodo postclassico, peraltro, tutte le incapacità apprensive vennero abolite, ad eccezione di quella delle *feminae probrosae*.

Impedimento alla conservazione del patrimonio successorio, ancora da acquisire o già acquisito, fu inoltre determinato, a termini del *ius novum* imperiale classico, dall'**indegnità successoria** (*indignitas*), cioè dalle gravi colpe di cui il chiamato si fosse macchiato nei confronti principalmente del *de cuius* (es., tentato o consumato omicidio dello stesso). In tal caso l'acquisizione successoria (sia *ex testamento* che *ab intestato*), pur verificandosi regolarmente, veniva frustrata mediante la «sottrazione forzosa» («*erèptio*») del *relictum* al *successor* indegno e l'assegnazione di esso all'*aerarium* (piú tardi al *fiscus*).

(*d*) In **attesa dell'acquisizione successoria**, e cioè dell'accettazione da parte degli eredi volontari, l'eredità si diceva, come già sappiamo [n. 11] **eredità giacente** (*herèditas iàcens*). Questa situazione di stallo non solo esponeva i cespiti ereditarî al pericolo di appropriazione da parte di terzi e comunque alla carenza di un'adeguata amministrazione, ma implicava la difficoltà che nessuno provvedesse ai culti familiari, che i debitori del defunto si astenessero dal pagare e che i creditori dello stesso non fossero soddisfatti.

Fu per ovviare a tutti questi inconvenienti, in modo da conservare l'unità e l'integrità del patrimonio del defunto, che vennero creati dalla giurisprudenza arcaica e preclassica due istituti intesi, sia pur molto imperfettamente, a favorire in qualche modo il sopravvento di un terzo, cioè

di un soggetto estraneo, ad assumere il titolo di eredi in luogo del chiamato: *a*) l'usucapione a titolo di erede da parte del terzo; *b*) la cessione giudiziaria al terzo dell'eredità.

(*d*[1]) L'**usucapione a titolo di erede** (*usucapio pro herede*) fu, probabilmente, una creazione della giurisprudenza pontificale successiva alle *leges XII tabularum*. Posto che l'*heres voluntarius* non si facesse avanti ad accettare l'eredità, si ammise e si favorí che un terzo qualsiasi esercitasse scientemente un comportamento da *heres* nei confronti del patrimonio relitto, con la conseguenza che egli acquistasse in capo a un anno (per usucapione, appunto) il titolo di *heres* del defunto: il culto privato, l'amministrazione del patrimonio, le ragioni dei creditori del defunto venivano cosí ad essere assicurati. Ma l'istituto non ebbe lunga vita. Nel II sec. d. C. esso era già sparito: unico residuo ne fu la regola che le singole *res hereditariae*, compresi gli immobili, fossero tutte usucapibili nel giro di un anno soltanto.

(*d*[2]) La **cessione giudiziaria dell'eredità** (*in iure cessio hereditatis*), in senso proprio, fu fiorente sino a tutto il periodo classico (non molto oltre) e fu costituita dalla cessione in blocco che l'*heres voluntarius* facesse, prima dell'*aditio*, ad un terzo (il cessionario) del suo diritto all'acquisizione ereditaria. Per effetto dell'*in iure cessio* il cessionario diventava *heres* (o, piú precisamente, *vocatus ad hereditatem*) al posto di colui che aveva implicitamente rinunciato a diventarlo. La possibilità dell'*in iure cessio hereditatis* era limitata all'*heres ab intestato*: se fatta dall'*heres ex testamento*, era nulla.

(*e*) La **trasmissione della delazione agli eredi** (*transmissio delationis*) non era ammessa: non era concesso cioè di trasmettere agli eredi il semplice diritto di accettare (o non accettare) un'eredità altrui di cui si fosse ottenuta la delazione ma non si fosse ancora realizzato l'acquisto («*herèditas delàta et nondum adquisíta non transmíttitur ad heredes*»). Il patrimonio ereditario rimasto privo di successori (sia civilistici che pretorî) costituiva pertanto un compendio di **beni vacanti** (*bona vacantia*), che la legge Giulia matrimoniale del 18 a. C. attribuí all'erario (sostituito piú tardi dal fisco) a titolo di beni caduchi (*cadúca*). Se però il patrimonio non era attivo, lo stato se ne disinteressava ed esso era messo a disposizione dei creditori ereditarî, che lo sottoponevano ad esecuzione forzata [n. 26].

95. *Le conseguenze della successione*. — Le **conseguenze** dell'acquisizione del patrimonio successorio da parte del chiamato, erano due: *a*) il successore diventava titolare di tutti i diritti trasmissibili (assoluti e relativi) del *de cuius*: diritti che costituivano l'«attivo successorio»; *b*) il successore assumeva la responsabilità di adempiere in luogo del *de cuius* tutti i debiti (trasmissibili) gravanti sul defunto: debiti che costituivano il «passivo successorio». In altri termini, tutti i cespiti, attivi e passivi, del patri-

monio del defunto si riversavano nel patrimonio del successore, in una mescolanza o **commistione successoria** (*commixtio ex successione*) che li rendeva indifferenziabili dai cespiti di quest'ultimo.

Questo effetto, peraltro: in talune ipotesi veniva limitato nell'interesse dei creditori o in quello degli eredi; in altre ipotesi era reso piú complesso dal fatto che vi fosse una pluralità di successori. Inoltre, come è ovvio, erano talora necessarie speciali azioni giurisdizionali per poterne ottenere in via costrittiva la realizzazione.

(*a*) Una prima causa limitativa della commistione successoria fu costituita dalla **separazione dei beni del defunto** (*separatio bonorum*): istituto introdotto dal diritto onorario a tutela degli interessi dei creditori del defunto. Se il successore era già per suo conto gravato di debiti ed esposto all'esecuzione patrimoniale forzata, i casi erano due: o l'apporto patrimoniale del defunto era di entità tale da permettergli di saldare sia i debiti proprî che quelli del *de cuius*; oppure l'apporto della successione non valeva a sottrarlo all'esecuzione forzata.

In questa seconda eventualità i **creditori ereditarî** potevano ottenere dal pretore che la vendita dei due compendî di beni (quelli del defunto e quelli del successore) avvenisse separatamente, per modo che il ricavo della vendita dei beni del defunto andasse ad esclusivo rimborso dei creditori ereditarî stessi.

(*b*) Altre cause limitative della commistione successoria furono i tre **benefici del successore** (*abstinendi, separationis, inventarii*) introdotti, in epoche diverse, allo scopo di permettere al successore, ove l'eredità fosse di redditività dubbia (*suspècta*), di sottrarsi, nei limiti del possibile, al pregiudizio che sarebbe potuto derivargli dall'acquisizione del patrimonio del defunto.

(*b1*) Il **beneficio dell'astensione** (*beneficium abstinendi*) fu introdotto dal diritto onorario a favore dei figli in potestà nominati eredi (*heredes sui et necessarii*) per eliminare le conseguenze dannose dell'acquisizione inevitabile (in particolare, per ridurre la loro «responsabilità obbiettiva» di saldare i creditori ereditarî). L'erede proprio, finché non avesse compiuto nessun atto di «intromissione» (*immixtio*) nel patrimonio successorio, poteva ottenere dal pretore di astenersi dall'assumere su di sé il passivo ereditario (*abstinère se hereditati*).

Ciò implicava: *a*) che la *venditio bonorum* si operasse nel nome del *de cuius* (e con *infamia* ricadente sulla sua memoria); *b*) che i creditori ereditarî trovassero soddisfacimento esclusivamente sul ricavato di quella *venditio bonorum*; *c*) che, per-

tanto, ogni acquisto effettuato dall'*heres* al di fuori della *successio* al suo ascendente fruttasse integralmente a lui.

(*b*2) Il **beneficio della separazione** (*beneficium separationis*) fu creato dalla giurisprudenza classica allo scopo di favorire gli schiavi liberati e istituiti eredi (*heredes necessarii*). Dato che usualmente l'istituzione di uno schiavo come libero ed erede era fatta proprio per poter far operare la vendita forzata del patrimonio ereditario nel nome di lui (e per far quindi ricadere sul suo capo l'infamia conseguente), all'istituito si riconobbe almeno la possibilità di ottenere, sempre che l'intromissione (l'*immixtio*) non avesse avuto luogo, che gli eventuali suoi acquisti successivi alla vendita del patrimonio ereditato fossero sottratti alle pretese dei creditori ereditarî. L'esecuzione era effettuata in suo nome, ma ai creditori ereditarî era impedito di rivalersi su lui, in futuro, per quella parte dei loro crediti verso il defunto che non fosse stata soddisfatta.

(*b*3) Il **beneficio dell'inventario** (*beneficium inventàrii*) fu introdotto infine da Giustiniano a favore degli eredi volontarî allo scopo di incoraggiarli all'accettazione di un'eredità prevedibilmente passiva. Il chiamato poteva, nei trenta giorni dalla notizia della successione, far procedere ad un inventario dell'attivo ereditario da un pubblico notaio (*tabularius*) e dichiarare di accettare la successione entro i limiti dell'attivo stesso (*intra vires hereditàrias*): per il che egli rimborsava i creditori ereditarî man mano che gli si presentassero a riscuotere, ma non era tenuto ad alcun pagamento verso chi chiedesse il rimborso dopo l'esaurimento dell'attivo inventariato.

(*c*) Nell'**ipotesi di pluralità di successori**, i diritti (trasmissibili) provenienti dal *de cuius* spettavano ad essi a titolo di **comunione ereditaria**, nel senso che ne erano tutti insieme titolari. Conseguentemente, gravava su tutti insieme i successori la responsabilità per i debiti del defunto. Per ottenere la «divisione ereditaria» tra i comunisti, se non interveniva un accordo tra gli stessi, si ricorreva dagli interessati all'esercizio di un'apposita azione divisoria dell'eredità (*actio familiae erciscundae* [n. 32]).

(*c*1) Se uno tra i piú chiamati ad una comunione successoria non voleva (a causa di rinuncia) o non poteva (a causa di morte o altro) operare l'acquisizione successoria, gli altri chiamati avevano un **diritto di accrescimento** (*ius adcrescendi*), in forza del quale tutto ciò che sarebbe a lui spettato (sia in attivo che in passivo) si accresceva (e ripartiva a favore loro. Se i chiamati a succedere avevano frattanto già operato l'acquisizione successoria della loro parte, non era dunque loro possibile

sottrarsi, sia pure mediante la rinuncia alla successione tutta, all'accrescimento della stessa.

(*c*2) Ove vi fossero piú successori aventi qualifica di **discendenti del** *de cuius*, poteva darsi che taluni avessero già ricevuto da lui vivente l'attribuzione di cespiti, o quanto meno l'attribuzione della possibilità di fare acquisti per conto proprio. Ad evitare una ingiusta sperequazione tra costoro e i discendenti non favoriti, fu introdotto l'istituto della **collazione dei beni**, cioè del conferimento del valore dei beni ricevuti nel computo del totale da dividere. Di esso si conoscono tre esplicazioni: la *collatio emancipati*, la *collatio dotis* e la postclassica *collatio descendentium*.

La ***collatio emancipati*** (collazione a carico dell'emancipato) fu creata dal *ius honorarium* in ordine alle ipotesi di *bonorum possessio* (*liberorum*) *contra tabulas* e di *bonorum possessio* (*ab intestato*) *unde liberi*. Tra i *liberi* si noveravano tanto i *sui heredes*, quanto i discendenti dal defunto *emancipati* in vita: questi ultimi, essendo divenuti con la *emancipatio* soggetti giuridici, avevano frattanto potuto crearsi un piú o meno pingue patrimonio attivo. Il pretore stabilí, pertanto, che non avrebbe decretato la *datio bonorum possessionis* a loro favore, se prima ciascuno non avesse garantito ai *sui heredes* (mediante una «*cautio de bonis conferendis*») di dividere con loro i proprî *bona* (naturalmente, *deducto aere alieno*, cioè nei limiti del saldo attivo).

La ***collatio dotis*** (collazione della dote) fu escogitata dalla giurisprudenza classica, sempre nell'ipotesi di *bonorum possessio contra tabulas* o *unde liberi*, per costringere analogamente la *filia* (sia *emancipata* che *sua heres*) a promettere ai *sui heredes* di spartire con loro la dote (cd. *dos profecticia* [n. 37]) che fosse stata attribuita dal *pater* al marito, ma nell'interesse di lei (e quindi con suo diritto alla «restituzione»).

In età postclassica, attraverso successivi estendimenti dei due istituti e nel clima di progressiva fusione fra *hereditas* e *bonorum possessio*, si pervenne alla concezione dell'istituto generale della ***collatio descendentium*** (collazione dei discendenti). In forza di esso i discendenti chiamati alla successione dovevano conferire alla massa ereditaria (*conferre in medium*) il controvalore di tutto quanto avessero ricevuto in vita a titolo gratuito dal *de cuius*: ciò affinché si potesse procedere alla giusta ripartizione del totale cosí risultante tra tutti gli aventi diritto alla successione.

(*d*) La **tutela giurisdizionale del successore** contro chi ledesse la sua situazione giuridica (per es.: impossessandosi di beni ereditarî o rifiutandosi di pagare un debito su lui gravante verso il *de cuius*) poteva essere svolta in due modi: *a*) difendendo i singoli diritti ottenuti per successione mediante il ricorso ai mezzi giurisdizionali a ciascuno proprî (per es.: la *rei vindicatio*, l'*actio ex stipulatu* e via dicendo); *b*) oppure affermando nei confronti della controparte la propria qualifica di successore del defunto, e chiedendo la riparazione della violazione subíta a titolo di conseguenza di questo accertamento generale. Nel secondo caso: all'erede ci-

vilistico spettava, come mezzo di difesa giudiziaria del suo titolo di erede, un'azione reale denominata petizione di eredità (*hereditatis petitio*); al successore pretorio era concesso, a tutela del suo potere giuridico di acquisire i beni del defunto, l'interdetto «*quorum bonorum*».

(*d*[1]) La **petizione di eredità** (*hereditatis petítio*) era una azione spettante all'erede contro chiunque, trascurando questa sua qualifica, pregiudicasse concretamente i diritti (assoluti o relativi) da lui acquisiti a causa della successione: essa tendeva, dunque, anzi tutto all'accertamento della qualifica di erede e, subordinatamente, alla condanna di colui che avesse usurpato i diritti assoluti e relativi costituenti il patrimonio ereditario.

Malgrado questo suo vastissimo arco di applicazione, si trattava tuttavia, nella forma, di un'*actio in rem*, sí che il convenuto era sempre qualificato «*possèssor*»: il che si spiega solo riportandosi alle origini dell'istituto, che nel sistema del *ius Quiritium*, cioè prima del riconoscimento giuridico delle *obligationes* [n. 58], consistette in una *vindicatio* (piú tardi trasfusa in una *legis actio sacramenti in rem*), con la quale l'*heres* reclamava gli oggetti del *mancipium* del proprio antecessore presso il possessore abusivo. Nella procedura dell'*ordo iudiciorum privatorum*, il convenuto era condannato al controvalore dell'eredità al momento della sentenza del giudice («*quanti ea res erit*»); tuttavia, essendo l'*hereditatis petitio* un *iudicium arbitrarium* [n. 23], egli poteva assicurarsi l'assoluzione mediante lo spontaneo preventivo ripristino dello *status quo ante*.

Convenuto poteva essere, in diritto classico: *a*) il cd. «*possèssor pro herède*», cioè colui che «possedesse» il patrimonio ereditario affermandosi, in buona o in mala fede, *heres* e confidando di poterlo dimostrare; *b*) il cd. «*possèssor pro possessore*», cioè colui che possedesse in tutto o in parte il patrimonio ereditario senza affermarsi *heres*, ma col semplice e inequivocabile *animus sibi habendi*, confidando che l'attore non riuscisse comunque a provare il proprio titolo di erede. Sulla base di un senatoconsulto Giuvenziano (129 d. C.), la giurisprudenza classica ritenne che potesse essere convenuto anche chi piú non possedesse le *res hereditariae* per averle preventivamente alienate; spunto in base al quale il diritto postclassico ammise che l'azione potesse essere esercitata persino contro il cd. «*fictus possessor*» («possessore fittizio»), cioè contro colui che si fosse sbarazzato dolosamente delle *res hereditariae* («*qui dolo desiit possidere*») o che dolosamente si fosse dato a intendere quale *possessor* delle stesse («*qui dolo liti se optulit*») allo scopo di lasciare frattanto al vero possessore il tempo di acquistarle per usucapione.

(*d*[2]) L'**interdetto *quorum bonorum*** (cosí denominato dalle parole iniziali della formula) era dato al successore di diritto onorario (*bonorum possessor*) per ottenere da chi li possedesse (ed eventualmente anche dall'erede civilistico, nel caso di *bonorum possessio cum re*) la restituzione dei beni a lui attribuiti dal pretore. È dubbio se a lui il pretore abbia conces-

so, a questo scopo, un'azione fittizia (cioè un'azione di petizione ereditaria proposta assumendo per finzione il titolo di erede). Certo è però che Giustiniano creò, in parallelo con l'azione di petizione dell'eredità, un'azione fittizia della stessa (*hereditatis petitio possessoria*).

96. *La successione per legato e per fedecommesso.* — La cd. **successione a causa di morte in cespiti singoli** (*successio mortis causa in singulas res*: terminologia efficace, anche se di conio postclassico) si verificava solo sulla base di testamento e subordinatamente all'acquisizione successoria da parte dell'istituito. Mancando l'acquisizione successoria (cioè l'effettuazione della *successio in ius*), non potevano, infatti, avere effetto le **disposizioni a titolo particolare** contenute nel testamento, cioè la nomina del tutore [n. 39-40], la manomissione dello schiavo [n. 46], i legati.

Dato che abbiamo già parlato nei luoghi piú opportuni delle altre disposizioni a titolo particolare, parleremo qui solo dei *legata* e dei connessi *fideicommissa*.

(*a*) **Legato** (*legatum*) era il lascito di un certo e determinato cespite ereditario, che il testatore operava a favore di un legatario (*legatarius*), facendone carico all'asse ereditario o alla persona istituita erede (onerato: «*a quo legatum est*»). Oggetto di legato poteva essere un diritto reale, un diritto di credito, la remissione di un debito, una rendita alimentare e via dicendo. Ciascun oggetto reagiva ovviamente sulla disciplina del relativo negozio, ma i modi tipici dell'assegnazione al legatario si adeguavano a due schemi fondamentali: quello dell'attribuzione di un **diritto assoluto** sui cespiti ereditarî e quello dell'attribuzione di un **diritto relativo** nei confronti dell'erede istituito.

Il diritto civile conobbe i seguenti quattro tipi di legati (*gènera legatorum*).

(*a*[1]) Il **legato per rivendicazione** (*legatum per vindicationem*, nella forma: «*Titio hominem Stichum do lego*») attribuiva al legatario il dominio quiritario su una cosa del testatore (es.: lo schiavo Stico), oppure costituiva a suo favore un diritto su cosa altrui. Il legatario poteva dunque senz'altro esercitare, dopo che fosse avvenuta l'acquisizione successoria, l'azione reale contro chi (erede o altri) trattenesse il possesso della cosa legata.

(*a*[2]) Il **legato per imposizione di obbligo** (*legatum per damnationem*, nella forma: «*heres meus hominem Stichum Titio dàmnas esto dare*») aveva per effetto la costituzione di un debito per la cosa (es.: lo schiavo Stico) a carico dell'erede e a favore del legatario. Quest'ultimo poteva

dunque, in caso di inadempimento, agire contro il primo con un'azione personale (*actio ex testamento*).

(*a*3) Il **legato con prescrizione di permettere** (*legatum sinèndi modo*), sottospecie del precedente, era produttivo dell'obbligo negativo dell'erede di permettere (*sínere*), cioè di sopportare senza reagire, che il legatario si impossessasse di una certa cosa, non pagasse un certo debito ecc.

(*a*4) Il **legato per prelevamento**, o «prelegato» (*legatum per praeceptionem*) aveva per effetto la costituzione di un determinato diritto assoluto a favore di uno dei coeredi, il quale poteva impossessarsi della cosa prima (*praecípere*) della divisione ereditaria, sottraendola alla stessa.

Questi quattro tipi di legato furono fortemente accostati l'uno all'altro per effetto di un **senatoconsulto Neroniano** (*de legatis*) del I sec. d. C., il quale stabilí, fra l'altro, che un legato per rivendicazione che non potesse valere come tale (es.: perché il testatore aveva legato una cosa altrui) valesse almeno come legato per imposizione di obbligo: quindi, nell'esempio citato, l'erede doveva procurarsi la cosa ed aveva l'obbligo di garantire l'acquisto del dominio al legatario. Nella prassi postclassica e nelle fonti giustinianee i quattro tipi di legato (*genera legatorum*) non furono piú considerati negozi a sé stanti, e le formule di disposizione rimasero distinte soltanto allo scopo di specificare quale fosse l'efficacia che il testatore intendeva attribuire al lascito.

La pratica dei legati fu tanto diffusa in Roma che spesso accadeva che i soggetti distribuissero testamentariamente tutto il loro patrimonio in legati, lasciando all'erede un «*nudum nomen*», cioè soltanto il nome di erede (e il gravoso carico dei culti familiari). Per ovviare a questo inconveniente furono emanate, tra il II ed il I sec. a. C., tre leggi: la Furia, la Voconia e la Falcídia. Quest'ultima dispose la **riserva all'erede** di almeno **un quarto del compendio ereditario** (cd. «*quarta Falcídia*») e che, pertanto, i lasciti esuberanti fossero da ridurre («falcidiare», come si usa dire correttamente ancor oggi) in proporzione.

(*b*) L'**acquisto del legato da parte del legatario** (e quindi l'ingresso dell'oggetto o del diritto legato nel patrimonio di quest'ultimo, con possibilità di essere trasmesso ai suoi successori) era subordinato, come si è detto, all'acquisizione successoria dell'istituito: perciò, se l'istituito era un erede volontario, l'acquisto del legato si sarebbe dovuto rinviare, a rigore, al momento dell'accettazione ereditaria. Ma la giurisprudenza preclassica, considerato che sin dal momento dell'apertura della successione il legato costituiva quanto meno una solida «aspettativa di diritto» per il beneficia-

rio, insegnò che il giorno della **riserva del diritto**, il momento da cui il legato era «riservato» al legatario (*dies cèdens*) coincidesse in ogni caso con la morte del testatore: regola che si applicava sia ai legati puri che a quelli sottoposti ad un termine iniziale certo nel quando. Per i legati sottoposti a termine incerto nel quando oppure a condizione sospensiva era invece necessario attendere il giorno dell'avveramento della circostanza terminale o condizionale, cioè il momento dell'**esigibilità del diritto** (*dies vèniens*).

Le **cause di impedimento** all'acquisto del *legatum* erano, a parte la mancata acquisizione successoria dell'*institutus*, le seguenti: *a*) la invalidità iniziale del *testamentum* o della singola disposizione di legato; *b*) la invalidità sopravvenuta dopo la confezione del testamento, ma prima del *dies cedens* (es.: morte del *legatarius* prima del testatore, perdita della cosa legata per *vindicationem* da parte del testatore ecc.); *c*) la «*ademptio legati*», cioè la «revoca» del *legatum* (in una disposizione successiva dello stesso testamento o nei successivi *codicilli testamento confirmati*) da parte del *testator* (es.: «*non do non lego*», «*heres meus ne dato*»); *d*) la «*translatio legati*», cioè il trasferimento del *legatum* ad altro onorato o a carico di altro onerato disposta nel *testamentum* o in *codicilli testamento confirmati* (es.: «*hominem Stichum, quem Titio legavi, Seio do lego*»).

Nell'ipotesi che venissero meno prima del *dies cedens* le cause di invalidità iniziale, la regola tradizionale (cd. ***regula Catoniana***) era che il *legatum* non fosse ormai piú convalidabile («*quod initio nullum est, non potest tractu temporis convalèscere*»). Ma la giurisprudenza classica manifestò la tendenza ad interpretare questa regola nel senso piú restrittivo.

(*c*) Verso la fine del periodo preclassico invalse l'uso di effettuare lasciti *mortis causa*, anziché per legato, mediante **fedecommesso** (*fideicommissum*), cioè mediante una preghiera informale (*rogatio*) rivolta all'erede (anche se *ab intestato*) oppure al legatario (detti perciò, sotto questo profilo, **onerati**) di trasferire («*rèddere*», «*restitùere*») in tutto o in parte un cespite da loro ricevuto ad un terzo, il **fedecommissario** (*fideicommissarius*), il quale era dunque effettivo beneficiario del lascito e perciò era detto anche «onorato».

La ***rogatio fideicommissaria***, assolutamente scevra di forme prestabilite, poteva essere fatta nel *testamentum*, nei *codicilli* (anche se non *confirmati*) o con qualunque manifestazione verbale. Da essa sorgeva inizialmente un puro impegno d'onore, non un dovere giuridico dell'onerato: il quale in tanto esaudiva la preghiera fedecommissaria, in quanto si sentisse vincolato al fidecommittente da una «intesa fiduciaria». Ma a partire dai tempi di Augusto venne affidato dapprima ai consoli, di poi ad uno speciale pretore (*praetor fideicommissarius*) il compito di provvedere *extra ordinem* acché anche dei fedecommessi fosse assicurata giurisdizionalmente l'esecuzione. Nel corso del periodo classico avanzato la giurisdizione del pretore per i fedecommessi

finí per essere assorbita dalla *cognitio extra ordinem* dei principi: pertanto l'ingresso dei fedecommessi nel mondo del diritto divenne indiscusso e fece sí che essi assumessero carattere surrogatorio (e, in caso di conflitto, addirittura prevalente) non solo rispetto ai legati, ma anche rispetto alle istituzioni di erede.

(*d*) Un'applicazione speciale del *fideicommissum* fu costituita dal cd. **fedecommesso di eredità** (*fideicommissum hereditatis*), cioè dalla richiesta rivolta all'erede di trasmettere, in tutto o in parte, la sua eredità (o la sua quota ereditaria) ad altra persona: cosa resa piuttosto complessa dal fatto che l'eredità era comprensiva di crediti e debiti, di cui la cessione al fedecommesso era tutt'altro che facile.

Un senatoconsulto Trebelliano (56 o 57 d. C.) dispose che il fedecommissario di eredità fosse parificato ad un erede (*heredis loco*) e godesse quindi di azioni ereditarie in via utile. Un successivo senatoconsulto Pegasiano (dell'età di Vespasiano: forse 75 d. C.) stabilí peraltro che, in ogni caso, all'*heres rogatus*, cioè richiesto di trasferire l'eredità al fedecommissario, fosse riservato un quarto dell'asse ereditario (cd. «*quarta Pegasiana*»), ad imitazione della *quarta Falcidia*.

(*e*) Il fedecommisso diventò, in tal modo, un **istituto molto diffuso**, che in periodo postclassico mostrò chiara tendenza ad assorbire in sé quanto meno i legati, tanto piú che per questi ultimi non vennero piú richieste forme determinate. Giustiniano concluse il processo evolutivo equiparando negli effetti i legati ai fedecommessi («*per òmnia exaequàta sunt legata fideicommíssis*»).

INDICE DEGLI ARGOMENTI

Le voci sono riferite al numero d'ordine dei paragrafi. [L'indice è stato curato dal dr. Emilio Germino, che l'autore ringrazia].

Abbandono riparatore 33
abdicazione dalla potestà tutoria 39
abilità negoziale 18
abitazione familiare 28
abuso di potere dei publicani 87
accertamento con condanna 21
— con effetti costitutivi 21
accessione di dominio 44
— di possesso 48
accessorietà del pegno 57
accettazione dell'eredità 94
accettilazione scritta 63
— verbale 63
accidentalia negotii 19
accordo di oppignorazione 57
— simulatorio 18
accusa di tutore sospetto 39
acquirente 44
— di fiducia del patrimonio ereditario 91
acquisizione successoria 94
acquisto del dominio in buona fede 57
— del possesso 30
— — a mezzo di intermediari 30
actus legitimi 19
adempimento delle obbligazioni 62
— parziale 62
adesione del promittente all'interrogante 67
adozione 34
— completa 34
— incompleta 34
— nel diritto giustinianeo 34
— per autorizzazione del popolo 34
— per imperio del magistrato 34
adulterio 35
affectio maritalis 35
affinità 36
affrancazione 46
— dalla schiavitú 9
— giudiziale 46
— per censimento 46
— piena secondo il diritto civile 46
— testamentaria 46
affrancazioni a efficacia ridotta 46
— di diritto onorario 46
— non solenni in periodo postclassico 46
aggiudicazione 24, 44
— di servitú 52
— di usufrutto 53
agnato prossimo 92
agnazione 9
agrimensore 87
agro pubblico 28, 29
albergatore 79
alienante 44
alleanza di affari 76
alluvione 44
alterazione dell'albo pretorio 87
alveo derelitto 44
amministratore del patrimonio ereditario 31
anatocismo 61
animali domestici 28
antecessore 90

antiche leggi 6
anticresi 57
apertura del testamento 91
— della successione 94
appannaggio extradotale 37
appartenenza alla specie umana 9
— privata delle cose 13
appello 27
applicazioni della stipulazione 68
appoggio o sospensione incauti 87
aquae et igni interdictio 9
arbitro 22
armatore di impresa marittima 20
arra confirmatoria 74
— penitenziale 74
arricchimento ingiustificato 83
arrogati 28
arrogazione 34
— per rescritto del principe 34
— testamentaria 34
asse ereditario 91
assegnati di autorità 10
assegnazione del giudice 24
— in prigionia dell'obbligato 22
— magistratuale del tutore 39
— provvisoria dell'oggetto della lite 22
— testamentaria del tutore 39
assenso del curatore dei minori 42
assertore della libertà 46
associazioni 11
assoggettamento quasi servile 10
assunzione bancaria di debito 79
— dell'arbitrato 79
— di responsabilità del comand. di nave 79
— — dell'albergatore 79
— — dello stalliere 79
atti del terzo 14
— emulativi 43
— giuridici 14
— — di autonomia 14
— — illeciti 14
— — leciti 14
attività del mandatario 77
— economica del soggetto 9
— giuridicamente lecita del mandatario 77
— intellettuali 75
attore 21
attribuzione del figlio al marito 36
autonomia familiare 9
autore del delitto 85
— della diffida di nuova opera 45
autorità maritale 33, 36
autorizzazione imperatoria 34
— pontificale 34
— tutoria 39, 40
autotutela 21
autovincolati 10
avulsione 44
azionabilità ex fide bona dei contratti 72
azione 3, 21
— aquiliana 86
— cautelare 21
— con descriz. preliminare della fattispecie 80
— confessoria di servitú 53
— — di usufrutto 53
— da benestare 20
— da devastazione 84
— da gestione di affari contraria 82
— — — diretta 82
— da giuramento confermativo 79
— da stipulazione 67
— del mandante 77
— del mandatario 77
— del patrimonio dotale 37
— di comodato 71
— di dolo 18
— di furto 85
— — nascosto 85
— di legge per presa corporale 22
— — per richiesta di giudice o arbitro 22
— — per ricomparizione 22
— — per rivalsa 22
— — sacramentale 22
— di rapina 85
— di rivendica 45
— di tutela 39
— divisoria del patrimonio ereditario 90
— esecutiva 21
— esemplata 23
— esercitoria 20
— esibitoria 45
— estimatoria 73
— giudiziaria 8
— istitoria 20
— negatoria 45
— — della servitú 52
— — di usufrutto 53
— nossale 84

— Pauliana 89
— penale 84
— per appropriazione indebita 36
— per corruzione di schiavo altrui 87
— per i funerali 82
— per il comprato 73
— per il condotto 75
— per il contenimento dell'acqua piovana 45
— per il locato 75
— per il peculio 20
— per il ricavo 20
— per il socio 76
— per il venduto 73
— per la conferma della sentenza 25
— per la distrazione dei conti 39
— per la restituzione dell'indebito 83
— — di una somma di denaro 70
— per l'integrazione della legittima 93
— per timore 18
— personale 8
— — del mutuante 70
— — di pegno 71
— pigneratizia reale 57
— popolare 84
— processuale 21
— Publiciana 47
— — :applicazioni 47
— reale 8
— — superficiaria 55
— reciproca 71
— redibitoria 73
— reipersecutoria 84
— sacramentale relativa a una cosa 22
— — — alla persona del convenuto 22
— Serviana pignoratizia 57
— sostanziale 21
— tributoria 20
— utile imitativa della rivendicazione 47
azioni adiettizie 20
— arbitrarie 23
— civili 23
— con trasposizione di soggetti 23
— derivanti da locazione di cosa 75
— di buona fede 23
— di legge 22
— di stretto diritto 23
— dirette 23
— inerenti la compravendita 73
— miste 23, 84
— onorarie 23
— penali 23
— — create dal diritto onorario: annualità 84
— — intrasmissibilità attiva 84
— — — ereditaria 84
— — — passiva 84
— — riconosciute dal dir. civ.: perpetuità 84
— personali 23
— reali 23
— reipersecutorie 23
— utili 23

Banchiere 79
bassezza morale 10
beneficio dell'astensione 95
— dell'inventario 95
— della cessione dell'escussione 68
— — delle azioni 68
— della divisione 68
— della separazione 95
beni caduchi 94
— materni 34
— vacanti 94
bilateralità dei contratti 72
bis de eadem re 25

Caccia 44
caduca 94
canone 56
capacità astratta di agire 15
— dei tutori 39
— di agire 15
— — dei nubendi 35
— di essere istituiti eredi 91
— di testare 91
— di unione sessuale dei coniugi 35
caparra 74
capitano della nave 20
capofamiglia 28, 49
carattere prevalente della proprietà pretoria 47
— provvisorio della proprietà pretoria 47
— sostitutivo della proprietà pretoria 47
caratteristiche della locazione di opere 75
caricamento marittimo 75
caso fortuito 88
castrato 35
causa del credito 44
— del matrimonio 35
— della stipulazione 67

— di donazione 17
— di dote 17
— illecita 17
— liberale 46
— negoziale 17
— transazionale 17
causalità delle obblig. primarie da illecito 84
cause a negozi plurimi 17
— di impedimento all'acquisto del legato 96
— efficienti [fonti] dell'obbligazione 58
— che portarono al dominio unificato 48
cauzione di danno temuto 45
— Muciana 19
celibi 94
centumviri 22
cessione davanti al magistrato 44
— — come negozio astratto 44
— del credito ad un terzo 64
— del debito 64
— giudiziale di servitú 52
— — di usufrutto 53
— giudiziaria dell'eredità 94
chiamata alla successione 90
— da testamento 91
— in contrasto col testamento 90
— intestata 92
— legittima 92
chirografi 69
citazione in giudizio 22, 25
città dei Quiriti 5
cittadinanza romana 9
clausola condizionale 19
— modale 19
— stipulatoria 67
— terminale 19
— — della compravendita 74
— influenti sulla efficacia del negozio 19
— pattizie 74
clausula stipulatoria 67
Codice di Giustiniano 5
— Ermogeniano 5
— Gregoriano 5
— Teodosiano 5
codicilli 91
coëmptio 33
cognazione 9
cognizione magistratuale straordinaria 27
— sommaria 27
— straordinaria 27
— — del principe 27
— — del senato 27
cognome 9
collaudo dell'opera 75
collazione a carico dell'emancipato 95
— dei beni 95
— dei discendenti 95
— della dote 95
collegi 11
— di artigiani 11
coloni 10
colonia parziaria 75
colonie 11
colpa del debitore 88
— grave 88
— in concreto 88
— lieve 88
— lievissima 88
comandante di nave 79
commerciabilità delle cose 13
commistione successoria 95
comodato 71
comparsa di attacco 27
— di difesa 27
compensazione 63
Compilazione giustinianea 5
comportamento da erede 94
— esteriore dei coniugi 35
— volontario del debitore 88
composizione delle cose 13
compossesso 31
compratore 73
compravendita 73
— momento perfezionativo 73
compromesso 79
comproprietà 32
comunanza domestica 31
— gentilizia delle terre cittadine 31
comunione 31
— dei diritti assoluti 31
— dominicale 32
— — caratteristiche fondamentali 32
— ereditaria 95
— incidentale 81
— organizzata 31
— solidaristica 31
concedente 56
— in precario 80
concepito 9

concessione della cittadinanza 9
— della libertà 46
— di fondi pubblici 56
— — da parte dello stato 56
concessioni private di superfici edificatorie 55
— temporanee di suoli pubblici 55
concorso di cause estintive 63
concretezza dell'oggetto giuridico 12
concubinato 35
condanna nei limiti delle possibilità 62
— pecuniaria 22
— specifica 22
condizione dei figli sottoposti a potestà 34
— giuridica degli schiavi 46
— potestativa negativa indeterminata 19
— sociale 10
condizioni apparenti 19
— impossibili 19
— meramente potestative 19
— risolutive 19
— soggettivamente incerte 19
— sospensive 19
— terminali 19
condominio 32
conduttore 75
confarreatio 33
conferimenti promessi dai soci 76
conferma della sentenza 25
confessione davanti al magistrato 25
— giudiziale 27
— religiosa 10
confusione del pegno 57
— della servitù 52
— obbligatoria 63
connubio 9, 35
consapevolezza della frode 89
consegna della cosa 44
conseguenze della successione 95
consenso 35
— perseverante dei soci 76
consensualità 72
conservazione del possesso 30
consociato 8
consolidazione dell'usufrutto 53
consorzio dei fratelli eredi 31
— non chiamato a divisione 31
— tra estranei a imitaz. del cons. fraterno 31
constatazioni dirette 27
consuetudine 1
consumabilità delle cose 13
contestazione della lite 23, 25
contitolarità delle situazioni soggettive 31
— di singoli diritti assoluti 31
— di un intero patrimonio 31
contrarietà all'atto da parte del derubato 85
contratto a favore di terzi 67
— d'opera 75
— di compravendita imperfetto 73
— di lavoro 75
contumelia 87
convalidazione del negozio giuridico 16
convenuto 21
convenzione a vantaggio di estranei 67
— di pegno 57
— estimatoria 80
conversione del negozio giuridico 16
convivenza di fatto 35
convocazione dei testimoni della lite 22
— in giudizio 27
corporazioni 11
Corpus iuris civilis 5
correlazione con la destinaz. economica 53
— con la persona dell'usufruttuario 53
corruzione di schiavo altrui 87
cosa 13
— giudicanda 25
— giudicata 25
— locata 75
— usucapibile 48
cose abbandonate 44
— commerciabili 13
— consumabili 13
— deteriorabili 13
— di effettiva appartenenza privata 13
— di nessuno 13
— divisibili 13
— economicamente composte 13
— fruttifere 13
— fungibili 13
— immobili 13
— incommerciabili 13
— inconsumabili 13
— indivisibili 13
— infruttifere 13
— infungibili 13
— mancipi 13
— materialmente composte 13
— mobili 13

— nella disponibilità di tutti 13
— non mancipi 13
— pubbliche 13
— semplici 13
costituto possessorio 48
costituzione Antoniniana 6, 9
costituzione della dote 37
— della patria potestà 34
— di usufrutto 53
— — mediante accordo più stipulazione 53
— di servitú regolare 52
— — mediante accordo più stipulazione 52
— — mediante legato per rivendicazione 52
costituzioni imperiali 6
credito trascritto 69
creditore 60
criteri eccezionali a favore del debitore 88
— — a sfavore del debitore 88
cumulatività delle obbligazioni primarie da illecito 84
cura dei minorenni 42
— — evoluzione storica 42
curatele 41
curatore dei minori 42
— — nomina magistratuale 42
— del ventre 9, 92
— del patrimonio dissestato 26
— del pazzo 41
— — funzioni 41
— del prodigo 41
— dell'impubere 41
— della donna 41
— legittimo 41
— onorario 41
— speciale 42
curatori dei minorati 41
— tutelari 41

Danaro contante 73
danneggiamento per disordini popolari 87
— ingiusto 86
— — requisiti essenziali 86
danno emergente 86
— morale 86
— patrimoniale 86
dazione a castigo (a nossa) 84
— della cosa oppignorata 57
— di dote 37
— di pegno 57
— in pagamento 62
— — necessaria 62
— — volontaria 62
— in prova 80
— per uno scopo turpe o ingiusto 83
— senza scopo 83
debitore 60
decemviri giudiziali 22
decisione senza contestazione della lite 25
decremento del patrim. del padre o padrone 15
decreto di autorizzaz. a proseguire i lavori 45
deditizi Eliani 10
deduzione di servitú 52
— di usufrutto 53
defensores 25
deferenza del liberto 10
delazione dell'eredità 94
delegazione 64
— di credito 64
— di debito 64
— di pagamento attiva 64
— — passiva 64
delimitazione 24
delitti civilistici 85
denominazione individuale 9
denuncia della lite 27
denunzia di nuova opera 45
deponente 71
deposito 71
— irregolare 71
— necessario 71
— presso un sequestratario 71
descrizione 24
destinatario della diffida di nuova opera 45
destinazione del padre di famiglia 52
destituzione del tutore Atiliano 39
detenzione 29
— o possesso della cosa fruttifera 44
determinabilità della prestazione 61
determinatezza della prestazione 61
devastazione 84
devoluzione 56
diffamazione 87
Digesto o Pandette 5
dipendenza del danno da atto altrui 86
diritti reali 28
diritto 2, 8
— civile antico 6
— — nuovo o moderno 6

— dei Quiriti 6
— del concessionario 56
— dell'anello d'oro 10
— delle genti 4
— di abitazione 54
— di accrescimento 32, 95
— di alienare 33
— — l'oggetto del pegno 57
— di dare a castigo 33
— di esposizione 33
— di opzione 56
— di possedere l'oggetto del pegno 57
— di ritenzione dell'oggetto del pegno 57
— di usare la cosa e percepirne i frutti 53
— di vita e di morte 33
— esclusivo dei Romani 4
— nuovo o aggiornato 6
— pretorio o onorario 6
— privato romano 4
— soggettivo 3
— su terreno vettigalista 56
— sui frutti senza uso della cosa 54
— vetusto 6
discordanza tra volontà e manifestazione 18
diseredazione 91
disponibilità privata dell'oggetto giuridico 12
— — delle cose 13
disposizioni a titolo particolare 96
dissenso dei soci 76
dissipatore dei beni di famiglia 15
distanze immobiliari 48
distruzione della cosa oggetto del pegno 57
divieto dell'abbandono dei beni immobili 48
— dell'identità di causa 25
divisibilità economica delle cose 13
divisione della comunione 32
— giudiziale della comunione 32
— tra i figli 91
— volontaria della comunione 32
divorzio 35
— immotivato 35
— per colpa 35
— per fondati motivi 35
do acché tu dia 80
— acché tu faccia 80
documenti scritti 27
Dodici Tavole 6
dolo del debitore 88
— determinante 18
— malevolo 18
domanda della bonorum possessio 94
domicilio 9
dominio 48
— fondiario 43
— immobiliare 43
— quiritario 28 43
— unificato 48
— unitario 48
domino civilistico 86
— del suolo 55
— di una quota 32
— parziale 31
dominus negotii 82
donazione a causa di morte 90
— obnuziale 37
— tra coniugi 36
donne di malaffare 94
— sottoposte alla mano maritale 9
doppio dominio 47
dote 37
— costituita dal pater familias 37
— recettizia 37
— sopravveniente da un estraneo 37
dovere giuridico 3
durata del possesso 48
— della locazione 75

Ebrei 11
eccezione 24
— da giuramento contestativo 79
— da patto di non esigere 63
— della legge Letoria 42
— di avvenuta alienazione e consegna 47
— di dolo 18
— di giusto dominio 45
— di identità di causa 25
— di intervenuto patto 79
— di mancato versamento del danaro 67
— di timore 18
eccezioni dilatorie 24
— perentorie 24
— suddistinzione 24
edili curuli 73
edilizia 48
editto de pactis 79
— perentorio 27
effetti costitutivi di rapporti giuridici 14
— del matrimonio 36

— delle clausole terminali e condizionali 19
— estintivi di rapporti giuridici 14
— giuridici 14
— modificativi di rapporti giuridici 14
— secondarî della novazione 64
effetto caratteristico della novazione 64
efficacia del matrimonio 35
elementi accidentali della formula 24
— costitutivi del contratto di società 76
— — del mandato 77
— — della compravendita 73
— — della locazione di cosa 75
— essenziali del negozio giuridico 17
— — del negozio matrimoniale 35
emancipazione 9, 34
— Anastasiana 34
— per rescritto del principe 34
enfiteusi 49, 56
— alienabilità a terzi 56
— trasmissibilità agli eredi dell'enfiteuta 56
enfiteuta 56
enti non corporali 11
erede volontario 91
eredi 90
— necessarî 94
— necessitati 94
— proprî del defunto 92
— volontarî 94
eredità 90
— giacente 11, 94
eretici 11
ermafroditi 35
errore del solvente 83
— dell'accipiente 83
— di diritto 18
— di fatto 18
— nell'identificaz. dell'oggetto giuridico 18
— nella designazione esteriore 18
— sul tipo di negozio giuridico 18
— sull'identificaz. del soggetto giuridico 18
— sulla denominaz. del negozio giuridico 18
— sulle dimensioni dell'oggetto giuridico 18
— sulle qualità essenziali dell'ogg. giurid. 18
erus 86
esattezza dell'adempimento 62
esecrato 9
esecutività ufficiale 27
esecuzione forzata 25
esilio 9
esistenza 9
esogamia 35
espensilazione 69
esposizione dell'azione 25
espropriazione per pubblica utilità 48
esseri anormali 9
estimazione giudiziale 44, 45
estinzione del possesso 30
— dell'usufrutto 53
— della patria potestà 34
— delle obbligazioni 63
— delle servitú 52
— di una servitú regolare 52
estraneità dell'oggetto al soggetto attivo 12
eunuco 35
evento di danno 86, 89
evizione 73
evizione nella locazione 75
ex-liberti 10
extraromanità 10

Faccio acché tu dia 80
— acché tu faccia 80
facoltà 3
fallito 26
falso in misurazioni agrarie 87
famiglia in senso lato 9
— in senso stretto 9
famiglie 28
fanciullo 9
fatti costitutivi dell'autonomia familiare 9
— — della libertà 9
— — della mano maritale 33
— — della schiavitú 46
— — della tutela degli impuberi 39
— — delle obbligazioni verbali 66
— — e/o estintivi del dominio quiritario 44
— di accessione 44
— di assegnazione giudiziaria 44
— di confusione 44
— di occupazione 44
— di specificazione 44
— di usucapione 44
— estintivi del pegno 57
— — dell'autonomia familiare 9
— — della cittadinanza romana 9
— — della libertà 9
— — della mano maritale 33
— — della schiavitú: prescrizione lunga 46

— — delle obbligazioni 63
— — e modificativi delle obbligazioni 64
— giuridici 14
— — involontari 14
— — volontari 14
— modificativi della tutela degli impuberi 39
— — delle obbligazioni 64
— naturali 14
— notori 25
— traslativi del dominio quiritario 44
fatto costitutivo della cura dei minori 42
favore per il promittente 67
— per la libertà 9
fedecommessi 90
fedecommesso 96
— di eredità 96
fedecommissario 96
fedeltà 36
fedepromessa 68
fenomeno del credito 58
fidanzamento 35
fideiussione 68
fiducia 18, 57, 70
— cum amico 70
— cum creditore 57
figli nati in costanza del matrimonio 36
— naturali 35
figure anomale di condizione 19
finalità dei conferimenti promessi 76
— temporalmente indefinite 76
finzione della legge Cornelia 9
— di un requisito civilistico 23
fiscus Caesaris 56
fondazioni 11
forma del matrimonio 35
— negoziale 17
— — vincolata 17
formale interdizione del prodigo 41
formaz. viziosa della volontà manifestata 18
forme testamentarie speciali 91
— variabili della locazione d'opera 75
formula di giudizio 23
— di richiesta 45
forza maggiore 88
fratturazione ossea 85
frode dei creditori 89
frutti della cosa locata 75
fruttificazione 44
funzione amministrativa 1
— costituente 1
— direttiva 2
— giurisdizionale 2
— legislativa 1
— sanzionatoria 1
— sociale delle cose 13
furto 85
— d'uso 85
— di cose mobili del marito 36
— flagrante 85
— nascosto 85
— non esibito 85
— non flagrante 85
— o danno a carico del cliente ospitato 87
— proibito 85
— qualificato 87
— requisiti essenziali 85
— trasferito 85

Gaio 5
garanzia reale 57
gens 9
gestione di affari 20, 82
— — di un altro 82
— — storia dell'istituto 82
— non da mandato 82
— utilmente intrapresa 82
gestore di affari 82
getto di merci in mare 75
giorno della esigibilità del diritto 96
— della riserva del diritto 96
giudice 22
giuramento confermativo 79
— contestativo 79
— davanti al magistrato 25
— giudiziale 27
— libero 79
— sacrale 22
— sul valore della cosa 45
— sulla cosa contestata 25
giurisdizioni e procedure speciali 27
giurisprudenza 6
— classica 5
giuste ragioni di trasferimento 44
giusto matrimonio 9, 35
governo 1
gratuità del deposito 71
— del mandato 77
guadagno a causa di morte 90

guaribilità del pazzo o prodigo 41

Identità del soggetto giuridico 9
illimitatezza delle facoltà del domino 43
imitazione estensiva di un'azione originaria 23
immissione conservativa nel patrimonio 26
immissioni in possesso 26
— nel fondo altrui 43
impedimento all'acquisiz. per testamento 94
imposizione autoritaria di servitú legali 48
impossibilità non imputabile 63
— sopravvenuta della condizionante 19
impostazione della causa 25
impotente 35
imprenditori 9
impuberi 15
impugnabilità della sentenza 27
imputazione dei pagamenti 62
inadempimento della promessa di dote 36
— imputabile 88
— non imputabile 88
incapacità del successore 94
incesto 35
incrementi fluviali 44
incremento del patrim. del padre/padrone 15
indegnità successoria 94
indeterminatezza di soggetti 60
individualità delle obbl. primarie da illecito 84
individuazione dei varî negozi 17
inedificazione 44
inefficacia del contratto di compravendita 73
infami 10
infanti 15
ingaggiati 10
ingenui 9
ingiuria 85
— qualificata 87
— semplice 85
ingiustizia dell'atto dannoso 86
intenzione di novare 64
intercapedine periferica 43
interdetti 26, 30
— per il recupero del possesso 30
— per l'ottenimento del possesso 30
— per la ritenzione del possesso 30
— relativi alle servitú 52
interdetto demolitorio 45
— esibitorio 26
— fraudatorio 89
— per l'uscita dal fondo 57
— proibitorio 26
— quem fundum 45
— quod vi aut clam 45
— quorum bonorum 95
— restitutorio 26
— Salviano 57
— sul taglio degli alberi 43
— sulla raccolta dei frutti 43
interdizione dall'acqua e dal fuoco 9
interrogatorio giudiziale 27
intervalli di lucidità 41
intesa fiduciaria 18
intromissione 95
inusucapibilità delle cose prese con violenza 44
— delle cose rubate 44
inutilizzazione dell'usufrutto 53
— delle servitú positive 52
invalidità della stipulaz. per dopo la morte 67
— — relativa a terzi 67
ipoteca 49
ipotesi di pluralità di successori 95
— tipica della proprietà pretoria 47
isola 43
— nata nel fiume 44
istituzione di erede 91
Istituzioni di Gaio 5
— di Giustiniano 5
istituzioni giuridiche tradizionali 6
— sociali 1
istruzione probatoria 27

Ladro 85
Latini 10
— coloniarii 10
— Eliani 10
— Iuniani 10
— originari 10
— prisci 10
laudemio 56
legatario 96
legato 96
— con prescrizione di permettere 81, 96
— per imposizione di obbligo 81, 96
— per prelevamento 96
— per rivendicazione 96
— — costitutivo di servitú 52
— — — di usufrutto 53
legge Canuleia sul connubio 35

— Cincia 17
— del taglione 85
— Ebuzia 23
— Elia Senzia 46
— Fufia Caninia 46
— Giulia sugli adulteri 10, 36
— — sui giudizi privati 23
— — sul matrimonio 35
— Giunia Norbana 46
— Letoria o Pletoria 42
— (plebiscito) Aquilia 86
— Rodia 75
leggi imperiali 6
— limitative delle affrancazioni 46
— pubbliche 6
legittima 93
legittimazione dei figli naturali 35
lesione enorme 73
liberi in mancipio 33
— naturali 35
libertà 9
— delle forme dei contratti 72
liberti 9
— dipendenti da nessun patrono 10
— orcini 10
libertini 9
libertinità 10
libro cassa familiare 69
liceità della prestazione 61
lido del mare 13
limitatezza dell'oggetto giuridico 12
limitazioni al dominio immobiliare 43
lite 21
litisconsorzio 25
litiscontestazione 23, 25
locazione conduzione 75
locazione di cosa 75
— di opera 75
— di opere 75
— di servizi 75
luci e prospetti degli edifici 48
lucro cessante 86

Magister navis 20
mancanza della diligenza dell'uomo medio 88
mancata difesa 25
— — del convenuto per rivendica 45
mancipazione 44
— come negozio astratto 44
— del patrimonio ereditario 91
— di servitù 52
mancipio 28, 29
mandante 77
mandatario 77
mandato 77
— di compiere atti illeciti 77
— di credito 77
— indeterminato 77
— nell'interesse comune 77
— — del mandante 77
— — di un terzo 77
— per interessi plurimi 77
— precedenti 77
manifestazione della volontà negoziale 18
mano 28
— maritale 33
manomissione 9, 46
— piena 9
manutenzione della cosa locata 75
materia del possesso 30
matrimoni invalidi 35
matrimonio 35
— con mano maritale 35
— senza mano maritale 35
— tra affini 35
— tra cognati 35
menomazione dell'integrità fisica 85
mensa argentaria 79
mera capacità di agire 15
— obbligatorietà dei contratti 72
mercati settimanali 9
merce 73
mercede 75
meri atti giuridici 14
merito del giudizio 24
mero accertamento 21
mezzi complement. delle proced. formulari 26
— di prova 25
— giudiziari concessi ai creditori frodati 89
— — del creditore per essere reintegrato 80
— — — per ottenere la controprestazione 80
— — — per riottenere la cosa data 80
miniere 48
minori di venticinque anni 15
modo 19
momento iniziale del consenso 35
monogamia 35
mora del creditore 62

— del debitore 89
— — effetti 89
— solvendi 89
— — effetti 89
more uxorio 35
mores maiorum 6
morte dell'usufruttuario 53
— dello schiavo 46
motteggio 87
municipî 11
muro comune 43
mutamento dello stato dei luoghi 52
mutuo 70
— riguardo 36

Nascita 9
— da schiava 46
nazioni esterne 10
negozi a distanza 20
— a forma complessa 17
— a prestazioni corrispettive 17
— costitutivi del pegno 57
— di cortesia 18
— documentali 17
— formali 17
— giuridici 16
— illegittimi 17
— in frode alla legge 17
— indiretti 18
— librali 17
— verbali 17
negozio disattivato 16
— fittizio 18
— imperfetto 16
— incompleto 16
— ingiusto 16, 17
— inutile 16
— nefando 17
— nefasto 16
— tacito 18
— utile 16
nemico pubblico 9
nemini res sua servit 50
nexi 10
nome familiare 9
— gentilizio 9
normalità psichica e fisica 15
normativa giuridica 2
norme giuridiche 2
— sociali 1
nossalità delle obblig. primarie da illecito 84
notaio 95
nova negotia 80
novazione 64
— oggettiva 64
— soggettiva attiva 64
— — passiva 64
Novelle giustinianee 5

Obbligato 60
obbligatorietà del curatore dei minori 42
obbligazione alimentare 81
— assunta mediante nudo patto 59
— di eseguire la condanna 25
— di garanzia 44
— estinta per prescrizione 59
— naturale del pupillo 59
— parziaria 60
— solidale 60
— tipica del conduttore 75
— — del locatore 75
— — del mandatario 77
— — del venditore 73
— — di ciascun socio 76
obbligazioni 8
— a soggetto indeterminato 60
— alternative 61
— ambulatorie 60
— contratte 65
— cumulative 60
— da accordi innominati 80
— da cause ingiustificate 83
— da cause non convenzionali 81
— da contratto consensuale 72
— — — caratteri generali 72
— da libera gestione di affari 82
— da patto 79
— da stipulazione 67
— derivanti da causa non contrattuali 78
— — da illeciti 84
— di responsabilità primaria 58, 84
— — secondaria 58, 88
— facoltative 61
— generiche 61
— indivisibili 61
— letterali 58, 69
— multiple 60
— naturali 59

— — dei figli in potestà 59
— — dei soggetti giuridicamente svalutati 59
— negative 61
— non contrattuali 78
— onorarie 59
— passive in proprio 15
— penali 60
— — da delitto 60
— positive 61
— reali 58, 70
— — in senso improprio 71
— solidali 60
— solidalmente cumulative 60
— verbali 58, 66
obbligo 3
— del donatario di remunerare il donatore 59
— del liberto di prestare operae al patrono 59
— del mutuatario 70
— del padre di dotare la figlia in potestà 59
— della moglie di autodotarsi 59
— di pagare la mercede 75
— eventuale del mandante 77
offesa al pudore 87
oggetti 8
— giuridici 12
oggetto del dominio civilistico 43
— del mancipio 28
— del pegno 57
— della lite 22
— delle obbligazioni 61
— giuridico 3
omissione degli eredi propri 93
— dei discendenti liberi 93
onerati 96
onere 3
— della prova 25
oneri del matrimonio 37
— reali 60
opere degli animali 54
— degli schiavi 49, 54
— pie 11
oppignorazione 71
orbi 94
ordinamento giuridico 2
— statale 2
ordine di giudicare 24
— giuridico 2, 14
— sociale 1
ordo unde cognati 92
— — legitimi 92
— — liberi 92
— — vir et uxor 92
origine 9
origini del precario 80
ottemperanza alla legge Giulia Papia 35

Padre di famiglia 9
pagamento degli interessi di mora 89
— del prezzo 73
— dell'indebito 83
pagani 11
parapherna 37
parentela naturale 9
parte della formula a favore del convenuto 24
— — — dell'attore 24
parti processuali 25
parto regolare 9
parzialità del giudice 87
pascoli stagionali 30
passaggio attraverso fondi 48
paterfamilias 9
— vistosamente incapace 38
patria potestà 33, 34
patrimonio 8, 91
— giuridico 3
— pupillare 39
patrocinatori 25
patronato 10
patti pretorii 79
patto 79
— commissorio 57, 74
— di arbitrato da compromesso 79
— di donazione 79
— di dote 37
— di non esigere 63
— di non gradimento 74
— di pagamento ridotto 62
— di ricompera 74
— di riserva di un termine 74
— di rivendita 74
pazzia degli eretici 11
pazzo evidente 15
peculio avventizio 34
— castrense 34
— profettizio 34
— quasi castrense 34
— servile 46
pegno 49, 57

— convenzionato 57
— dato 57
— necessario 57
— — giurisdizionale 57
— — legale 57
— promesso 57
— risultante da atto pubblico 57
— — da scrittura privata
— volontario 57
penalità delle obbligaz. primarie da illecito 84
percezione dei frutti 44
perduranza del consenso delle parti 77
periodo arcaico 5
— classico 5
— del lutto 35
— postclassico 5
— preclassico 5
permuta 80
perpetuatio obligationis 89
persona 8
— giuridicamente autonoma 9
— subordinata a mancipio 33
— sui iuris 9
personalità della prestaz. del locat. di opere 75
persone giuridicamente dipendenti 9
— giuridiche 11
— minorate 15
pertinenza 13
pesca 44
peritum processuale 24
petizione di eredità 95
piacevolezza attrattiva 50
piantagione 44
pictura 44
piombatura 44
pittura 44
plebaglia 9
pluralità di soggetti 60
podere ereditario 28
pontefici 6
possesso 29
— a proprio conto 29
— civile 29, 48
— come rapporto giuridico 30
— da concessione 30
— di diritti 30
— elaborazione giurisprudenziale 30
— extragiuridico 29
— interdittale 30
— — anomalo 30
— — normale 30
— naturale 29
— para-ereditario del patrimonio 26
— — — contro il testamento 93
— — — secondo il testamento 91
— — — senza testamento 92
— per conto di altri 29
— per se stesso 30
— su iniziativa privata 30
— sviluppo storico 29
possessore del diritto 30
— effettivo 45
— fittizio 45
possibilità della prestazione 61
posta sacramentale 22
postliminio 9
postumi 91
— adgnati 91
— alieni 91
— altrui 91
— propri del testatore 91
— sui 91
potere giuridico 3
poteri del creditore pignoratizio 57
potestà 28
— dominicale 46
— familiari spettanti al folle 41
— padronale 28, 46
— paterna 33
— sui liberi subordinati a mancipio 33
praestare custodiam 88
precario 80
precarista 80
prediatura 66
prelegato 96
premessa 24
prenome 9
presa corporale stragiudiziale 22
prescrizione acquisitiva per lungo tempo 47, 48
— — per decorso di lunghissimo tempo 48
— estintiva del credito 63
presenza delle parti 25
prestazione 61
— degli interessi 61
— di rendita 61
— in luogo di adempimento 62
prestito ad interesse marittimo 70
presunzione muciana 36

presunzioni giuridiche 27
presupposti di un matrimonio giusto 35
— giuridici 19
presupposto della successione 90
pretesa 3
pretore delle cause di libertà 46
— fedecommissario 96
prevalenza della vocaz. testam. sull'intestata 90
prezzo 73
prigionia di guerra 9, 46
principali testamenti ordinari 91
principato 5
principio di utilizzazione negoziale 16
— esogamico 35
— monogamico 35
privilegio della figliolanza 10, 35, 40
procedibilità contumaciale 27
procedimento davanti al giudice 22, 23, 25
— davanti al magistrato 22, 23, 25
— su rescritto del principe 27
procedure formulari 23
— per mezzo di azioni di legge 22
— straordinarie 27
processo cautelare 21
— di accertamento 21
— di cognizione 21
— di esecuzione 21, 27
— dichiarativo 21
— giurisdizionale 21
procura nell'interesse del procuratore 64
procuratore 20
— apparente 20
— generale 20
— in senso proprio 20
— speciale 25
prodigo 15, 38, 41
produttività delle cose 13
profferta pubblica 81
promessa di dote 37, 68
— di salvaguardia del patrim. del pupillo 39
— giurata del liberto 10, 66
— personale 45
promesse con garanzia di terzi 26
— imposte dal pretore 26
— semplici 26
promittente aggiuntivo 68
pronunzia di dote 37, 66
proprietà pretoria 43, 47
proprietà provinciale 43, 47
proprietario del fondo dominante 50
— — servente 50
protrazione dell'obbligazione 89
prova dell'adempimento 62
pubblicazione del testamento 91
pubertà 15

Qualificazione come negozio lecito 17
quarta Falcidia 96
— Pegasiana 96
quasi possesso 30
— tradizione 52, 53
— usufrutto 54
quietanze 62

Raggiro 18
ragione naturale 4
ragioni di esenzione scusabile 39
rapina 85
— qualificata 87
rapporti affini al dominio quiritario 47
— — all'usufrutto 54
— analoghi all'usufrutto 49
— assoluti di garanzia 57
— — dominicali 43
— — familiari 33
— — in senso improprio 3, 49
— — parafamiliari 38
— — — sviluppo storico 38
— — su cosa altrui 49
— — — limitaz. del dominio originario 49
— dominicali 28
— familiari 28
— giuridici ad esecuzione coatta 3
— — ad esecuzione libera 3
— — assoluti 3, 28
— — — sviluppo storico 28
— — di debito 3
— — di responsabilità 3
— — privati 3
— — pubblici 3
— — relativi 3, 58
— intersoggettivi 8
— paradominicali 28
— parafamiliari 28
— reali di garanzia 49
— — di godimento 49
— relativi di debito 58
— — di responsabilità 58

rapporto giuridico 3
rappresentanza 20
— diretta 20
— indiretta 20
rappresentato 82
reciproca capacità matrimoniale 35
reclamo contro il testamento impietoso 93
— contro la donazione impietosa 93
regime della dote nel diritto postclassico 37
— della restituzione della dote 37
— delle acque 48
regiudicata 25
regolamento di debito 79
regula Catoniana 96
reintegrazione della vittima del dolo 18
— — per timore 18
remissione della servitú 52
rendita perpetua 61
— vitalizia 61
repubblica nazionale romana 5
requisiti della prestazione 61
requisiti normali degli oggetti giuridici 12
requisiti regolari della capacità di agire 15
rescissione della vendita per lesione enorme 73
responsabilità commisurate alla diligenza 88
— dei tutori degli impuberi 39
— massima 88
— oggettiva 84
— per evizione 73
— per i vizi occulti della merce 73
— praticamente illimitata 88
restituzione dei frutti 45
revoca del testamento 91
— in schiavitú 46
— unilaterale del mandante 77
ricettazione 85
richiesta di adempimento 89
— di condanna 24
— — relativa a somma da determinarsi 24
— — — a una somma predeterminata 24
ricostruzione della nascita 10
riduzione del negozio giuridico 16
— in schiavitú per provved. di governo 46
riferimento del furto alle sole cose mobili 85
rinnovazione tacita della locazione di cosa 75
rinuncia al pegno 57
— all'eredità 94
— all'usufrutto 53
rinunzia unilaterale del mandatario 77
ripartizione e assegnaz. dell'ager publicus 43
ripetizione dell'usufrutto 53
ripristino integrale 26, 42
— dei creditori frodati 89
ripudio 35
— esplicito 35
riscattati dalla prigionia 10
rischio connesso al perimento della merce 73
riserva all'erede 96
— mentale 18
ritenzione della dote 37
— — per i figli 37
— — per il malcostume 37
— — per le cose donate 37
— — — sottratte 37
— — per le spese sostenute 37
rittovamento di un tesoro 44
rivendicazione dell'usufrutto 53
— della servitú 52
— in libertà 46
— in servitú 46

Saccheggio in occasione di calamità 87
saldatura 44
sanatoria 89
scambio di comparse 27
scelta del tutore illimitata 40
— — limitata 40
schema di giudizio 23
schemi dei contratti innominati 80
schiavi del fisco 10
schiavitú: evoluzione storica 46
schiavo fuggitivo 30
scioglimento del matrimonio 35
— per mezzo di atto librale 63
scritturazione 44
scritturazioni 17
seconde nozze 35
sede del soggetto giuridico 9
seminagione 44
senatoconsulto Neroniano 96
— Orfiziano 92
— Pegasiano 96
— Tertulliano 92
— Trebelliano 96
sentenza giudiziale 22, 25, 27
sentimento maritale 35
separazione dei beni del defunto 95
— dei frutti 44

servi 9
— della gleba 10
servitù 52
— anomale 51
— categoria generale 50
— concorso dei due titolari 50
— di acquedotto 51
— di cammino 51
— di condurre 51
— di strada 51
— inalienabilità del diritto 50
— indivisibilità del rapporto 50
— irregolari 51
— legali 48
— mancipi 51
— negative 52
— non mancipi 51
— perpetuità della causa 50
— possibilità del rapporto 50
— prediali 49, 50
— — come paradigma 50
— — in periodo postclassico 50
— — principi caratteristici 50
— — regime 52
— — tipicità delle esplicazioni 50
— pretorie 51
— provinciali 51
— regolari 51
— rustiche 28, 51
— storia dell'istituto 50
— urbane 51
sesso femminile 10, 15
— maschile 15
sfida al giuramento sacrale 22
silenzio 18
singrafa 69
sistemi normativi 6
— procedurali 21
situazioni giuridiche attive 8
— — passive 8
società 11, 76
— a termine 76
— leonina 76
— lucrativa generale 76
— per il commercio degli schiavi 76
— per l'appalto del reddito di imposte 76
— per l'esercizio dei prestiti ad interesse 76
— — dell'attività bancaria 76
— politica 1
— universale 76
sodalizi 11
soddisfazione 62
soggetti attivi 57
— — del dominio civilistico 43
— delle obbligazioni 60
— giuridici 3
— — costituenti la dote 37
— — immateriali 11
— — incapaci di agire 38
— — incorporali 11
— — integrali 9
— — limitati 10
— passivi del dominio 43
soggetto attivo 3
— — dell'adempimento 62
— passivo 3
— — dell'adempimento 62
— — vincolato a titolo metaforico 58
soggezione 3
solario 55
sorveglianza sulla condotta del pupillo 39
sostituzione al pupillo 39
— dell'erede 91
— giuridica 20
— materiale 20
— nell'attività negoziale 20
— ordinaria 91
— pupillare 91
sottoposizione a mano maritale 9, 33
sottoposte a tutela 40
sovranità 1
spazio di confine 43
specificità della condanna 27
spese incontrate dal convenuto 45
sponsorizzazione 67, 68
stalliere 79
stato 1
statuto della cittadinanza 8
— della libertà 8
— familiare 8
— personale 8
stipulante aggiuntivo 68
stipulazione 67
— aggiuntiva 68
— Aquiliana 68
— di penale 68
— origini e primi sviluppi 67
— relativa a terzi 67

— (tipicamente) classica 67
— — — contestualità delle dichiarazioni 67
— — — forma verbale 67
— — postclassica 67
— — — identificabilità del consenso 67
stipulazioni di garanzia 68
— novatorie 68
— pretorie 26
stranieri aggregati in città 10
— deditizi 10
— in senso stretto 10
stretto conoscente (cognitor) 25
struttura delle formule processuali 24
— potestativa della tutela 39
stupro 35
subordinazione del prestatore di lavoro 75
superficiario 55
successione a causa di morte in cespiti singoli 96
— dei figli alla madre 92
— della madre ai figli 92
— necessaria 93
— nel patrimonio privato 90
— nell'intero patrimonio 90
— per fedecommesso 96
— per legato 96
successore 90
superficie 49, 55
— sviluppo storico 55
surrogabilità delle cose 13
svalutazione giuridica massima 8
— — media 8
— — minima 8
— personale 8
— — dell'usufruttuario 53

Taglio furtivo di alberi altrui 87
tasso di interesse 61
tavolette cerate 91
temporaneità dell'usufrutto 53
termine finale 19
— iniziale 19
— per deliberare 94
terre cittadine: divisioni e assegnazioni 31
tesi attrice 24
— — riferita a un diritto 24
— — riferita ad un fatto 24
tessitura 44
testamenti factio attiva 91
— — passiva 91
testamento 91
— abbandonato 91
— contenuto essenziale 91
— disertato 91
— fatto in campagna 91
— — in tempo di epidemia 91
— inefficace 91
— infranto 91
— librale 91
— militare 91
— pretorio 91
— sul piede di guerra 91
— tripartito 91
testimoni 27
timore negoziale 18
tintura 44
tipi anomali di obbligazioni 59
— di servitú prediali 51
titolare dell'affare 82
titolo del possesso 48
— esecutivo 25
tradizione 48
— della cosa 44
— fittizia 44, 48
— imperfetta 52, 53
trafugamento di una cosa del derubato 85
transazione 80
trasmissione della delazione agli eredi 94
trasportabilità delle cose 13
trasposizione di soggetti 23
trattazione della causa 27
tribunale 22
trinoctii usurpatio 35
tutela come istituto di assistenza 39
— degli impuberi 39
— del dominio dalle altrui aggressioni 45
— — — dalle altrui insidie 45
— della comunione 32
— delle donne 40
— giudiziaria dello stipulante 67
— giurisdizionale del successore 95
— statale 21
tutore Atiliano 39
— — della donna 40
— cessionario 40
— decretale 39
— dell'impubere: funzioni 39
— della donna funzioni 40

— di gradimento 40
— fiduciario 40
— legittimo 39
— — della donna 40
— testamentario 39
— — della donna 40
tutori speciali 39

Udienza episcopale 27
ufficiali giudiziari statali 27
ufficialità del procedimento 27
ultrasettenni 15
unione degli schiavi: convivenza 46
— matrimoniale futura: inammissibilità 36
— paramatrimoniale 35
unità del procedimento 27
universalità di cose 13
uso 29
— autorizzato 29
— della cosa comodata 71
— maritale 33
— pacifico e ostentato 29
— prolungato 29
— senza frutto 54
usucapione 48
— a titolo di erede 94
— della libertà del fondo 52
— di servitù 52
— di usufrutto 53
usufrutto 49, 53
— caratteristiche essenziali 53
— sviluppo storico 53
— tutela 53
usufruttuario 53
utilità dell'oggetto giuridico 12
— oggettiva del rapporto 50
utilizzazione dei negozi inutili 16

Vadiatura 66
vadimonio giudiziale 25
— stragiudiziale 25
valutabilità economica della prestazione 61
vectigal 56
vendita a realizzazione differita 73
— all'asta 74
— di speranza 73
— forzata del patrimonio 26
— — parcellare 26
— per distrazione 73
venditore 73
verificazione della circostanza 19
versamento o getto incauti 87
Vestali 40
vice sacra 27
vicende del dominio quiritario 44
— delle obbligazioni 63
violazione dell'affetto verso i parenti 93
— di sepolcro 87
violenza morale 18
vis compulsiva 18
— maior 88
vittima del furto 85
— dell'azione ingiuriosa 85
vocazione alla successione 90
— contro il testamento 90, 93
vocazione intestata 90, 92
vocazione testamentaria 90
volontà coniugale 35
— dell'autore del negozio 18
— della frode 89
— delle parti 67
— di possedere 30
— negoziale 18
volontarietà del danneggiamento 86
— dell'effetto furtivo 85
voto 81

Stampato nel luglio 2002
nelle officine grafiche
della Grafitalia s.r.l.
Cercola (Napoli)

