



DISPENSA DI

ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO

EDIZIONE A.A. 2021 - 2022

A cura di Caromani Carlotta



Questa dispensa è scritta da studenti senza alcuna intenzione di sostituire i materiali universitari. Essa costituisce uno strumento utile allo studio della materia ma non garantisce una preparazione altrettanto esaustiva e completa quanto il materiale consigliato dall'Università.

ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO

- ❖ Il termine **Istituzioni** deriva dal latino «*instituere*», che significa «*insegnamento elementare*». Ci hanno insegnato gli antichi romani che chiunque si avvicini al mondo del diritto debba avere gli elementi base, una formazione elementare, che gli consenta di sapere quali sono gli elementi di fondo della formazione di un giurista. Questo corso si occuperà quindi dell'insegnamento elementare dei principi di fondo del diritto romano.
- ❖ **Diritto** è inteso in senso **oggettivo**, cioè come insieme di norme giuridiche o ordinamento giuridico. Studiare i principi elementari, significa studiare l'insieme delle norme giuridiche che hanno formato l'ordinamento giuridico romano. In questo caso, la parola «*diritto*» si traduce in latino come «*ius civile*», **civile** perché regola la vita dei cittadini nella *civitas* romana; è un diritto che tutela i diritti dei cittadini.
 - Per **norma giuridica** gli antichi romani intendevano un **comando**, che dovrebbe però avere 3 requisiti per essere considerato norma giuridica:
 - **Generalità** (la norma prevede il comando generale, cioè rivolto a tutti i consociati);
 - **Astrazione** (non si prevede una fattispecie particolare, bensì una fattispecie astratta; es.: la norma giuridica sul furto non contiene nomi propri di persona, prevede in generale tutte le ipotesi in cui ci si appropria di una cosa altrui, quindi è una fattispecie generale, non un caso concreto);
 - **Coattività** (il comando deve essere munito di forza coattiva, vale a dire che il comando generale e astratto può essere applicato anche ai recalcitranti, a chi cioè non vuole che questo comando venga applicato; es.: il ladro non vorrebbe andare in galera dopo aver rubato, ma poiché si è macchiato di questo comportamento, violando una norma giuridica, ci va comunque).
- ❖ L'aggettivo **romano**, in riferimento all'ordinamento giuridico, si riferisce all'ordinamento giuridico degli antichi romani, ma questa definizione non basta, dobbiamo fissare un periodo storico che ci consenta di ricostruire qual è stato l'ordinamento giuridico a Roma. La linea del tempo parte da una data della tradizione storica, quella della **fondazione della città di Roma (754/753 a.C.)**, fino ad arrivare, XIV secoli dopo, al **565 d.C.**, data che coincide con la **morte dell'imperatore Giustiniano**, autore dell'opera giuridica più importante mai realizzata nella storia dell'uomo, la quale prende il nome di *Corpus Iuris Civilis* (il *Corpo del Diritto Civile*. ordinamento giuridico è rimasto uguale o si è modificato nel corso del tempo.

Non sono molti i documenti che attestano come fosse regolata la vita dei romani all'inizio della storia di Roma, gradualmente essa risulta più documentata fino a giungere, in via definitiva, all'opera di Giustiniano. Al momento della sua formazione, l'ordinamento giuridico romano regola la vita di un gruppo di persone poco numeroso, legate da vincoli di amicizia e parentela e che fondano la propria vita su attività rurali, come la coltivazione dei campi. Si tratta dunque di un'organizzazione territoriale e sociale poco complessa. Progressivamente Roma estende il proprio dominio territoriale fino a diventare una super potenza con una collettività estremamente ampia che necessita di un ordinamento giuridico articolato e caratterizzato da un elevato grado di complessità.

L'ORDINAMENTO GIURIDICO NELLE TRE FASI

Un elemento di capitale importanza per l'ordinamento giuridico è il soggetto competente ad emanare le norme giuridiche (il risultato di chi ha il potere di emanare norme giuridiche prende il nome di **lex**, legge). In base a tale figura è possibile suddividere la linea del tempo in tre diversi periodi:

- ❖ **FASE REGIA O ARCAICA**: fase più risalente della storia di Roma in cui a capo della collettività troviamo il **rex**, che è anche il soggetto competente ad emanare le leggi. Questa fase va dalla fondazione di Roma nel 753 a.C. fino al 510 a.C., anno della destituzione dell'ultimo re, **Tarquinio il Superbo**. In tale periodo Roma è una piccola comunità, formata da un numero esiguo di persone, legate da vincoli di amicizia e parentela.
- ❖ **FASE REPUBBLICANA O CLASSICA**: dopo la cacciata dei re inizia un lungo periodo di grande **fioritura** culturale, territoriale, economica e soprattutto giuridica, in cui a capo della collettività troviamo i

rappresentanti del popolo, sostituiti ogni anno come tutta la formazione repubblicana di Roma. Quindi, la collettività romana è, in questo momento di grande sviluppo, sottoposta al comando di chi è stato eletto dal popolo: si parla infatti di **repubblica romana**. Le assemblee popolari formate dai rappresentanti del popolo prendevano il nome di «**comizi**» e avevano il compito di emanare comandi generali, astratti e muniti di forza coattiva. Sotto il profilo giuridico siamo abituati a chiamare questa fase **classica**, il che dà l'idea di quanto sia importante lo studio di questo periodo centrale nella storia dello sviluppo di Roma, che, anche dal punto di vista cronologico, dura più di tutti gli altri. Esso si conclude nel momento in cui i poteri giuridici e militari si concentrano in capo alla figura di Ottaviano Augusto, nel 27 a.C.

- ❖ **FASE IMPERIALE O POST-CLASSICA E GIUSTINIANEA:** l'epoca repubblicana o fase classica del diritto romano si protrae fino ad un certo ulteriore evento importante, in cui, dopo i re e dopo i rappresentanti del popolo, il comando della collettività ritorna concentrato nelle mani di una sola persona, in particolare nel 27 a.C., quando **Ottaviano Augusto** concentra su di sé tutti i poteri diventando il capo della collettività: l'**imperatore Augusto**. Tutto il potere è dunque nelle mani dell'**imperatore**, a cui era affidato il anche potere di emanare il comando generale e astratto chiamato norma giuridica.

Durante le tre fasi l'ordinamento giuridico attraversa dei radicali cambiamenti evolvendosi e adattandosi alle esigenze che progressivamente emergono dalla vita quotidiana dei cittadini.

ORDINAMENTO GIURIDICO DELLA FASE ARCAICA

In questa fase Roma è formata da un gruppo di persone molto ristretto, legate da vincoli di parentela e amicizia, che fondano la loro economia su agricoltura e pastorizia. L'**ordinamento giuridico** sarà pertanto molto ridotto e lo **ius civile** non richiederà molti interventi, perché fra i cittadini non ci sono contrasti e l'ordinamento giuridico deve appunto intervenire quando si devono risolvere i contrasti.

Lo **ius civile** di questa fase, semplificato al pari delle esigenze dei cittadini, è formato da:

- ❖ **Leggi non scritte:** un insieme di comandi **non** in forma scritta, una serie di **consuetudini** che si tramandano di padre in figlio e regolano la vita dei cittadini romani. Dal punto di vista quantitativo, questa è la **componente più importante** dello **ius civile** arcaico. Il termine *consuetudini* corrisponde in latino a **mores maiorum**, che letteralmente significa *costumi degli antichi*, le antiche consuetudini dei padri che sono tramandate ai figli e che permettono di vivere in pace senza l'intervento del diritto;
- ❖ **Leggi regiae:** leggi scritte emanate dal **rex** a capo della comunità. Sappiamo poco di questo ordinamento, in parte perché è per la maggior parte orale, ma anche perché la parte scritta è del 700 a.C.. Rimangono solo tracce di leggi che il re emanava per punire comportamenti di particolare gravità o efferatezza, che prevedevano soprattutto la pena di morte. Uno dei comportamenti più gravi di quest'epoca era l'uccisione del padre (il **parricidio**), il che rappresentava uno squilibrio dell'intera comunità, che turbava la pace sociale, visto che tutto si tramandava di padre in figlio. La punizione del parricida era il divieto di toccare ancora il suolo romano, infatti egli veniva fatto camminare su sandali di legno e gettato da una rupe in un sacco con dentro 4 animali con un significato ben preciso.

L'ordinamento giuridico è semplice perché le esigenze dei cittadini sono semplici. Non c'è bisogno di tutelare i diritti dei cittadini, perché i cittadini rispettano essi stessi i diritti degli altri consociati, in quanto hanno imparato dagli avi che la vita fra i consociati è il rispetto delle regole degli altri; non c'è bisogno di protestare per far valere i propri diritti, di chiedere l'intervento del diritto, di emanare comandi generali, astratti e muniti di forza coattiva, poiché tutto avviene senza la forza coattiva, senza obbligare nessuno. La norma sul furto, per esempio, nemmeno si prevede, sarà frutto di un'involuzione dei rapporti tra i consociati.

ORDINAMENTO GIURIDICO DELLA FASE CLASSICA

Vengono cacciati i re, il potere legislativo passa nelle mani dei **rappresentanti del popolo** e cambia la struttura dello **ius civile**:

- ❖ **Residue consuetudini:** non saranno le stesse esigenze che troviamo nella fase arcaica, perché esse cambiano e, mano a mano che la comunità si allarga, diventa difficile regolare i rapporti sociali solo sulla base di costumi tramandati oralmente, che quindi **andranno a disperdersi**, soprattutto quando Roma conquisterà **popoli che non parlano il latino**, e che quindi non possono tollerare un ordinamento basato sulla tradizione orale latina;

- ❖ **Leggi comiziali:** leggi frutto dell'attività dei **comizi**. Questi **comizi si riuniscono 2 volte all'anno**, a marzo e a maggio, quindi l'emanazione delle leggi comiziali avviene in maniera lenta e graduale. Inoltre, quando si riuniscono, emanano leggi che hanno un'importanza enorme nel diritto romano, perché riguardano le grandi problematiche di esso. Questo *ius civile* rappresenta dunque qualche lacuna nella tutela dei diritti del singolo, perché se, per esempio, gli fosse stato arrecato un torto a giugno, egli avrebbe dovuto attendere marzo dell'anno successivo.

I cittadini romani **non** avevano strumenti di tutela previsti dallo *ius civile*. Se nessuno si fosse preoccupato della tutela dei cittadini, nessuno avrebbe più dato corso a rapporti di tipo commerciale, per esempio, infatti il diritto romano capì la **necessità di tutelare casi nuovi**, non ancora previsti dallo *ius civile*, il che è l'esigenza più impellente dell'ordinamento giuridico romano.

Il **PRETORE** è colui che tutela casi nuovi non previsti e non tutelati dallo *ius civile*. Egli è un **magistrato romano** che svolge la funzione fondamentale di tutelare i diritti dei cittadini romani che non erano ancora previsti a causa della lentezza delle leggi comiziali. Siamo nell'epoca repubblicana, in cui a capo stanno i **rappresentanti del popolo**, quindi il **pretore** è eletto da loro e, come qualsiasi magistrato romano, ha una carica limitata nel tempo, a fine della quale non è detto che sia riconfermato. Il carattere elettivo della carica funge da garanzia dell'imparzialità del pretore che, se intende essere nuovamente eletto, deve dimostrare una grande attenzione alla tutela giuridica dei cittadini romani.

Egli **tutela il singolo caso concreto**. Se fosse parte dello *ius civile* dovremmo parlare di comando generale e astratto, mentre qui, se il pretore considera fondato l'interesse del cittadino, tutela la sua posizione attraverso la **concessione di un'azione**. Lo strumento con cui sono tutelato è specifico per il mio caso e si chiama *azione* (**actio** = modo concreto con cui i cittadini ottenevano tutela, come se ci fosse una norma giuridica). Il risultato pratico è lo stesso che si otterrebbe utilizzando una legge comiziale, cosa che tuttavia non è, in quanto non ha completezza legislativa. **Praetor non facit ius**, il pretore non fa le leggi, ma egli interviene ugualmente attraverso **azioni**, che hanno valore di tutela identica a quella che sarebbe avuto una norma che ancora non c'era. I pretori decidono di concedere o meno un'azione sulla base di un proprio **potere discrezionale**: è il pretore che decide se la mia richiesta sia fondata o meno, quindi ha un potere enorme.

La concessione dell'azione **non però è una condanna**, e non la garantisce neanche, perché il pretore non ha il potere di emettere sentenze, infatti l'altra parte si può difendere in sede di processo, che però non poteva neanche iniziare senza questa azione.

Se diverse azioni si ripetono, queste saranno sussunte, cioè aggiunte, nei comandi generali, astratti e muniti di forza coattiva. I comizi capiscono l'importanza di questo strumento di tutela, quindi trasformeranno tutela per tutela in una norma. C'è un ampliamento delle possibilità di tutela grazie alle **sussunzioni**. Il pretore ha una funzione fondamentale, poiché questo è il modo in cui il diritto romano si adatta. Il diritto non avrebbe potuto proseguire la propria vita se non avesse avuto la capacità di tutelare esigenze nuove per poi comprenderle nello *ius civile*.

Accanto, ma al di fuori dello *ius civile*, troviamo quindi:

- **IUS HONORARIUM:** il lavoro che il pretore svolge si chiama *ius honorarium* (diritto onorario, insieme delle azioni concesse dal pretore), definizione che si ricava dalla parola **honor**, che significa **carica**. Siccome questa attività è particolarmente importante, dobbiamo dire che **accanto e diversamente dallo ius civile c'è anche lo ius honorarium**, istituito nel **367 a.C.**
Definizione di *ius honorarium*: *ius honorarium est quod praetores introduxerunt adiuvandi (aiutare), supplendi (supplire), corrigendi (correggere) Iuris Civilis gratia*.
Bisogna intervenire ad integrare lo *ius civile* originario, il che avviene attraverso lo *ius honorarium* e consente al diritto romano di adeguarsi alle nuove esigenze, la vera qualità del lavoro del pretore. Questa attività è svolta dal pretore **all'interno della originaria collettività romana** (nella **civitas**, originario agglomerato di Roma), per questo il **pretore** si chiamava «urbano», poiché svolgeva il suo lavoro all'interno dell'urbe.
- **IUS GENTIUM:** quando Roma si espande, in particolare nel **242 a.C.**, accanto al pretore urbano, si istituisce la figura del **pretore «peregrino»**, che ha la stessa funzione del pretore urbano, ma **tutela i rapporti nuovi**, non compresi nello *ius civile*, **tra cives e stranieri** (= peregrini) oppure i rapporti **fra gli stranieri**. Cambia solamente l'ampiezza territoriale della competenza tra questi due pretori. Inizialmente, il pretore peregrino veniva eletto dai membri della originaria collettività; successivamente, al fine di garantire una piena tutela ai peregrini e di comprendere al meglio le

problematiche dei territori esterni a Roma, viene stabilito che il pretore peregrino debba essere autoctono del territorio in cui esercita la propria carica. Il sistema delle azioni concesse dal pretore peregrino si chiama appunto *ius gentium* (diritto delle genti, perché applicabile anche ai peregrini), che oggi costituisce la base dell'odierno diritto internazionale.

Al fine di conoscere le azioni concesse da urbano e peregrino, esse verranno raccolte in un documento chiamato **Editto del pretore**, cosicché, per sapere se mi posso rivolgere con fiducia ad un pretore, potrò andare a vedere nei casi precedenti se ce n'è uno simile, per vedere se l'azione è stata concessa. Vero è che i pretori cambiano ogni anno, ma, in quanto magistrati eletti dai cittadini, è molto improbabile che non concedano un'azione che magari era stata concessa l'anno prima per un caso simile.

- o **GIURISPRUDENZA**: c'è una fioritura degli **studi giuridici** a livello teorico, che vedono nei giuristi romani i personaggi più importanti, perché compongono delle **opere** il cui contenuto **non** ha valore giuridico, ma che **consentono al diritto un ulteriore adeguamento alle nuove esigenze**. Grazie allo studio dei principi generali che fondano l'attività giuridica, il diritto romano è ora in grado di risolvere e approfondire tematiche mai affrontate prima. L'**attività dei giuristi romani** prende il nome di **giurisprudenza**, la quale deve rientrare nella spiegazione del diritto nell'epoca classica. Al contrario dello *ius honorarium* e *gentium*, la giurisprudenza non ha come fine la concessione *l'actio*, infatti, **teoricamente, non può considerarsi una componente dell'ordinamento giuridico**, ma, siccome consiste nell'**interpretazione del diritto**, cioè ci fa capire come davvero il diritto funzionasse a Roma, è bene nominarla. L'attività di **interpretazione studia la norma giuridica a livello teorico**, e consiste nell'**individuare la norma**, comando generale, astratto e coattivo, **da applicare al caso concreto**. Questo è lo **studio teorico del diritto**, per cui la **giurisprudenza** ha **funzione interpretativa**, cioè ci dice quale norma giuridica utilizzare per ottenere tutela giuridica in una determinata situazione

Le componenti tecniche dello *ius civile*, **consuetudini e leggi comiziali**, sono alla fine le meno rilevanti, perché sono proprio le componenti che forse soddisfano di meno i cittadini, non vanno in contro alle loro esigenze, non soddisfano nell'immediato l'interesse del cittadino.

La complessità dello *ius civile* classico, che contrasta con la semplicità dello *ius civile* arcaico, riflette lo sviluppo di Roma, che, da piccola comunità agricola, sta diventando la grande potenza mondiale che noi conosciamo, il che implica che l'ordinamento debba aggiornarsi per soddisfare le nuove esigenze.

ORDINAMENTO GIURIDICO DELLA FASE POST-CLASSICA E GIUSTINIANA

Roma è divenuta una grande potenza mondiale che si estende in tutte le terre conosciute ed ingloba molteplici popolazioni che non parlano la stessa lingua; tale evoluzione della potenza romana ha delle implicazioni significative sull'ordinamento giuridico: le residue consuetudini non vengono conservate come componente dello *ius civile* e anche le leggi comiziali perdono la loro rilevanza.

Dal **27 a.C.** in poi, l'**imperatore** ha il potere legislativo e dà quindi come risultato la legge. In questo *ius civile*, possiamo identificare la parte tecnica col nome di **legge imperiale (leges)**, la quale costituisce l'unica componente che forma lo *ius civile* in questo periodo. **La volontà imperiale coincide con la legge**, quindi **lo *ius civile* coincide con le leggi imperiali**; con il concentrarsi del potere nelle mani di una sola persona, anche l'ordinamento giuridico viene a semplificarsi. Questa semplicità è assimilabile a quella della fase arcaica: in entrambi i casi, infatti, il potere è affidato ad un'unica autorità, al rex o all'imperatore.

L'**imperatore** viene definito come **dominus et deus**, perché nelle sue mani stanno **tutti i poteri**, compreso quello legislativo, e **non** vuole che accanto a lui ci siano persone con un grande potere come i pretori, che concedevano azioni, quindi non ci saranno né *ius honorarium* né *gentium*.

L'imperatore **conservierà** però alcune delle **opere più importanti dei giuristi, della giurisprudenza**, siccome questi **non** hanno potere legislativo. Queste opere si chiamano le **iusa** (*ius* al plurale) e assumono particolare rilievo nell'ambito dell'ordinamento poiché vengono conservate e assurgono a modello paradigmatico e formativo delle leggi dell'imperatore.

FONTI DEL DIRITTO

Si distinguono:

1. FONTI DI **PRODUZIONE**: modi attraverso i quali una norma viene emanata ed entra a far parte dell'ordinamento giuridico.
2. FONTI DI **COGNIZIONE**: modi e documenti attraverso i quali si conosce un dato ordinamento giuridico.

Oltre alle fonti giuridiche, vi sono degli strumenti che, pur non essendo tecnici, consentono di ricostruire la vita giuridica di Roma: tale funzione è assolta in particolare dalle opere di carattere letterario.

STRUMENTI DI COGNIZIONE NELLE TRE FASI

EPOCA ARCAICA

È arduo avere documenti relativi al diritto nella **fase arcaica**, dove in generale vi erano pochi documenti scritti. Nell'epoca arcaica o regia, infatti, non abbiamo documenti relativi ai *mores e maiorum*, perché sono tradizioni orali tramandate di padre in figlio.

C'è qualche notizia indiretta da **fonti letterarie**, quindi non giuridiche: autori dell'epoca arcaica raccontano la vita dell'originaria società romana citando qualche regola sulla gestione dei rapporti sociali.

È pervenuto invece qualche documento sulle leggi regie, che sono poche e hanno ad oggetto l'intervento su alcuni comportamenti gravi. L'unica fonte di cognizione di tale periodo è costituita quindi dalle **LEGGI DELLE XII TAVOLE**: insieme delle testimonianze, quantitativamente scarse, circa la regolazione dei rapporti tra i membri della *civitas* originaria.

EPOCA CLASSICA

Nella **fase classica**, riguardo alle residue consuetudini, ci sono sempre notizie indirette da autori **letterali**, mentre le fonti di cognizione sono:

- ❖ **RACCOLTA DELLE LEGGI COMIZIALI**: raccolta dei provvedimenti normativi di portata molto ampia e di grande importanza giuridica per l'intera collettività.
- ❖ **EDITTI DEI PRETORI**: raccolta delle *actiones* concesse dai pretori, sia urbani che peregrini, a tutela di casi nuovi e non tutelati dallo *ius civile*. Gli editti consentivano ai cittadini di conoscere quale fosse stata la regolamentazione di casi simili al loro già affrontati in precedenza. In pratica, il precedente privato in questo editto dava la possibilità di capire se l'azione potesse essere concessa o meno.
- ❖ **OPERE DEI GIURISTI**: le opere dei giuristi sono prive di valore legislativo, ma assurgono ad importante strumento conoscitivo ed interpretativo; particolarmente rilevante è l'opera del giurista Gaio, le ***Institutiones*** (= insegnamento elementare), destinate a coloro che dovevano apprendere i fondamenti del diritto.

EPOCA IMPERIALE

Nell'**epoca post-classica**, l'unica componente tecnica dello *ius civile* è la legge imperiale. L'imperatore diventa infatti l'unico in grado di emanare leggi e, in questo periodo, le leggi vengono emanate dagli imperatori con una certa frequenza. Durante questa fase si afferma così la necessità di raccogliere le *leges* in un'unica fonte: il **Codex** (raccolta di *leges*). Questo documento può essere di due tipi:

- **Privato**: raccolta di leggi privata, che avveniva cioè su iniziativa del singolo e che poteva trovarsi nello studio di un avvocato per scopi lavorativi, per esempio. I primi codici redatti da privati sono il **codice Gregoriano e Ermogeniano**, dal nome dei suoi autori.
- **Ufficiali**: raccolte degli stessi imperatori, *ufficiali* perché approvate dall'autorità pubblica. Esse sono divise per materia. La raccolta ufficiale di leggi imperiali fino ad allora emanate è il **codice Teodosiano** (in vigore dal 1° gennaio **439 d.C.**), dal nome dell'imperatore Teodosio.

Questa è stata forse studiata come fase di decadenza, del «basso Impero», ma ciò non ci riguarda perché essa porta con sé importantissimi rinnovamenti nel diritto. Questa è l'epoca della grande riscoperta del diritto.

Nell'**epoca giustiniana**, in particolare, come fonte abbiamo chiaramente il **Corpus Iuris Civilis**, l'opera giuridica più importante mai realizzata dall'uomo, con la quale si conclude lo sviluppo del diritto romano. Viene redatta da Giustiniano ed emanata nel 529 d.C.; essa consta di quattro diverse componenti:

- ❖ **Codice giustiniano:** raccolta di 12 libri delle *leges* emanate fino alla pubblicazione di questa parte, cioè fino al **534 d.C.**; visto che l'Imperatore Giustiniano ha il potere legislativo, non sorprende che il suo *codex* costituisca la prima parte.
- ❖ **Novellae:** costituzioni imperiali **successive** alla pubblicazione del codice, emanate in data successiva al 534 d.C. fino alla morte dello stesso imperatore nel 565 d.C.;
- ❖ **Digesto** (in greco *pandette*): raccolta sistematica di frammenti delle opere dei giuristi di epoca classica, (raccolta di *iura*), che **non** avevano valore legislativo, ma erano comunque fondamentali per il diritto romano; è un'opera monumentale composta da 50 libri, che costituiscono una precisa e raffinata raccolta delle maggiori opere di giurisprudenza classica. Tra queste troviamo:
 - **Istituzioni di Giustiniano:** opera istituzionale con finalità didattica, contenente i principi fondamentali del diritto e destinata a coloro che si avvicinavano agli studi giuridici; le Istituzioni di Gaio assurgono a modello per le *Institutiones giustinianee*.

IUS SOGGETTIVO

La parola *ius* (diritto) può anche essere intesa in senso soggettivo.

Gaio, per evitare l'incertezza su questo concetto molto importante, farà un ragionamento per arrivare alla definizione che valeva per i giuristi romani e che vale ancora oggi: **posizione giuridica soggettiva**, la mia posizione personale rispetto ad un comando generale, astratto e munito di forza coattiva. Per capire cos'è il diritto soggettivo dobbiamo quindi prendere le mosse dalla **norma giuridica, esaminata sotto il profilo di colui che utilizza** la norma giuridica, nella quale troviamo sempre due differenti comandi:

- ❖ **Comando primario:** inteso come il comportamento ordinario del soggetto; regola il rapporto sostanziale, la vita della maggior parte dei consociati quando questi si comportano correttamente e sono disciplinati dai comandi primari delle norme giuridiche. Regola i casi per il 99,99% delle persone.
- ❖ **Comando secondario:** conseguenza giuridica, ipotesi residuale la cui applicazione è percentualmente molto ridotta, perché la maggior parte considera sufficiente il dispositivo del comando primario della norma giuridica. Regola il rapporto processuale dello 0,01% dei consociati che non rispettano il comando primario delle norme giuridiche.

Esempio: diritto romano e moderno contengono una norma riguardo il furto; il comando primario dice che nessuno si deve impadronire delle cose altrui, il comando secondario dice che, se qualcuno, nonostante il comando primario, si appropriasse di una cosa altrui, questi sarà condannato. Sebbene non sempre con questa chiarezza, tutti i comandi generali, astratti e muniti di forza coattiva prevedono questi due comandi, facendo scattare l'applicazione di quello secondario soltanto in casi molto ridotti.

Si devono poi distinguere le posizioni giuridiche soggettive **attive** e **passive** a livello di comando primario e secondario:

Norma giuridica	Posizione giuridica ATTIVA	Posizione giuridica PASSIVA
Comando primario	DIRITTO SOGGETTIVO Posizione giuridica attiva a livello del comando primario di una norma giuridica. In pratica, posizione di preminenza, vantaggio, di un interesse sopra altri interessi (e.g.= soggetto che vanta un credito). È una posizione privilegiata, ma non è di potere, se per potere s'intende la possibilità di incidere nella sfera di autonomia altrui. Gli altri sono infatti liberi di rispettare l'obbligo presente in tutte le norme dell'ordinamento romano e moderno o	OBBLIGO Posizione giuridica passiva a livello del comando primario che vale per tutti ed è variabile a seconda della norma giuridica. I titolari di questa sono, per esempio, i soggetti che hanno un debito, perché sono obbligati a restituirli una somma di denaro. Questa posizione si basa sulla volontà di chi ne è titolare, la quale è incoercibile nell'ordinamento giuridico sia romano che moderno. I titolari sono quindi liberi di non rispettare tale obbligo. Il titolare del diritto soggettivo ha un'aspettativa,

	<p>meno, mentre i titolari di questa posizione giuridica possono solo aspettare.</p> <p>Se il titolare di diritto soggettivo cristallizza però il mancato rispetto dell'obbligo, dopo un certo orario o una certa data, allora questi diventa titolare di una posizione giuridica più forte: l'azione.</p>	<p>un vantaggio, perché si aspetta che il titolare dell'obbligo restituisca ciò che gli è stato prestato, ma non si può fare nulla per obbligarlo, ecco perché il primo non si trova in una posizione di potere.</p> <p>Se liberamente si decide di non rispettare un obbligo, in una società regolata da comandi generali, astratti e muniti di forza coattiva, ci saranno conseguenze gravi ed entrerà in gioco il comando secondario della norma giuridica, che trasforma le posizioni giuridiche. Ne discende che la posizione attiva diviene più forte mentre la posizione passiva diventa più debole.</p>
Comando secondario	<p>AZIONE (<i>actio</i>)</p> <p>Potere di incidere nella sfera di autonomia altrui. Non si tratta più di una semplice posizione di vantaggio, preminenza, bensì del potere di incidere nella sfera di autonomia altrui, perché questa azione potrà portare alla condanna dell'altra parte. Non si hanno più solo aspettative, perché l'azione ha il fine di far condannare. Ad una condanna si arriva attraverso uno strumento chiamato processo, perché non ci si può fare giustizia da soli. Con l'azione si ha la possibilità di iniziare un processo, che potrà avere come sentenza la condanna dell'altra parte. È la stessa azione che il pretore concede ad un soggetto che ha subito un danno meritevole di tutela, ma che non può essere ancora tutelato, in quanto non esiste ancora una norma giuridica, perché il diritto romano non si è ancora occupato di quella materia. Il pretore consente di diventare titolare di questa posizione giuridica nonostante non sia presente la norma giuridica nello <i>ius civile</i>.</p>	<p>SOGGEZIONE ALL'AZIONE</p> <p>Posizione giuridica di coloro che non hanno adempiuto all'obbligo e sono soggetti al processo e all'eventuale sentenza di condanna.</p> <p>Si è liberissimi di non rispettare l'obbligo, con la consapevolezza che si subirà la sanzione o si sarà privati della propria libertà. Ci saranno insomma delle conseguenze, sempre che ci si trovi in una società regolata da norme generali, astratte e munite di forza coattiva.</p> <p>Chi non adempie all'obbligo è responsabile di non averlo adempiuto. La responsabilità è una conseguenza del mancato adempimento di un obbligo.</p>

Si introdurrà poi un istituto che consente di riesaminare le sentenze ritenute ingiuste: *appellatio*. Troveremo poi anche un terzo grado di giudizio per il solo controllo della legittimità, proprio come la corte di Cassazione, infatti il diritto moderno passa attraverso le esigenze del diritto romano.

RESPONSABILITÀ

Posizione di colui che non ha adempiuto all'obbligo. Chi non adempie all'obbligo è *responsabile* di non averlo adempiuto. La **responsabilità** è una conseguenza del mancato adempimento di un obbligo. Si distinguono due tipi di responsabilità:

- **Contrattuale:** è stato preso un **accordo** tra due persone che si conoscono e stimano, ma non si è visto rispettato l'obbligo, come nel caso del cavallo preso in prestito e non riportato;

- **Extra-contrattuale:** non è stato preso un **accordo**, come nel caso del furto, ma l'obbligo è pagato indipendentemente dai rapporti pregressi delle parti; è l'ipotesi che comprende **tutti** i casi fuori da un accordo tra le parti.

L'**OBBLIGO** può nascere quindi da due diversi fatti:

- Accordo non rispettato → responsabilità contrattuale;
- Atto contrario alla legge senza accordo con la controparte, per esempio il furto → responsabilità extra-contrattuale.

Si individuano per la prima volta i comportamenti per cui un cittadino è obbligato. Dice **Gaio** che un **obbligo giuridico grava in capo al cittadino se c'è stato un accordo non rispettato o se si viola una norma giuridica senza accordo**, e ci dice che nel primo caso si parla di **contratto**, mentre quando non c'è un contratto, un accordo, ma comunque l'obbligo non rispettato e il pagamento di una somma di denaro, si chiama **delitto**. In entrambi i casi, il cittadino romano è tenuto a pagare una somma di denaro, in caso di mancato rispetto del contratto e di delitto, in nome della responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale.

Lo **SCOPO** con cui vengono pagate le due somme di denaro è però diverso:

- Nel caso di **responsabilità contrattuale**, **Gaio** fa l'esempio di un prestito di denaro con l'obbligo di restituzione alla scadenza, che però non viene rispettato, quindi il debitore ha responsabilità contrattuale, e lo scopo è quello di riportare la situazione patrimoniale nella stessa condizione in cui era prima dell'inadempimento dell'obbligo, il che prende il nome di **risarcimento del danno**;
- Nel caso di **responsabilità extra-contrattuale**, il pagamento ha **funzione di riparazione** del torto subito e ha anche **funzione afflittiva**, ma non si potrà mai riportare la situazione nella stessa condizione antecedente all'inadempimento dell'obbligo, perché per esempio, nel caso di furto di una bicicletta, si pagherà il suo corrispettivo, non la bicicletta, come nel caso di un danno fisico.

FAMILIA

L'unione di più cittadini crea una famiglia, l'insieme di famiglie che fanno parte dell'originaria *civitas* dell'Impero Romano prende il nome di *gens*. Esse fondavano la propria autonomia sulla piccola pastorizia e su piccoli orti fuori dalla propria abitazione.

CIVES → FAMILIAE → GENS → CIVITAS

Per comprendere la formazione della famiglia romana, dobbiamo distinguere due categorie di soggetti:

- ❖ **Sui iuris** (soggetti di diritto proprio): essere di diritto proprio significa non avere ascendenti; a Roma è soggetto *sui iuris* il **pater familias**, che, quanto meno in relazione all'agglomerato più antico, deve essere considerato più che il progenitore comune, come il **capo, anche politico, della famiglia**. A capo della **collettività** sta un soggetto *sui iuris* chiamato *pater familias*, colui che assolve a delle funzioni che di solito spettano allo Stato, che però non c'è, almeno come lo consideriamo in senso moderno, perché c'è solo un agglomerato di familiari e amici i cui rapporti sono regolati dal *pater familias*. Le due **funzioni** più importanti che assolve lo Stato, ma che in questo caso assolve il *pater familias*, sono:

- **Organizzazione** all'interno della struttura familiare;
- **Difesa** verso l'esterno della struttura familiare.

Solo al pater, in quanto capo della famiglia, spetta la gestione del patrimonio, e solo al pater familias spetta la **capacità patrimoniale**, cioè la gestione del denaro della famiglia, pertanto è anche l'unico soggetto a poter provvedere al pagamento della sanzione pecuniaria, laddove necessario, anche se l'inadempimento dell'obbligo è stato compiuto dagli altri componenti della famiglia.

- ❖ **Alieni iuris** (soggetti di diritto altrui): hanno un ascendente, il *pater*, e ricavano la loro esistenza nel diritto grazie alle attribuzioni del *pater familias*. Sono **soggetti sottoposti all'autorità del pater**, che continua ad essere il capo. Sotto il *pater* ci sono tre **categorie di alieni iuris**:

- **Figli**: quando il *pater familias* esercita il proprio potere sui figli, si parla di **patria potestas** (potestà sui figli); sono **soggetti del diritto**, cioè destinatari delle norme giuridiche;

- **Donne e mogli:** quando questo potere è esercitato sulle donne, si parla di *manus*, simbolica apposizione della mano del marito sulla moglie, che costituirà anche una forma di matrimonio; sono **soggetti del diritto**, cioè destinatari delle norme giuridiche;
- **Schiavi:** quando il *pater familias* esercita il proprio potere sugli schiavi, si parla di *dominica potestas* (da *dominus* = padrone, perché è padrone dello schiavo); sono **oggetti del diritto** (sono chiamati *res*, schiavo=cosa), quindi **non** destinatari delle norme giuridiche.

Quando questi tre poteri sono intesi in senso unitario, prendono il nome di *mancipium*.

CAPACITÀ PATRIMONIALE

Solo il *pater* può disporre e amministrare il denaro per la gestione della vita familiare.

L'ipotesi di mancato rispetto dell'obbligo, che porta l'irrogazione della sanzione, deve essere precisata nel senso che la sanzione nell'antica Roma è pecuniaria, salvo i casi in cui i danni riguardano l'intera collettività. Nella maggior parte dei casi si rischierà quindi il pagamento di una somma di denaro.

Proprio per questo, si potevano avere rapporti di valore giuridico soltanto con chi fosse in grado di risarcire in caso di inadempimento dell'obbligo, quindi i rapporti tra i consociati avvenivano solo tra *pater familias*, perché erano gli unici ad avere capacità patrimoniale. È quindi inutile prendersi impegni con figli o schiavi, perché non si godrà di alcun risarcimento in caso di mancato rispetto dell'obbligo.

RESPONSABILITÀ DEL PATER

Il *pater* si avvaleva dell'attività di figli e schiavi. Per esempio, per comprare tessuti al mercato, il *pater* non andava direttamente, ma **delegava** questa attività. Se il tessuto non fosse stato consegnato, si sarebbe trovato nella situazione per cui il figlio o lo schiavo non avevano adempiuto ad un obbligo, ma non potevano pagare non avendo capacità patrimoniale.

Se l'obbligo non **grava** sul *pater familias*, bensì **su un sottoposto**:

- ❖ Responsabilità **contrattuale**:
 - **Responsabilità adietizia: autorizzazione** del *pater* a compiere quell'attività commerciale; si potrà **ricevere il risarcimento dal *pater*** stesso, anche se non è stato lui direttamente a concludere l'affare. Il **pagamento** è quindi chiamato responsabilità, ma è un tipo particolare di **responsabilità: adietizia**, cioè aggiuntiva, il che vuol dire che alla responsabilità del sottoposto che ha commesso l'inadempimento, ma che non può pagare, perché non ha un patrimonio, si aggiunge la responsabilità del *pater* che ha autorizzato l'affare, perché della responsabilità del sottoposto non me ne faccio nulla, visto che non ha capacità patrimoniale. Lo strumento che il cittadino utilizza per ottenere tutela è sempre *l'actio* concessa dal pretore, che infatti si chiama *actio adietizia*.
 - **No autorizzazione** del *pater*: **non c'era tutela**, il cittadino romano, a proprio rischio e pericolo, decideva di concludere un contratto con un soggetto senza capacità patrimoniale; la mancata autorizzazione comporta la mancata tutela, non sussiste sanzione pecuniaria.
- ❖ Responsabilità **extra-contrattuale** (delitto commesso dal figlio o dallo schiavo):
 - **Noxae deditio** (abbandono del sottoposto): il *pater familias* abbandona il sottoposto che ha commesso il delitto al proprio destino, cioè nelle mani di chi ha subito il delitto, il che comporta una condizione del sottoposto molto peggiore a quella dello schiavo;
 - **Responsabilità nossale**: il *pater familias* **solidarizza** con il sottoposto intervenendo con il proprio patrimonio al pagamento della sanzione, visto che è l'unico che può versare. La posizione giuridica della parte lesa è tutelata dal pretore con *l'actio nossale*.

INGRESSO NELLA FAMIGLIA ROMANA

Gaio, nelle sue *Istituzioni*, ci spiega che si entra a far parte di questo agglomerato così importante in due modi:

- ❖ **Aut natura**, per natura: si entra a far parte della famiglia per natura attraverso le **giuste nozze** (*iustae nuptiae*), cioè attraverso un matrimonio valido (si nasce o ci si sposa). Dovremo quindi considerare in quali modi il matrimonio è considerato valido, e quindi in che modo la donna entra effettivamente a far parte della famiglia;
- ❖ **Aut iure**, per diritto:
 - **Adoptio**: quando un soggetto **alieni iuris**, sottoposto alla potestà di un *pater*, passa da una famiglia ad un'altra, cioè alla potestà di un altro *pater*, rimanendo **alieni iuris**; cambia il *pater* a cui il soggetto **alieni iuris** è sottoposto;

- **Adrogatio**: un soggetto *sui iuris* decide **volontariamente** di **sottoporsi alla potestà di** un altro *pater familias*. Un *pater familias*, capo anche politico della struttura familiare, si sottopone volontariamente ad un altro *pater*, rinunciando alle sue prerogative di soggetto *sui iuris* e **diventando soggetto alieni iuris**, come se fossero dei figli.

Un caso è quello per cui un *pater*, non avendo eredi, decida di entrare in un'altra famiglia per non perdere i propri beni; egli, quindi, rinuncia alla capacità patrimoniale per portare i propri beni in un'altra famiglia. Se avesse dei soggetti sottoposti, anch'essi entrerebbero con lui nella famiglia. Se ha dei debiti, porta anche i debiti.

Se un *pater* decide di rinunciare alle sue prerogative di soggetto *sui iuris*, come la capacità patrimoniale, serve uno **strumento per far sapere alla collettività** che non è più *pater familias*, in modo che tutti sappiano di non poter più contare su di lui per la gestione patrimoniale. Questo è infatti un **istituto** che si svolge con grande solennità e che, quando Roma comincerà ad espandersi, dovrà **celebrarsi davanti ai comizi**, perché tutti sappiano che quel soggetto *sui iuris* non ha più capacità patrimoniale a seguito dell'*adrogatio*.

I **comizi**, oltre che occuparsi dell'emanazione delle leggi, per quei due giorni all'anno, devono anche partecipare a tutte le cerimonie *adrogatio* e altre attività che dovranno certificare o a cui dovranno assistere, quindi capiamo che non erano sufficienti per lo sviluppo dell'ordinamento romano.

USCITA DALLA FAMIGLIA ROMANA

È previsto un unico istituto per uscire dalla familia romana, ossia l'*EMANCIPATIO*, che consiste in una rinuncia del *mancipium* da parte del *pater*.

OBBLIGAZIONI

L'obbligo è la posizione giuridica passiva a livello di comando primario.

Il termine *obbligazione* deriva dal termine latino *obligatio*, il cui significato è espresso nel sintagma *iuris vinculum*, che indica il vincolo giuridico che lega due cittadini romani (definizione contenuta nelle *Istituzioni* di Giustiniano), legame che sorge grazie all'esistenza di un ordinamento giuridico che regola i rapporti tra i consociati.

FONTI DELLE OBBLIGAZIONI

La prima esposizione teorica delle fonti delle obbligazioni risale all'epoca classica. Il primo ad elaborare una definizione di *fonte della obligatio* è il giurista Gaio, nell'opera didattica delle *Istituzioni* (libro III, passo 88):

- ❖ **Fase classica** → ***Omnis obligatio nascitur vel ex contractu vel ex delicto***: ogni obbligazione nasce da **contratto**, cioè se alla base vi è un accordo tra i due cittadini, o da **delitto**, cioè se è stato commesso un atto illecito, se c'è stata una violazione della norma. Gaio propone quindi una **bipartizione** delle fonti dell'obbligazione.

Lo stesso Gaio avrà però un *dubium* sull'effettiva completezza di questa bipartizione, nel senso che si chiede se l'obbligazione non nasca anche da qualcos'altro rispetto alle due categorie di contratto e delitto. Gaio guarda in concreto quale caso gli fa venire il dubbio sulla completezza della bipartizione che lui ha ideato: il caso è quello per cui un cittadino, a cui è stato prestato del denaro, che deve restituire in forza di un mutuo, confonde la persona alla quale deve restituirlo. Secondo Gaio, se si paga per errore una persona, quest'ultima è obbligata a restituire la somma di denaro, ma questo obbligo non rientra nelle categorie della bipartizione, perché non si tratta di un contratto, visto che è un errore, né di un delitto, perché è stata infranta la legge, eppure si è obbligati a restituire il denaro, tant'è che si potrebbe agire giuridicamente nei confronti di questa persona, in caso non lo facesse. «*Omnis*», nella definizione gaiana, si rivela non corretto, perché vi è qualcosa d'altro che fa sorgere l'*obligatio*: il **pagamento per errore** (*solutio indebiti*), il pagamento di una prestazione non dovuta, il quale contribuirà a costituire la terza categoria delle fonti dell'obbligazione:

- ❖ **Fase post-classica** → ***Res cottidianae***: in quest'opera è elaborata una **tripartizione** delle fonti delle obbligazioni, le quali nascerebbero da **contratto**, **delitto** e **varie causarum figurae**, che significa *vari modi in cui sorge l'obbligazione*. In quest'ultima categoria sono compresi tutti i casi in cui sorge obbligazione diversi dal contratto e dal delitto. È una terza categoria caratterizzata in negativo, poiché comprende

tutte le obbligazioni che non hanno natura contrattuale o delittuosa; tuttavia, la tripartizione non costituisce l'approdo della riflessione romanistica.

- ❖ Epoca giustiniana → **Istituzioni di Giustiniano** (cioè nella parte del *Corpus Iuris Civilis* dedicata all'insegnamento elementare dei principi giuridici): l'obbligazione nascerebbe da **contratto**, confermato come atto fondativo del rapporto tra due cives, da **delitto** (*maleficium*), quasi contratto e quasi delitto. L'Imperatore introduce due nuove categorie, sciogliendo quindi la categoria generale delle *varie causarum figurae* e presentandoci una **quadripartizione** delle fonti:
 - **Quasi contratto**: tutto ciò che fa sorgere obbligazione in modo simile al contratto, ma che si distingue dal contratto perché **manca** l'elemento dell'**accordo** tra le parti. Esempio: la ***solutio indebiti*** è un quasi contratto, in quanto non c'è accordo tra le parti.
 - **Quasi delitto**: tutto ciò che fa sorgere obbligazione in modo simile al delitto, ma che si distingue dal delitto perché **manca** l'elemento della **volontarietà** dell'evento. Esempio: caso del ***positum et suspensum***, per cui, se passo sotto un balcone fiorito e, per un colpo di vento, un vaso fiorito mi cade in testa, il padrone di casa, che in quel momento magari non è neanche in casa, avrà una responsabilità, ma sarà quella del quasi delitto, visto che non aveva la volontarietà di farmi del male. È l'ipotesi di una responsabilità senza colpa, quella che nel nostro ordinamento si chiama **responsabilità oggettiva**.

Il **libro IV** dell'odierno codice civile è interamente dedicato alle obbligazioni: l'articolo 1173, la cui rubrica è intitolata "fonti delle obbligazioni", ricalca in maniera letterale l'enunciazione delle fonti del diritto presente nelle *Res Cottidianae*; pertanto, nel nostro ordinamento si prevede una tripartizione delle fonti delle obbligazioni. Si è preferita la soluzione post-classica in quanto non era conveniente dare una definizione precisa come quella data da Giustiniano.

Il codice previgente del 1865 recepiva però proprio la quadripartizione giustiniana. Le difficoltà che questo codice presentò nell'individuare i casi del quasi contratto e quasi delitto convinsero a tornare alla categoria indifferenziata, molto più rassicurante. Da ciò si comprende che il diritto l'esigenza del cittadino che si manifesta, il che avveniva già nell'antica Roma.

OBBLIGAZIONI DA CONTRATTO

Secondo Gaio, sono di quattro *genera*, aventi come elemento comune e distintivo l'accordo tra le parti:

- ❖ *Re contractae* - **obbligazioni reali** (da *res* - cosa): quelle che si perfezionano con lo scambio o la consegna della cosa. È un **trasferimento della res** da un soggetto romano ad un altro. Solo quando la cosa è passata dalle mani di un cittadino a quelle di un altro sorge in capo a quest'ultimo l'obbligazione reale.
- ❖ *Verbis contractae* - **obbligazioni verbali** (da *verba* - parola): quelle che si perfezionano con la **pronuncia di parole solenni**. Anche sbagliare una singola parola farà venir meno il vincolo dell'obbligo.
- ❖ *Litteris contractae* - **obbligazioni letterali**: quelle che si perfezionano in presenza di un **documento scritto**, appunto, la *littera*.
- ❖ *Consensu contractae* - **obbligazioni consensuali**: quelle che si perfezionano in presenza di un effettivo **accordo** tra le parti, cioè, appunto, il consenso. Solo in questo caso l'accordo *sufficit*, perché negli altri casi ci vuole qualcosa di più, che contraddistingue appunto le categorie, sebbene il fondo della relazione tra i due cives rimanga l'accordo. Questa è la categoria più recente delle categorie di obbligazione a Roma, prima ci voleva qualcosa di più che vincolasse ulteriormente sul piano formale, ma ora che Roma si sta espandendo ci vuole una categoria che risponda ad esigenze diverse, per esempio quella di dover fare contratti tra persone parlanti diverse lingue. Il consenso coincide ora con il sorgere del vincolo dell'obbligazione.

Art. 1321 c.c.: l'obbligazione da contratto è l'accordo tra due o più pari. **Oggi**, nel nostro ordinamento, è quindi rimasta questa forma. Oggi l'obbligazione da contratto nasce se c'è l'accordo tra le parti. Il contratto è l'accordo, il consenso, in quanto sono rimaste le stesse problematiche che hanno cominciato a caratterizzare Roma in espansione. Sono rimasti ricordi delle antiche categorie, come il contratto di compravendita immobiliare, che richiede forzatamente la forma scritta, ma è solo un'eccezione.

Nulla impedisce che ad un contratto perfezionatosi con il consenso si accompagni anche una **forma scritta**, né oggi né nell'antica Roma, anzi, oggi è una pratica frequentissima, ma il documento ha una funzione in più, che non perfeziona, bensì fornisce una **prova**. Non è il documento scritto che fa sorgere l'obbligazione,

quindi non è necessario al fine della restituzione della somma di denaro prestata, per esempio. Il documento ha **valore** costitutivo (expensilatio) o **probatorio** (prova che l'obbligazione è sorta).

OBBLIGAZIONI REALI

- ❖ **In senso proprio:** si trasferisce la **proprietà** della res. Trasferire la proprietà significa trasferire il diritto più forte che io posso avere sulla cosa, più forte della detenzione e del possesso, tale per cui io posso anche distruggere la *res*, in quanto ne posso disporre liberamente. Si trasferisce la più ampia attribuzione che ho della res. Gaio indica che la prima obbligazione reale in senso proprio è il **MUTUO** (mutuo: *da meum a tuum*).

L'obbligo di restituzione di una somma di denaro sorgerà al momento del trasferimento della suddetta res. C'è stato un accordo, ma non basta. Dei soldi è stata trasferita la proprietà, quindi non sono obbligato a restituire la stessa banconota o moneta che mi è stata prestata, l'importante è che venga restituita la quantità corrispondente.

Il mutuo riguarda infatti le **res fungibili**, cioè sostituibili con altre res dello stesso genere, che possono essere costituite anche da alimenti, come olio, vino o frumento, che posso mangiare e bere, e che quindi sostituirò con cibo dello stesso genere al momento della restituzione.

- ❖ **In senso improprio:** non si trasferisce la proprietà, ma qualcosa di diverso dal diritto di proprietà, un'attribuzione meno forte, detenzione o possesso:

- **Comodato** (da *commodum* = gratuità): si trasferisce la **detenzione di cordialità**; è il prestito d'uso gratuito di una *res*. Le parti che concludono un contratto di comodato si chiamano: **comodante** (colui che presta la res) e **comodatario** (colui che riceve la res in prestito e deve restituirla alla scadenza). L'obbligazione di restituzione sorge in capo al destinatario quando si perfeziona il trasferimento della res.

Il comodato, istituto estraneo allo *ius civile* dell'età arcaica e classica (perché i *mores maiorum* davano per pacifica la restituzione della res ricevuta e le leggi comiziali non erano sufficienti), non lo è per lo *ius honorarium*, infatti ottiene varie azioni, perché il pretore interviene a tutelare una prassi che, a quanto pare, era molto diffusa a Roma.

Il pretore concede sia **azioni dirette**, concesse cioè a favore del comodante:

- Nell'ipotesi in cui la **stalla** rimaneva **vuota**, il cittadino si interrogava sulla propria posizione giuridica e andava a consultare l'ordinamento: nella fase classica non era prevista questa opzione, quindi si faceva riferimento al pretore, che verificava che la stalla fosse vuota e che l'altra parte non avesse ragioni per trattenere la cosa dopo la scadenza del termine; eventualmente, gli concedeva un *actio*, che in questo caso prende il nome di ***actio commodati in factum directa***. Il presupposto per ottenere questa azione è la mancata restituzione della *res*. Grazie all'azione si ha la possibilità di iniziare un processo che potrà portare alla sentenza di condanna come se ci fosse stata una norma che prevedeva e regolava questa fattispecie. La **sanzione** è già **quantificata**, perché consiste nel valore del cavallo non restituito. L'azione è stata recepita dal nostro ordinamento nell'art. **1809** c.c. (**restituzione**).
- Nell'ipotesi in cui il cavallo non sia stato utilizzato nel modo concordato, ma sia stato **restituito in modo deteriorato**, e cioè fatto lavorare fino allo stremo anziché per un breve tratto di terreno, si chiedeva comunque la concessione dell'azione per interessi pregiudicati. Il pretore non poteva concedere *l'actio commodati*, perché questa aveva come presupposto la mancata restituzione della res. Il pretore concede quindi una seconda azione: ***actio commodati in ius directa***, che ha come presupposto la restituzione di una *res* deteriorata a causa di uso difforme. La sanzione **non** è già quantificata, varia a seconda del danneggiamento. L'azione è stata recepita dal nostro ordinamento nell'art. **1807** c.c. (**deterioramento per effetto dell'uso**).

Sia **azioni contrarie**, a favore del comodatario:

Nell'ipotesi in cui **presto uno schiavo** ad un amico per tagliare il fieno, lo schiavo **si taglia in maniera grave** e l'amico chiama il medico e lo fa salvare pagando il medico, ma il comodante non vuole pagare il lavoro del medico al comodatario, l'amico va dal pretore per farsi concedere un'azione al fine di essere risarcito. Il pretore concede un ***actio commodati in factum contraria***, perché concessa al comodatario. Il mancato rimborso delle spese necessarie a

salvare lo schiavo è il presupposto di questa azione. *In factum* perché la condanna è già **determinata**, nel senso che la **sanzione** consiste nella parcella del medico. Il presupposto per l'esercizio di tale azione è quindi il mancato rimborso delle spese necessarie e straordinari sostenute dal comodatario in caso di un evento imprevisto. Il comodatario ha più interesse del comodante a salvare lo schiavo, poiché in caso contrario non lo restituirebbe e incorrerebbe nella mancata restituzione della res.

Tale fattispecie è prevista dal nostro ordinamento nell'art. 1808 c.c., com.2 (**spese straordinarie**).

- Caso delle **vasa vitiosa**: se presto ad un amico delle botti per la conservazione del vino da vendere, ma queste botti si scoprono non essere ermetiche, quindi vizzate, e si perde così tutto il vino, ma il comodante non ha intenzione di pagare il danno, il comodatario chiede al pretore che gli venga concessa un'azione contraria. Il pretore non può concedere *l'actio commodati in factum contraria* poiché la fattispecie è diversa, ma gli concede *l'actio commodati contraria in ius*, esperibile per i danni provocati dalla *res vitiosa commodata*. Il risarcimento verrà stabilito in base alla misura del danno. Il giudice deve quantificare il danno in base alla dimostrazione da parte del comodatario di quanto vino avrebbe venduto al mercato se non fosse andato perduto, per esempio.

Tale fattispecie è prevista anche nel nostro ordinamento nell'art. 1812 c.c. (**danni al comodatario per vizi della cosa**).

Successivamente il contratto di comodato assume una rilevanza tale da sussumere nel sistema dello *ius civile*, a seguito dell'emanazione di una norma dotata di forza coattiva che fa riferimento alla fattispecie generale ed astratta, non al caso concreto. Il comodato nel **nostro ordinamento** è regolato nel libro IV, dopo le obbligazioni, in particolare dall'art. 1803 in poi.

- **Deposito**: si trasferisce la **detenzione di servizio**, qualificazione inferiore rispetto alla proprietà, poiché il depositario non può usufruire della res ed è gravato dall'obbligo di restituire la res ricevuta (esempio: lascio la macchina al parcheggiatore);
- **Pegno**: si trasferisce il **possesso**. Contratto finalizzato a garantire la restituzione della res, in particolare nella fase più arcaica e risalente; chi riceve la res diviene possessore della stessa.

Tutte sono obbligazioni reali in quanto trasferiscono in capo a chi riceve la res un obbligo.

OBBLIGAZIONI VERBALI

Le obbligazioni verbali si perfezionano con la pronuncia di parole solenni, pertanto non sussiste la necessità del trasferimento della res. Le obbligazioni verbali fanno parte della fase arcaica, durante la quale si conferisce rilievo all'oralità e a dei profili formali che risultano incompatibili con una fase più avanzata. Gaio distingue due fattispecie di obbligazioni verbali:

- ❖ **Sponsio**: prestito di una **somma di denaro**. L'obbligo di restituire una somma di denaro sorgeva solamente quando erano pronunciate determinate parole solenni in latino, senza le quali non si perfezionava il rapporto obbligatorio:
 - *Spondes mihi centum dari? - Prometti di dare a me 100 sesterzi?*
 - *Spondeo - Prometto*; se si fosse risposto *Prometti*, che vuol dire la stessa cosa, non si sarebbe perfezionata l'obbligazione letterale. Il formalismo costituisce una componente fondamentale delle obbligazioni da contratto nella fase arcaica.

C'erano anche dei testimoni nella pratica, ma l'obbligazione si perfezionava con questa formula. Questa forma fa parte della **fase arcaica**, quindi sarà superata con l'espansione di Roma, a causa della quale non si potrà più contare sulla lingua latina e sul reciproco rispetto presente tra i pochi consociati di una piccola comunità agricola.
- ❖ **Stipulatio**: quando la *sponsio* come istituto non sarà più adatto, in quanto Roma espande i propri confini ed entra in contatto con soggetti che parlano lingue diverse e che non sono più legati al rigore formale degli antichi *mores maiorum*, ad essa si sostituisce una **nuova obbligazione verbis contracta** che è la **stipulatio**. La moderna stipulazione è quindi lo sviluppo della *obligatio verbis contracta* chiamata *sponsio*, ed è un modo per far sorgere un'obbligazione tra due componenti della collettività romana caratterizzato dalla pronuncia di parole che **non** sono più **latine**, il rigido e immutabile formulario della *sponsio*, ma **qualsiasi tipo di parole** che consentisse l'incontro delle volontà tra due soggetti. Occorre che ci sia la **pronuncia di una reciproca manifestazione** di volontà di un soggetto e di un altro. La stipulazione è un contratto che si caratterizza dalla presenza dei *verba*, così come caratterizzava la

sponsio, ma la **modernità** della *stipulatio* consiste nel fatto che **si possano usare parole diverse rispetto a quelle dell'antico formulario**. Questa forma di obbligazione contrattuale troverà fortuna anche in epoca successiva, tant'è che **oggi la gran parte delle obbligazioni contrattuali si perfezionano in forma verbale** nel nostro ordinamento, visto che si fondano sulla reciproca enunciazione di frasi. Tuttavia, si poneva fin da subito il **problema di provare** che davvero ci fosse stata questa manifestazione reciproca per far incontrare le volontà e perfezionare il vincolo obbligatorio, il che giustifica anche la denominazione di questo istituto: lo *stips* era una parte di una bacchetta di legno che veniva **spezzato** al momento del **sorgere** del vincolo tra i due soggetti che stavano perfezionando la *stipulatio* e che, per confermare che fosse avvenuto lo scambio verbale, veniva **riunito a conferma** della continuità di questo pezzettino di legno, per provare che tra questi due soggetti si fosse perfezionato un vincolo obbligatorio di natura contrattuale.

OBLIGAZIONI LETTERALI

Sono obbligazioni che si perfezionano con un documento scritto.

È possibile individuare diverse ipotesi di obligationes litteris contractae che si evolvono nel tempo.

❖ **Nomen transcripticium/expensilatio**: la più antica forma di *obligatio litteris contracta* trova origine nel *codex accepti et expensi*, ossia il libro contabile posseduto da ogni *pater familias* e costituito da due rubriche, una delle entrate (*acceptum*) ed una delle uscite (*expensum*). Gaio insegna che fosse sufficiente l'indicazione del nome di un *civis* romano nel libro contabile per far sorgere in capo allo stesso un'*obligatio litteris contracta*. Tale obbligazione si colloca nella fase più risalente di Roma, in cui le antiche consuetudini non permettevano la falsificazione. Si tratta infatti di un'obbligazione fondata sulla fiducia: era lo stesso creditore a trascrivere il nome del debitore nel libro contabile. Si poteva quindi utilizzare quando la collettività era formata da poche persone legate da vincoli di parentela e amicizia, ma quando Roma si espande non ha più senso che l'obbligazione sorga solo quando il creditore si segni il nome del debitore, perché tutti avrebbero potuto scrivere nomi di persone a piacimento, il che non era un'ipotesi fattibile. Nella fase arcaica nessuno si sarebbe mai immaginato di falsificare il libro contabile, ma si tratta di una caratteristica precisa di quella fase, che non poteva reggere allo sviluppo di Roma, perché sarebbe stato troppo facile modificare anche solo la somma da parte del creditore.

Contestualmente all'espansione di Roma, il *nomen transcripticium* entra progressivamente in desuetudine per due ordini di ragioni: il ruolo del *pater*, titolare del patrimonio, subisce un'attenuazione e la popolazione diventa più ampia e variegata. Dal *nomen transcripticium* maturano quindi due nuove forme di *obligatio litteris contracta*, recepite dal diritto greco:

- ❖ **Chirografo**: documento in unico originale conservato dal creditore, ma redatto di fronte al debitore, il quale sottoscriveva il documento.
- ❖ **Singrafe**: il problema della falsificazione si supera definitivamente con la *singrafe*, un documento redatto in doppio originale, uno per il creditore e per il debitore.

La differenza tra il primo e gli altri due risiede nel fatto che nella *expensilatio*, senza il documento, l'obbligazione non sorge, quindi ha valore costitutivo, mentre negli altri casi sorge lo stesso, la scrittura serve solo a provare quello che si è accordato, quindi ha **valore probatorio** di un vincolo che è comunque sorto. La sostanza diventa più importante della forma, che ora serve solo per provare ciò che era già stato perfezionato.

OBLIGAZIONI CONSENSUALI

L'accordo *sufficit*, il consenso delle parti è sufficiente a perfezionare il contratto. Si tratta del tipo di obbligazione più recente dal punto di vista storico, poiché si afferma nella fase più evoluta del diritto romano. Anche oggi l'obbligazione è solo *consensu contractae*.

Si distinguono quattro tipi di *obligatio consensu contracta*:

❖ **Emptio venditio (compravendita)**: scambio della cosa contro il prezzo. I soggetti che perfezionano una compravendita sono: **emptor** (compratore, obbligo di pagare il prezzo) e **venditor** (venditore, obbligo di consegnare la *res*), a fronte del pagamento di un prezzo, che i romani chiamano **pretium**. C'è un'**obbligazione reciproca**, senza la necessità di un ulteriore rigore formale, perché tutto deve svolgersi nella maggior concretezza possibile al fine di raggiungere gli scopi delle parti, qualsiasi fosse la forma, il che decreta l'abbandono del rigore formale.

- ❖ **Locatio conductio (locazione):** con la compravendita ha *aliquam familiaritatem*, cioè una certa somiglianza, perché anche qui sorgono obbligazioni reciproche in relazione alla consegna della *res* e al pagamento di un prezzo. Non c'è però identità siccome il **trasferimento della res** in questo caso è **temporaneo**, mentre nella compravendita è definitivo. I due soggetti coinvolti sono: **locator** (locatore, proprietario della *res*) e **conductor** (conduttore, colui che riceve il bene e lo usa come se fosse il proprietario per un certo periodo di tempo). Il corrispettivo pagato si chiama **canon**, il canone. Sorge l'obbligazione di pagare il canone in capo al conduttore e di consegnare temporaneamente la *res* in capo al locatore. La locazione, nel diritto romano, è di tre diversi tipi, che ha importanti riflessi sul diritto positivo:
 - **Locatio rei:** locazione della cosa, dell'immobile.
 - **Locatio operis:** locazione dell'opera. Quando un cittadino romano mette a disposizione di un altro la propria **attività lavorativa qualificata** (un orefice che fa un anello, un sarto che fa un vestito), che soltanto lui può compiere. Oggi prende il nome di **obbligazione di risultato**. Oggetto della locazione non è la cosa, bensì l'attività, che è temporanea.
 - **Locatio operarum:** locazione delle opere. Quando un cittadino romano mette a disposizione di un altro la propria **attività lavorativa NON qualificata**, la quale, di regola, è svolta dagli **schiaivi**. Oggi prende il nome di **obbligazione di mezzo**, che è quella, per esempio, di un medico o di un avvocato, perché questi non possono garantire un risultato certo.

- ❖ **Societas (società):** obbligazione che si perfeziona quando le parti del contratto raggiungono l'accordo e che consiste nella messa in comune di un **patrimonio** per raggiungere uno scopo. Due o più soggetti, chiamati **soci**, mettono in comune il proprio patrimonio per raggiungere un determinato risultato. Ci sono due tipi di società, e questa distinzione interessa soprattutto se la società **non** ha fortuna, perché in questo caso c'è una disciplina diversa per pagare i debiti, il che è la premessa per la disciplina dell'**autonomia patrimoniale**:
 - **Societas omnium bonorum:** società di **tutti i beni**, in cui i soci mettono in comune tutti i loro beni. I **debiti sono pagati con tutto il patrimonio dei soci**, il che vuol dire che i **soci rispondono ai debiti della società con tutto il loro patrimonio individuale**. Non c'è autonomia patrimoniale.
 - **Societas alicuius negotii (unius rei):** società per **un solo affare**, in cui i soci mettono **in comune solo una parte del proprio patrimonio**. In seguito, ci sarà anche la possibilità di far inserire un diverso apporto a ciascuna delle parti. I **debiti sono pagati con solo una parte del patrimonio**, il che vuol dire che i soci ne rispondono solo in base a quanto hanno investito, salvando il resto. C'è autonomia patrimoniale.Tale distinzione viene recepita nell'ordinamento odierno, nel quale si distinguono le società di persone e le società di capitali.

- ❖ **Mandatum (mandato):** obbligazione in base alla quale un soggetto si impegna a compiere atti per conto di altro soggetto a titolo gratuito (art. 1703 c.c., libro IV: il mandato è l'obbligazione da contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto dell'altra). L'obbligazione non sorge quando comincio a svolgere l'attività, bensì quando ci siamo accordati perché l'azione possa essere svolta, **sufficit consensu**.

Queste tipologie di contratto sono le più moderne e riflettono la trasformazione della collettività romana. Tutte queste ipotesi perfezionano i vincoli obbligatori reciproci con il semplice accordo tra le parti, il che vuol dire che sono contratti che hanno natura consensuale e obbligatoria. Il tema delle obbligazioni consensuali consiste nel fatto che il **documento** ha solo **scopo probatorio**, in quanto **il contratto si perfeziona senza alcun tipo di rigore formale**, il che avviene poiché si verificano sempre più vendite e si richiede sempre meno formalità.

OBBLIGAZIONI DA DELITTO

Obbligazioni che nascono da un **delitto**, che in generale sarebbe un **atto illecito**, cioè difforme dalle regole dell'ordinamento, il che comportava una **responsabilità extra-contrattuale**, che si differenzia da quella contrattuale, perché in questo caso non c'è un accordo tra le parti. Le obbligazioni da delitto rappresentano quindi qualcosa che segue l'introduzione delle obbligazioni da contratto, almeno intese come modo per far sorgere l'*obligatio* in capo al cittadino romano, perché il fatto che sia *extra-contrattuale*, presuppone che prima ci fosse lo studio della responsabilità contrattuale.

Interessa nella nostra sistemazione della materia lo studio di una **conseguenza esclusivamente patrimoniale**, a cui poteva rispondere, almeno nella fase originaria, solamente il *pater familias*; soltanto in sede di evoluzione quest'ultimo potrà rispondere anche per atti illeciti compiuti da sottoposti.

Gaio ci racconta che le ipotesi di delitto sono 4:

- ❖ **Furtum: sottrazione di cosa altrui**; le fonti, anche non giuridiche, ma letterarie, ci raccontano della possibilità di estendere il furto anche ad altre fattispecie, non esclusivamente legate alla sottrazione della cosa. La sottrazione di una cosa altrui, a motivo della frequenza di questa fattispecie, permetterà, nella storia del processo romano (sistema che permetterà di applicare la sanzione pecuniaria), di **standardizzare le conseguenze** del furto. Questa standardizzazione comporta, per esempio, la distinzione tra:
 - Furto **manifesto** (in flagranza di reato): punito con il *quadruplum* del valore della cosa rubata;
 - Furto **non manifesto**: punito con il *duplum* del valore della cosa privata. In presenza di aggravanti, quali ad esempio il furto notturno, la sanzione poteva aumentare.
 - **Actio furti**: sotto il profilo della tutela del soggetto che aveva subito la sottrazione della cosa di sua proprietà, il diritto romano introduce un'azione che poteva essere richiesta al pretore per tutelarsi di fronte ad un caso neanche ipotizzabile, perché nella originaria collettività neanche si poteva immaginare che qualcuno sottraesse una cosa altrui.Le modalità di irrogazione della sanzione sono analoghe a quelle delle obbligazioni contrattuali, perché si trattava in ogni caso di prevedere una sanzione di natura pecuniaria.
- ❖ **Rapina** (furto + violenza): trova applicazione in una serie di fattispecie affrontate in maniera analitica dalle fonti, che considerano la **violenza un'aggravante** e, per questo, prevedono sanzioni anche maggiori di quelle previste per il caso di furto. Le finalità però erano le medesime, ovverosia quelle di porre fine ai saccheggi che interessavano alcune aree di Roma. C'era la necessità di reprimere comportamenti estranei e imprevedibili nella fase originaria di sviluppo di Roma.
- ❖ **Damnum iniuria datum**: consiste nel danno dato con l'ingiuria e deriva da una **legge comiziale** che aveva represso una serie di illeciti, di cui si conservano però solo due ipotesi precise:
 - **Uccisione di uno schiavo o di un animale** altrui;
 - **Ferimento di uno schiavo o di un animale** altrui.Se non c'è volontarietà, da non confondere con la colpa, ci sarà una diminuzione della sanzione. Queste ipotesi ci fanno pensare alla risalenza dell'originaria disciplina di queste fattispecie, che infatti richiama l'antica *lex aquilia*, che per prima si era occupata di reprimere i comportamenti illeciti dei cittadini romani.
- ❖ **Iniuria**: ipotesi di **danneggiamenti meno gravi** rispetto a quelli previsti dal *damnum iniuria datum* (esempio: rottura di un osso di un cittadino romano nei confronti di un altro cittadino romano).

Il comando primario, una volta non rispettato l'obbligo, non è più sufficiente, implica l'entrata in gioco del **comando secondario**, ovverosia la trasformazione delle posizioni giuridiche: diritto soggettivo → azione; obbligo → sanzione. Ora ci occuperemo della disciplina del comando secondario. Interessa sapere come il comando secondario, che regola il rapporto processuale, consenta ad un cittadino romano di condannare la controparte.

L'irrogazione della sanzione non avviene per mano del titolare dell'azione, poiché l'autotutela, la legge del taglione, era molto antecedente all'elaborazione classica delle *Istituzioni* di Gaio, che consentono di immaginare uno strumento che consenta, una volta ottenuta l'azione e cominciato il processo, di condannare la controparte. Questa possibilità di irrogare una sanzione nei confronti di un consociato si chiama **processo**, all'esito del quale sarà erogata la sanzione, il che costituisce il potere del titolare dell'azione. Troveremo processi diversi, in quanto gli istituti che lo regolano subiranno un'evoluzione.

PROCESSO

Il termine deriva dal verbo latino procedere, il che ci permette di capire come il processo sia una serie continuativa di atti finalizzati alla definizione della lite, la quale coincide con la *sententia*, l'atto finale con cui si pone fine alla controversia tra consociati e che può essere di condanna o assoluzione. Il termine

processus si impone però solo in età medievale per indicare appunto la sequenza di atti che doveva portare alla decisione da parte del giudice. Gli antichi Romani parlavano di *actiones*.

È sempre bene ricordare che la sentenza non è emessa da colui che concede l'azione, cioè dal pretore. Lo Stato, infatti, vieta al privato l'autotutela, e gli impone di ricorrere al magistrato, il quale sentirà le sue ragioni e, dopo averne riconosciuto la fondatezza, mettere a sua disposizione la forza dello Stato, perché la situazione di fatto si adegui alla situazione di diritto. Già allora, la conoscenza non poteva precedere l'azione, principio che costituisce il fondamento della distinzione tra processo di cognizione e il processo di esecuzione. Se lo scopo del processo è quello di superare l'incertezza sull'esistenza o titolarità di un diritto esso viene definito processo di **cognizione**. Se lo scopo è quello di superare la resistenza opposta all'attuazione di un diritto il processo è detto di **esecuzione**.

Il diritto romano conosce tre diversi tipi di processo civile, che corrispondono alle tre fasi della storia dell'antica Roma e i cui istituti saranno coerenti con lo sviluppo di queste:

Arcaica	Classica	Post-classica e giustiniana
<p>Processo PER LEGIS ACTIONES, per le azioni della legge</p>	<p>Processo PER FORMULAS, per formulare</p>	<p>Cognitio extra ordinem</p>
<p>Roma è una piccola comunità formata da poche persone legate da vincoli di parentela e amicizia, e in cui il diritto era caratterizzato da oralità e formalismo.</p>	<p>Il potere legislativo è nelle mani dei rappresentanti del popolo.</p>	<p>Cambia radicalmente la gestione del potere, che non è più nelle mani del popolo, ma torna ad essere concentrato nelle mani di una sola persona. Anche il potere legislativo si concentra nelle mani dell'imperatore, tant'è che l'ordinamento è formato soltanto dalle leggi imperiali. Il riflesso della concentrazione dei poteri sul profilo processuale è che non si permette più ad un cittadino privato di avere il potere giudiziario, forse il più importante. L'imperatore accentra su di sé anche il potere giudiziario, quello di emettere sentenze.</p>
<ul style="list-style-type: none"> ❖ Oralità (il processo era orale, anche se erano tenuti dei verbali della celebrazione del processo); ❖ Formalismo (tutti i componenti parlavano la lingua latina, adatta a tutelare i pochi casi di obblighi che si verificavano all'epoca). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Forma scritta (si caratterizzava per la presenza di un documento scritto chiamato formula); ▪ Mancanza di formalismo (per superare un principio adatto solo alla fase più arcaica). 	<ul style="list-style-type: none"> • Il giudice (iudex) è l'imperatore • Processo pubblico, perché il giudice è una pubblica autorità, che in questo caso coincide addirittura con la figura dell'imperatore; • Delega a funzionari per la decisione delle controversie. I funzionari decidono in nome dell'imperatore, che così conserva il ruolo di sommo giudice (decidono vice sacra, al posto dell'imperatore); • Appellatio (riesame della sentenza): se la sentenza risultava nulla, essa era

		priva di efficacia. Nullità = improduttività degli effetti.
Il processo è rappresentato da una serie di formulari che dovevano essere pronunciati dalle parti. Esistevano solo 5 casi per poter far valere i propri diritti nella fase arcaica, perché 5 erano i formulari prestabiliti. Se si sbagliava a pronunciare le parole contenute in questi formulari perdeva a prescindere, perché il rigore formale superava la sostanza.	Non c'è un riesame della sentenza, ma non ci poteva essere una mancanza di fiducia nei confronti dei giudici terzi.	Visto che l'imperatore era uno e non poteva essere onnipotente, non poteva gestire tutti i processi da solo, per cui delega a funzionari. Esiste una legge che i funzionari devono rispettare ed esiste la possibilità per l'imperatore di controllarne il rispetto e l'applicazione. Se non si è d'accordo con la sentenza emanata da un funzionario, giudice che non si poteva scegliere, a differenza di quello privato, si poteva richiedere un riesame della sentenza.
Questo tipo di processo venne in odio ai cittadini, che non si sentivano tutelati, così, gradualmente, cambiò il sistema processuale	L'imperatore non poteva contemplare il fatto che il potere giudiziario, forse il più importante, nelle mani dei rappresentanti del popolo.	

Possiamo quindi individuare due sistemi:

- **Ordu iudiciorum privatorum:** sistema che comprende il processo dell'età arcaica e dell'età classica. Sistema che comprende i giudizi privati, dei processi privati. Entrambi questi processi si chiamano privati perché il giudice (iudex) romano è un cittadino privato. Colui che emette la *sententia* è un cittadino privato. Non c'è un riesame della sentenza, perché si sceglieva il giudice e si accettava fin dall'inizio la sua decisione. Visto nella fase arcaica Roma era una piccola comunità legata da legami di parentela e amicizia, in cui vigeva il rispetto per il *pater familias*, non c'era disaccordo per la decisione del giudice, che ci sarà invece nella fase classica, dove non ci si fiderà più dei terzi.
- **Cognitio extra ordinem:** si affida all'imperatore, quale giudice supremo, il potere di emettere sentenze. Il giudice è quindi una pubblica autorità. Siamo di fronte ad un *homo deus*, perché nelle sue mani sono concentrati tutti i poteri riconducibili ad una figura statale

PROCESSO PER LEGIS ACTIONES

Legis actiones significa azioni di diritto, cioè azioni conformi alle norme di diritto.

Abbiamo notizie molto limitate riguardo questo processo, come per tutto ciò che riguarda la fase arcaica di Roma; eventuali documentazioni, che ci consentirebbero di ricostruire perfettamente la procedura analitica del processo, si sono perse. La ricostruzione è resa ancora più difficile dalla natura orale che tutti gli istituti avevano all'epoca. Nonostante questo, sappiamo che la seconda caratteristica era il formalismo, che altresì caratterizzava tutti gli istituti dell'epoca. Oralità e formalismo riguardano quindi sia i comandi primari che secondari, comprese le procedure processuali.

Conosciamo le *legis actiones* perché Gaio, nel libro IV, descrive una storia del processo. Quando lui scrive, queste *legis actiones* erano solo un ricordo lontano, quindi è possibile ne esistessero tante altre a tutela di tante altre cose.

Il processo per *legis actiones*, così come poi anche il processo formulare, è bifasico, si divide in due stadi. Il primo, **in iure**, si svolge dinanzi al magistrato; il secondo, **apud iudicem**, presso il giudice. In questa fase, magistrato è il pretore; giudice è un privato, nominato dal pretore.

Non c'è bisogno di un sistema processuale particolarmente complesso, perché i casi che lo necessitano sono estremamente pochi e precisi, infatti le *legis actiones* erano **cinque** ed erano tipiche; inoltre erano esperibili solo dal *pater familias* per la tutela di rapporti previsti dallo *ius civile*.

Si distinguono le *legis actiones* di cognizione e le *legis actiones* esecutive. La distinzione delle *legis actiones* non è stata elaborata dagli antichi Romani, bensì nell'età moderna, seguendo l'ordine e la *ratio* con cui erano presentate nei codici.

I privati, che sono parti del rapporto processuale, assumono nelle qualifiche di:

- Attore (*actor*, soggetto titolare dell'azione nel comando secondario);
- Convenuto (*reus*, parte che è rimasta inadempiente).

LEGIS ACTIONES DI ACCERTAMENTO

1. *Legis actio sacramento* (= giuramento nel nome della divinità): formulario con il quale le parti giuravano la bontà della propria posizione giuridica davanti agli dei. L'affidare la certezza della propria fondatezza agli dei non poteva che rientrare nel processo arcaico. Pur di non offendere la divinità con lo spergiuro, infatti, si presumeva che la parte in torto si ritirasse. Solo la pronuncia di determinate parole poteva dar luogo alla condanna della controparte. Lo sbaglio di una sola parola del formulario non consentiva di ottenere soddisfazione dei propri interessi. Il rigore della forma supera addirittura la sostanza. È un processo che chiaramente si adatta a chi parla solo la lingua latina e ai soli *cives* della Roma più antica e circoscritta. Era una *legis actio*, perché riguardava in generale tutte le ipotesi. Fin da questo momento così risalente, questa *legis actio generale* potrà essere usata in due diversi casi, che affrontano per la prima volta la differenza tra diritti reali e obbligatori:

1.1. *Legis actio sacramento in rem*: assicura la difesa di un diritto reale, assoluto, opponibile *erga omnes* (in origine, della proprietà, in seguito anche potestà o signorie relative a rapporti di tipo familiare o ereditario, accertamento dello stato di una persona come libero o schiavo e tutela di servitù prediali e usufrutto). L'attore portava *in ius* la persona o la cosa su cui avanzava una pretesa. Originariamente non era prevista la presenza di entrambe le parti. Se la controparte non fosse stata presente, il magistrato avrebbe autorizzato l'attore a portare con sé la persona o la cosa. Se la controparte si fosse presentata, si sarebbe aperta una lite nelle forme previste dalla legge. In un momento successivo ambedue i contendenti dovevano essere presenti. Il *vocatus* (colui che era stato convocato) era obbligato a seguire *in ius* l'attore. Se non lo avesse fatto, l'attore avrebbe potuto trascinarlo con la forza. Il *vocatus* poteva però evitare di seguire immediatamente l'attore presentando un *vindex*, che garantiva che egli si sarebbe presentato in un giorno stabilito e, se non lo avesse fatto, ne avrebbe subito personalmente le conseguenze.

Presenti le parti dinanzi al magistrato, chi inizia la lite compiva la solenne *vindicatio* della cosa (di uno schiavo, per esempio) con precise parole e, nel mentre, toccava con una *vindicta* (bacchetta) la cosa. Se nessuno avesse contestato questa affermazione, il magistrato avrebbe autorizzato chi aveva esperito l'azione a portare con sé lo schiavo. L'avversario poteva però opporre alla *vindicatio*, con le medesime parole di medesimi gesti, la sua *controindicatio*. Dopodiché, avvenendo nell'età arcaica una finzione di lotta, il magistrato imponeva alle parti di desistere. La solenne dichiarazione del diritto dell'attore (cui segue la contro dichiarazione del convenuto) costituisce la *litis contestatio*, che sarebbe la solenne dichiarazione dell'oggetto della contesa dinanzi a testimoni, dopo la quale seguiva la nomina immediata del giudice e che, quindi, costituiva la fine della fase *in iure*. Allora le parti, dopo lo scambio di altra formula solenne, si sfidavano vicendevolmente al *sacramentum*, il quale, successivamente, perse l'originario carattere religioso e divenne un giuramento-scommessa per cui entrambe le parti depositavano un certo numero di animali a testa. La *lex Tarpeia* sostituì gli animali con promessa di pagare una somma di denaro (50 o 500 assi) all'erario, in caso di soccombenza. Il pagamento era assicurato da garanti. La cosa oggetto della controversia era dal pretore assegnata a chi tra le parti sembrava vantare il maggior diritto: il possessore doveva o meno restituire e garantivano la restituzione della cosa e dei frutti i garanti. La cosa era presente *in ius* se facilmente spostabile; altrimenti compariva un simbolo di essa.

1.2. *Legis actio sacramento in personam*: serve alla difesa dei diritti relativi obbligatori, cioè dei diritti opponibili nei confronti di una persona determinata, come i diritti di credito. Chi si affermava creditore doveva dire, con una precisa formula, al presunto debitore quanto questi gli dovesse. Se il convenuto riconosceva il debito, la sua confessione, ossia la *confessio in iure*, era equiparata ad una pronuncia del giudice. Alla negazione del debitore, avveniva la reciproca sfida al *sacramentum*, come sopra. Se egli non confessava, ma nemmeno negava, rimanendo in silenzio, l'attore continuava il rito pronunciando un'intimazione e probabilmente esercitava la *manus iniectio*. Se il *sacramentum* veniva dichiarato *iustum*, infatti, il magistrato autorizzava l'attore a

portare il convenuto nella sua prigione domestica. Se necessario, seguiva un nuovo processo per stabilire l'ammontare del debito e l'esecuzione nella forma della *manus iniectio*.

Con la Lex Pinaria il giudizio sul *sacramentum* fu affidato a un *iudex* scelto dal magistrato.

Inizialmente, la nomina dello *iudex* era immediata. Successivamente, si stabilì che le parti dovevano tornare davanti al magistrato trenta giorni dopo il compimento delle formalità dell'agere *sacramento* per la designazione del giudice.

2. **Legis actio per iudicis arbitrive postulationem**: si occupa della domanda al giudice o all'arbitro. È più semplice e rapida della *legis actio sacramento*, né importa, per il soccombente, alcuna perdita economica a titolo di pena processuale. La dichiarazione dell'attore contiene la menzione della causa, per la quale si agisce; si agisce nelle ipotesi tassativamente disposte dalla legge, che quindi cominciano ad essere specificate e che corrispondono a quelle per le quali il cittadino chiede più frequentemente tutela. Gaio ne enumera tre, le prime due previste dalla legge delle XII tavole, l'altra da una *lex Licinia*:
 - 2.1. Pagamento di una somma (per crediti nascenti da *sponsio* o in caso di debito da *stipulatio*);
 - 2.2. Questioni ereditarie;
 - 2.3. Giudizi divisori tra condomini.

L'attore dichiarava quanto il convenuto gli dovesse. Se il convenuto avesse negato, l'attore avrebbe nominato un giudice oppure, nel caso dei giudizi divisori, un arbitro, ossia un tecnico in possesso delle competenze necessarie ad operare la divisione. La pronuncia della sentenza spettava dunque al giudice o all'arbitro. Questa *legis actio* è più recente e tiene conto delle esigenze dei cittadini, quindi è frutto di un'evoluzione del sistema processuale.

3. **Legis actio per conditionem**: è la *legis actio* più recente e che, quindi, tiene ancora conto delle esigenze dei cittadini, è frutto di un'evoluzione del sistema processuale. Le tematiche più care erano evidentemente il denaro ed i beni, infatti questi sono i debiti per i quali è necessario che intervenga il sistema processuale:

- 3.1. Certa pecunia (debiti di una certa somma di denaro, introdotta dalla legge *Silia* nel III sec. a. C.);
- 3.2. Certa res (introdotta dalla legge *Calpurnia* nel III sec. a. C.).

L'attore affermava il suo credito e chiedeva al convenuto se lo riconosceva o lo negava. Se il convenuto ammetteva, la sua conferma, ossia la *confessio in iure*, aveva gli stessi effetti di una condanna. Se negava, l'attore gli intimava di ritrovarsi, insieme con lui, dinanzi al magistrato entro 30 giorni, per la nomina del giudice, il quale avrebbe poi deciso la causa. Il vantaggio era quello di non costringere a prestare il *sacramentum*. Inoltre, non prevedeva che l'attore facesse riferimento al fatto giuridico da cui il suo credito era sorto, il che eliminava la possibilità di errori.

Le ipotesi sono ancora poche e ben delineate, ma si sente l'esigenza di evolversi per portare la struttura processuale verso la massima copertura di ogni ipotesi cara ai cittadini.

Tutte e tre le *legis actiones* si chiamano: **legis actiones di accertamento**, perché stabiliscono se il comportamento illecito si sia verificato o meno, accertano quindi se la domanda sia fondata oppure no; solo nel primo caso, si procederà con una sanzione.

LEGIS ACTIONES ESECUTIVE

Rispondono all'esigenza pratica per cui, anche in caso di sanzione, la controparte si rifiutasse di restituire la somma di denaro, per esempio. Visto che si è superata l'epoca in cui ci si faceva giustizia da soli, ci deve essere un altro modo per ottenere la soddisfazione concreta del proprio diritto:

4. **Legis actio per manus iniectioem**: attua l'esecuzione personale contro la persona del debitore insolvente, il quale, pur con una condanna di accertamento, non ha comunque adempiuto alla propria obbligazione. È il creditore stesso che esegue l'esecuzione, poiché il danno non coinvolge l'intera collettività. Si distinguono tre specie di *manus iniectio*:
 - 4.1. *manus iniectio iudicati*: presuppone una sentenza di condanna di cognizione;
 - 4.2. *manus iniectio pro iudicato*: esperibile come se una sentenza di condanna esistesse, mentre non c'è. La legittimazione ad agire è data direttamente da una legge.
 - 4.3. *manus iniectio pura*: prescinde anch'essa da una sentenza di condanna, ma, in più, neppure vi fa richiamo per fingenne l'esistenza. È esperibile quando una legge espressamente lo permette. Non si tratta della legge del taglione poiché prima c'è stata una sentenza di accertamento oppure esiste una legge.

La *manus iniectio* è possibile solo dopo 30 giorni dalla pronuncia della condanna (o dalla scadenza del debito). Il debitore viene condotto dinanzi al magistrato dal creditore, che pronuncia una precisa formula e pone le mani sul debitore. Questi non può difendersi da sé, ma la difesa può essere tentata da un terzo (*vindex*), il quale, affermando infondata la pretesa dell'attore, si impegna a provare ciò in un giudizio apposito, con la prospettiva di pagare il doppio del debito originario, se non riesce nel suo assunto. In mancanza di questo intervento il magistrato autorizzava l'attore a condurre con sé il convenuto che veniva rinchiuso nel carcere privato del suo creditore, ove veniva tenuto in catene dal peso minuziosamente stabilito dalla legge, così come dalla legge era fissata la quantità di cereale con cui il debitore doveva essere nutrito, qualora non provvedesse ad alimentarsi con le sue sostanze, per 60 giorni. Il problema per cui, se si lega il debitore nella prigione privata, egli non riesce a pagare, è delicatissimo e ci rimanda all'origine della *obligatio*: egli deve stare in carcere legato proprio perché la parola deriva da *ob-ligato*, il che vuol dire *fisicamente stretto dalle catene*. Rimane però il problema per cui non potrà ripagare, tematica di importanza enorme: durante 60 giorni, il debitore era condotto tre volte nel luogo dove si teneva il mercato, e lì il creditore proclamava il motivo per cui lo teneva prigioniero per dare la possibilità, a chi ne avesse interesse, di pagare per lui, e così riscattarlo. Se nessuno si fosse presentato, il debitore sarebbe stato ucciso o venduto come schiavo fuori dal territorio della *civitas, trans Tiberin*, perché nessun cittadino romano poteva diventare schiavo nella città di Roma. Vi era una norma volta ad evitare questa situazione, per intimidire i debitori, ma di cui non ci è giunta testimonianza di effettiva attuazione: se esistevano più creditori, questi potevano smembrare il cadavere e spartirsene i pezzi. La norma specificava che i pezzi non dovevano essere necessariamente proporzionali ai crediti.

5. **Legis actio per pignoris capionem**: rappresenta il modo di effettuare un'esecuzione con la forza non sulla persona, bensì sui beni del debitore insolvente, senza instaurazione di un processo e senza bisogno della presenza del magistrato. La *pignoris capio* era una *legis actio* in quanto prevedeva la pronuncia di parole solenni, ma aveva applicazioni fuori dell'ambito del diritto privato; anche quando era stabilita in favore di privati era più un istituto di diritto amministrativo. Gaio ricorda che:
 - 5.1. Secondi i *mores*, potevano esperirla
 - 5.1.1. Il soldato, per il soldo;
 - 5.1.2. il cavaliere, per il prezzo del cavallo e l'indennità per il mantenimento del medesimo;
 - 5.2. Ai sensi della legge, si avviava nei confronti di
 - 5.2.1. chi aveva comprato un animale al fine di sacrificarlo e non ne aveva pagato il prezzo;
 - 5.2.2. chi non aveva pagato il canone di un giumento preso in affitto, qualora la somma fosse stata destinata dal locatore alla celebrazione di un sacrificio.
 - 5.2.3. La *Lex Censoria* consentiva ai pubblicani di eseguire la *pignoris capio* nei confronti dei debitori di imposta.

La compravendita e la locazione non producevano ancora effetti obbligatori, infatti, le situazioni tutelate avevano un fondamento amministrativo o sacrale. La *pignoris capio* consentiva di impossessarsi dei beni di un'altra persona per indurre quest'ultima a eseguire una prestazione il cui adempimento non poteva essere richiesto giudizialmente. Se tale prestazione non veniva eseguita, allora allo scadere del termine per l'usucapione chi aveva eseguito la *pignoris capio* acquistava la proprietà della cosa.

Il processo esecutivo ha luogo, come oggi, qualora la sentenza del processo di accertamento non venga eseguita volontariamente, ma non è ancora gestito da forze dell'ordine.

Gaio ci racconta che queste *legis actiones* cominciavano a non essere più lo strumento adatto per la tutela dei cittadini, poiché si doveva passare sempre e comunque per la pronuncia di precise parole latine e, nel momento in cui Roma si espande, si trovarono davanti a persone che non capivano la lingua latina. Tanto rapidamente divennero inadeguate le *legis actiones* che *in odio venerunt* ai cittadini romani, che non si sentivano per nulla tutelati. Vennero così sostituite da un'altra forma processuale, più moderna: il processo formulare, caratterizzato dalla forma scritta (*formula*) e dalla mancanza di formalismo.

PROCESSO PER FORMULAS

Il processo formulare fu introdotto a Roma dalla *Lex Aebutia*, all'epoca dei Gracchi, mentre il processo per *legis actiones* fu eliminato da due *Leges Iuliae*. Secondo alcuni, questo tipo di processo viene istituito dal *praetor peregrinus*, quando si trovò di fronte a situazioni per le quali era impossibile il ricorso alle *legis actiones*. Secondo altri, viene istituito dal *praetor urbanus*, quando si trova a dover giudicare le cause tra romani e stranieri.

Gaio espone la differenza tra il processo per *legis actiones* e quello formulare, affermando che quest'ultimo si litigava non più per *certis verbis* (parole predeterminate), bensì per *concepta verba* (parole concentrate). Con tale espressione le fonti alludono ad un documento, detto *formula*, che le parti redigevano di comune accordo, sotto la guida del magistrato, e che conteneva schematicamente l'indicazione della situazione giuridica, da accertare prima di pronunciare la sentenza. Le formule erano flessibili, composte di volta in volta secondo schemi ampiamente modificabili e adattabili alle diverse situazioni. Il pretore, insieme alle parti, componeva una formula adatta al caso, che veniva poi utilizzata in casi analoghi con modifiche e aggiustamenti, senza che ciò esonerasse dall'onere del rispetto della forma stabilita. Altra caratteristica fondamentale è il carattere pecuniario della condanna, anche nel caso in cui il processo vertesse sulla esistenza di un diritto reale. Qualora venisse intentata un'azione di rivendicazione della proprietà e l'attore risultasse proprietario della cosa, il convenuto che la possedeva o deteneva, non veniva condannato alla restituzione, bensì al pagamento del valore della cosa.

PROCEDIMENTO

Se si hanno come parti dei cittadini romani, un giudice che sia egli pure cittadino e se il processo si svolge a Roma, il giudizio formulare prende il nome di *legitima*. I giudizi formulari *quae imperio continentur* sono quelli, cui manchi uno di questi requisiti.

È ammessa la rappresentanza:

- *Procurator* è un rappresentante volontario, indiretto che poteva essere nominato senza alcuna formalità, anche con semplice mandato e all'insaputa dell'avversario. All'inizio della lite doveva però fornire delle garanzie in merito alla non riproposizione dell'azione e dell'adempimento di quanto statuito nella sentenza.
- *Cognitor* è un rappresentante diretto, che si incontrassero nel processo e che è nominato con una dichiarazione formale diretta alla parte avversa.

IN IURE: il processo può ancora iniziarsi, come al tempo delle *legis actiones*, con la *in ius vocatio*: in tal caso il convenuto o segue l'attore, che lo vuole condurre presso il magistrato, o dà un *vindex*. Ma di solito si preferiva far ricorso al *vadimonium*, un invito a comparire all'ora fissata in un certo giorno accompagnato da una *stipulatio* con cui, chi veniva invitato a presentarsi, si impegnava a pagare una certa somma di denaro, detta *summa vadimonii*, qualora non si fosse presentato. In un modo nell'altro, l'attore aveva sempre necessità di incontrarsi con il convenuto, senza la cui collaborazione (attiva o passiva) il processo non sarebbe potuto iniziare: pertanto, quando taluno si rendeva latitante allo scopo di non farsi convenire o moriva senza lasciare eredi, si poteva aprire contro di lui l'esecuzione patrimoniale.

Comparsa le parti dinanzi al magistrato, l'attore compie la *editio actionis*, cioè dichiara la ragione per cui adisce il tribunale, e menziona l'azione, di cui intende servirsi; allo scopo, chiede al magistrato di concedergliela (*postulatio actionis*). Si svolge allora una sommaria istruzione, che accetta la legittimazione delle parti, i termini precisi della controversia e simili. Esaurito il dibattito preliminare, ed esclusa la possibilità di una *denegatio actionis*, che si aveva in caso in cui il pretore considerasse infondata la pretesa, è chiaro ormai al convenuto che è un processo contro di lui potrà esserci.

Il caso più frequente sarà quello per cui il convenuto negherà la ragione dell'attore, il quale si rivolge allora al magistrato, per ottenere formale autorizzazione di agire secondo il testo della formula. Il magistrato concede la sua autorizzazione, ed è questo il suo definitivo *dare actionem*. Sul fondamento dell'autorizzazione magistratuale, su cui si fondava il processo formulare, avveniva la *litis contestatio*, che consisteva nella lettura da parte dell'attore al convenuto del testo della formula. La *litis contestatio* era un negozio giuridico la cui conclusione era necessaria perché la causa venisse deferita all'organo giudicante. Essa stabiliva che i termini della controversia, su cui il giudice doveva esprimersi, non potessero essere più modificati e che gli eventi successivi non potessero essere più presi in considerazione. Dalla *litis contestatio* nasceva un vincolo a sottostare all'eventuale sentenza di condanna. Il vincolo era di natura obbligatoria e da ciò derivava che il rapporto dedotto in giudizio veniva estinto.

Quanto all'accordo sulla persona del giudice, che era ancora un cittadino privato, può darsi che preceda la *litis contestatio*, in modo che essa si riferisca formalmente anche a questo. Il magistrato, preso atto dell'accordo delle parti, nomina il giudice.

Nel nostro processo civile esiste un momento in cui il giudice apprende fisicamente il fascicolo: l'udienza di precisazione delle conclusioni.

APUD IUDICEM: fase sottoposta al controllo del giudice che ha come obiettivo finale l'emanazione di una

sentenza. La sentenza può essere di condanna oppure di assoluzione. Se la sentenza di condanna, si può aprire il processo di esecuzione.

Questa fase aveva inizio con una *comperendinatio*, con cui le parti erano invitate a comparire dinanzi al giudice. Se una delle parti non si fosse presentata, il giudice nel corso della prima udienza avrebbe deciso la causa a favore della parte presente.

L'attività più importante del giudice era l'assunzione di prove. L'attore era tenuto a provare i fatti costitutivi del rapporto e il convenuto doveva invece provare l'estinzione del rapporto stesso, la quale rendeva iniqua la pretesa di farlo valere. Stabilire su chi gravasse l'onere della prova aveva importanti implicazioni: non provare un fatto che si aveva l'onere di provare significava perdere la causa. Non esistevano regole che stabilissero le prove ammissibili e il loro valore. Il giudice era libero di valutarle come credeva e attribuiva grande importanza all'opera dei retori più che dei giuristi. Le prove venivano distinte in due categorie principali:

- *Probationes artificiales*: dipendevano dall'arte dell'oratore;
- *Probationes inartificiales*: esistevano indipendentemente dall'arte dell'oratore e comprendevano le regole giuridiche.

Le testimonianze potevano invece essere:

- *Orali*: chi testimoniava oralmente lo faceva sotto giuramento e veniva sottoposto a interrogatorio dalla parte contro cui la testimonianza era prestata;
- *Per tabulas*: chi aveva testimoniato per iscritto poteva essere accusato di non avere il coraggio di sottoporsi a interrogatorio e la sua testimonianza poteva essere svilita con insinuazioni di ogni tipo sulla sua vita, il suo carattere e la sua moralità.

PARTI DELLA FORMULA

La formula è composta da varie parti, che riguardano sia il titolare *dell'actio* quanto il soggetto inadempiente, che non ha rispettato l'obbligo:

1. **Intentio**: parte della formula in cui l'attore, titolare *dell'actio*, espone la propria pretesa, qual sia cioè l'oggetto della propria domanda nel processo formulare (*desiderium suum concludit* - Istituzioni di Gaio). La ragione, infatti, non viene affermata come certa, bensì formulata come un'ipotesi, la cui veridicità dovrà poi essere verificata dal giudice. La *intentio* può essere di due tipi:
 - 1.1. **Certa**: l'*actor* espone la pretesa e il titolo su cui la pretesa si fonda, la ragione su cui si fonda il desiderio. Esempio: 50 sesterzi da Tizio per un mutuo.
 - 1.1.1. Solo in caso di *intentio certa* si poteva parlare di *pluris petitio*, che consisteva nel fatto per cui la pretesa avanzata dall'attore fosse maggiore di quella di cui aveva effettivamente diritto, il che non era possibile. Se *nell'intentio* era dichiarata una pretesa maggiore l'attore perdeva la lite e non poteva riproporla una seconda volta. Esistevano quattro tipi di *pluris petitio*: *re*, *tempore*, *loco* e *causa*, a seconda che si chiedesse materialmente più di quanto effettivamente spettasse, prima del termine, in luogo diverso o privando il convenuto di una scelta che gli sarebbe spettata.
 - 1.2. **Incerta**: l'*actor* espone la pretesa senza indicarne il titolo, cioè la ragione. Esempio: 50 sesterzi da Tizio. Solo quando la *intentio* è incerta, la formula presenta una seconda parte:
 - 1.2.1. **Demonstratio**: titolo su cui si fonda la pretesa, la ragione fondamento della pretesa. Esempio: mutuo. Serviva dunque ad indicare i fatti da cui era nata la pretesa dedotta in giudizio, nei casi in cui *l'intentio* non desse al giudice elementi sufficienti per giustificare la fondatezza della pretesa.
- La controparte, il reo, si poteva opporre alla pretesa con l'**exceptio**: clausola che veniva inserita tra la *intentio* e la *condemnatio* su richiesta del convenuto, quando costui, pur non negando le circostanze dalla quali nasceva la pretesa dell'attore, sosteneva l'esistenza di altre circostanze in conseguenza delle quali una sua condanna sarebbe stata iniqua. Se si dimostrava che, per esempio, il denaro si era già restituito, la domanda dell'attore era respinta. Inizialmente non era previsto che il convenuto potesse inserire una sua posizione rispetto alla pretesa dell'attore, ecco perché letteralmente significa *eccezione*. La sua inserzione nella formula era resa necessaria dal fatto che, essendo i poteri del giudice delimitati dalla formula stessa, in mancanza di *exceptio* egli non avrebbe potuto tener conto delle circostanze in essa dedotte.
2. **Condemnatio**: parte della formula in cui attore e *reus* attribuiscono al giudice privato il potere di emanare la *sententia*. Questa parte riguarda quindi la scelta del giudice privato e l'attribuzione a quest'ultimo del potere di emanare la sentenza, il cui esito potrà essere la condanna. Nell'epoca

arcaica, chiunque poteva fare il giudice privato, poiché non vi era bisogno di un'approfondita conoscenza giuridica, vista la pochezza delle problematiche, mentre nell'epoca classica comincia ad esserci una sorta di albo composto da persone giuridicamente capaci, perché era necessario affidarsi a qualcuno che avesse competenze giuridiche in una società in espansione. Nella fase arcaica non era nemmeno ipotizzabile che ci fosse un giudice privato che propendesse da una parte piuttosto che da un'altra, poiché si trattava di una piccola comunità in cui tutti si conoscevano e rispettavano le norme. Quando però la comunità si espande, il problema dell'**imparzialità** del giudice viene trattato quasi come un delitto, quindi capiamo che questo tema era importante e centrale anche a Roma.

Una volta scelto il giudice privato, se ne accetta la decisione, senza possibilità di una richiesta di riesame della sentenza. Una volta che la sentenza è stata emessa, le parti non possono più protestare. Ne accettano quindi il contenuto preventivamente, senza sapere quale esso sarà. Questo processo si perfeziona quindi in un unico grado. Anche oggi le decisioni prese da un giudice privato non possono quasi mai essere riesaminate, altrimenti non si sceglierebbe un cittadino privato; tuttavia, visto che lo Stato moderno vuole comunque controllare questo potere giudiziario, se ci sono dei difetti, si procederà ad un riesame. Come *l'intentio* anche la *condemnatio* può essere certa o incerta:

2.1. **Certa**: quando specifica esattamente l'ammontare di essa. Può seguire da una *intentio certa*, se questa menziona una somma di denaro.

2.2. **Incerta**: quando spetta al giudice procedere alla determinazione dell'ammontare della condanna. Segue necessariamente una *intentio incerta*, ma può anche seguire una *intentio certa* che non menzioni una somma di denaro. In questi casi, la *condemnatio* si limita a fornire il criterio in base al quale si dovrà procedere alla stima in denaro dell'oggetto della controversia (*litis aestimatio*).

La *condemnatio* può essere *cum taxatione* o *infinita*, a seconda che preveda o meno un ammontare massimo, fissato in una somma di denaro, entro il quale il giudice può determinare concretamente la condanna.

Teoricamente, la sentenza non fa parte delle fonti dell'ordinamento giuridico, ma in pratica ci sono testimonianze che dimostrano che gli attori, per convincere il giudice a dar loro ragione, portavano il resoconto di un caso simile deciso da un altro giudice privato. Da ciò comprendiamo che il diritto romano non è solo a fondamento dei sistemi di *Civil Law*, bensì anche di quelli di *Common Law*, tant'è che questi ultimi si basano sul precedente.

3. **Adiudicatio**: parte della formula che le fonti prevedono per i giudizi divisorii, che hanno cioè ad oggetto l'assegnazione di una parte del patrimonio per la divisione dei beni comuni o per la regolazione dei confini. Se non vi è una divisione, ma, ad esempio, solo la richiesta di una somma di denaro, si avrà una formula senza *adiudicatio*, visto che è la parte della formula con la quale si permette al giudice di aggiudicare la cosa a uno tra i litiganti.

Non sorprende che, più Roma si evolve, maggiore diventa l'articolazione della struttura processuale. Questo implica che ogni processo sarà diverso, in quanto sia l'attore che il reo avranno sempre ragioni di fondamento e ragioni giustificatrici diverse. Siamo di fronte ad una formula che si può comporre in maniera molto diversa, perché dipende tutto anche da come le parti intendono impostare la propria difesa, il che dimostra la mancanza del formalismo. Non c'è nulla di formale, precostituito, come invece c'era nella fase arcaica. Ad esempio, esistevano formule composte della sola *intentio* ed erano dette *praeiudicia*: si trattava di azioni di mero accertamento volte ad accertare lo status di una persona o l'ammontare di una dote. Esistevano poi formule che contenevano solo *intentio* e *condemnatio*:

- *Formula dell'actio certae creditae pecuniae* (a tutela del mutuo);
- *Formula della rei vindicatio* (a tutela della proprietà).

Altre parti della formula potevano invece essere:

- *Praescriptio*: conteneva una precisazione dei limiti della controversia e serviva a evitare che venissero dedotte in giudizio pretese che non si voleva venissero dedotte. Se un'obbligazione scadeva a rate e si voleva agire per quelle scadute, la *praescriptio* evitava la deduzione in giudizio delle altre, che avrebbero comportato la perdita della lite. Esistevano anche delle *praescriptiones pro reo* che ponevano dei limiti a vantaggio del convenuto.
- *Arbitratus de restituendo*: un espediente che ovviava al carattere pecuniario della condanna, consentendo di ottenere la restituzione della cosa controversa. Subordinava la condanna alla mancata restituzione della cosa. L'*arbitratus de restituendo*, come segnala il termine *arbitratus*, demandava al giudice il potere di stabilire quale comportamento del convenuto poteva essere

considerato una *restitutio*. La valutazione di questo comportamento determinava poi l'ammontare della condanna che teneva conto del valore oggettivo della cosa ma anche del danno subito dall'attore.

CLASSIFICAZIONE DELLE FORMULE

- ❖ Azioni in **rem** / azioni in **personam**:
 - Quelle *in rem* sono a tutela dei diritti soggettivi che possono essere fatti valere contro tutti i consociati. È proprio per questa denominazione che i diritti soggettivi, in questo caso, si chiamano anche diritti reali.
 - Quelle *in personam* sono a tutela dei diritti soggettivi che possono essere fatti valere contro una persona determinata. Ci troviamo di fronte ai diritti soggettivi relativi.
- ❖ Azioni in **ius** / azioni in **factum**:
 - Quelle *in ius* si basano su una norma di diritto, il che vuol dire che esiste una norma di diritto che attribuisce al cittadino l'*actio*, che prende il nome di azione **civile**. Erano dunque quelle in cui si faceva riferimento a un diritto soggettivo dell'attore, ovvero a un obbligo del convenuto. Nel corso del processo richiedono un'ulteriore verifica rispetto alle fattispecie astratte previste dallo *ius civile*.
 - Quelle *in factum* non si basano su una norma giuridica, quindi, se il cittadino merita tutela, interverrà il pretore, concedendo un'azione **onoraria**. Si fa dunque riferimento a situazioni di fatto, che il pretore riteneva meritevoli di tutela e che, se accertate, autorizzavano la condanna del convenuto. Queste azioni richiedono dunque il mero accertamento, caso per caso, del fatto che si è verificato. Le azioni *honorariae* si distinguevano in:
 - *Actiones in factum*: sono quelle in cui, prescindendo da un parallelismo con una formula di azione civile, la *intentio* contiene la descrizione pure semplice di un dato fatto, cui si ricollega la sanzione, espressa nella *condemnatio*.
 - *Actiones utiles*: azioni civili adattate dal pretore a fini diversi da quelli per cui erano previste. Queste azioni erano a loro volta di due tipi:
 - *Actiones ficticiae*: caratterizzate da una *fictio* con la quale si affermava esistente un elemento di fatto inesistente. Il pretore tutelava situazioni analoghe a quelle previste dallo *ius civile* ma caratterizzate dalla mancanza dell'elemento di fatto che si fingeva a seconda dei casi esistente o inesistente, l'esempio è l'*actio Publiciana*.
 - Azioni con trasposizione di soggetti: si tratta di formule che presentano altri soggetti oltre ad attore e convenuto, il che fa capire che il rigore formale dell'epoca arcaica è del tutto venuto meno, poiché il processo si adegua alle esigenze dei cittadini. Esempio: nel caso della responsabilità adietizia, nella *intentio* si indicherà il nome del figlio autorizzato e inadempiente, ma nella *condemnatio* non può esserci il suo nome, in quanto non ha capacità patrimoniale, quindi si metterà il nome del pater.
- ❖ Azione **penale** / azione **reipersecutoria**:
 - Sono azioni penali quelle che si possono esperire nel caso di delitto (responsabilità extra-contrattuale), che poteva essere un illecito privato, civile o pretorio. Esse erano volte a infliggere un male al reo, a titolo di riparazione del torto. La somma di denaro pagata, visto che a Roma le sanzioni erano prevalentemente di natura pecuniaria, per le ipotesi di compimento di delitto, prende il nome di **poena**. Esistevano azioni penali che contenevano la *reipersecutio* e ottenevano quindi anche il risultato di risarcire il danno, come ad esempio l'*actio legis aquiliae* nel caso di *damnum iniura datum*. Le caratteristiche delle azioni penali sono:
 - Intransmissibilità passiva: l'azione poteva essere esperita solo contro chi aveva commesso l'atto illecito e non contro i suoi eredi;
 - Cumulatività: comportava che, se più persone avevano commesso l'illecito, l'azione era esperibile contro ciascuna di esse; se l'illecito avesse offeso l'interesse di più persone, ciascuna di esse avrebbe potuto esperire l'azione contro il colpevole; l'azione penale era cumulabile con quella reipersecutoria.
 - Nossalità: riguardava le azioni esperibili contro le persone *alieni iuris*. L'azione veniva intentata nei confronti del loro avente potestà. L'azione veniva esperita *cum noxae deditione*, vale a dire con una clausola che consentiva al *pater familias* di scegliere tra l'assumere la *defensio* del colpevole o il liberarsi di lui. L'azione era esperibile contro chi aveva il colpevole in potestà al momento in cui l'azione veniva esperita e non al momento in cui era stato commesso l'illecito.

- Sono rei persecutorie quelle che si possono esperire nel caso di inadempimento da contratto (responsabilità contrattuale). Erano rivolte ad integrare un interesse leso, a ricostituire in un dato modo il patrimonio di chi avesse subito un danno. Assicuravano all'attore il risarcimento del danno la restituzione di ciò, di cui il convenuto si fosse indebitamente arricchito. Ad esempio, l'*actio furti* prevedeva anche un'azione *reiperscutoria* detta *condictio ex causa furtiva*.
- Sono azioni miste, nella definizione di Gaio, quelle con cui *rem et poenam persequimur*. Ciò avviene nel caso in cui il convenuto nega la fondatezza della domanda dell'attore, ma la sua negazione risulti a sua volta infondata, per cui egli è condannato per una somma pari al doppio del valore della cosa richiesta.
- ❖ Azioni **rigorose** / in **buona fede**:
 - *stricti iuris*: il giudice era strettamente vincolato dalla formula. Non poteva cambiare l'ammontare della condanna e non poteva tener conto delle circostanze eventualmente fatte valere dal convenuto, se queste non erano state dedotte in una *exceptio*.
 - *bonae fidei*: il giudice aveva maggiore discrezionalità, dovendo basare la sua decisione sulla valutazione complessiva della correttezza dei rapporti tra le parti, relativamente alla questione dedotta in giudizio. Doveva tener conto anche del *dolus* e del *metus* senza bisogno di *exceptio doli o metus*.
 - Si distinguono inoltre le azioni con formula *in bonum et aequum*: tali azioni erano caratterizzate dalla clausola nella *condemnatio* "*quod aequius melius esse videbatur*", in base alla quale il giudice era invitato a stabilire l'ammontare della condanna tenendo presente i criteri dell'equità. Il potere del giudice di valutare equamente l'ammontare della condanna era illimitato, di conseguenza la condanna poteva essere di entità così irrilevante da essere sostanzialmente un'assoluzione. In tale formula era inserita la *taxatio* e l'organo giudicante è il collegio dei *recuperatores*.

COGNITIO EXTRA ORDINEM

Le origini della *cognitio extra ordinem* risalgono all'età classica. La procedura formulare, infatti, non veniva applicata in tutte le province. In alcune province entrò in uso un tipo di processo che si svolgeva interamente dinnanzi al magistrato e che consisteva in una cognizione della causa da parte del magistrato, che al termine di tale *cognitio* poteva emettere personalmente la sentenza. Nel 342 una costituzione di Costante e Costanzo si vieta il ricorso alle formule, definiti mezzi insidiosi, che potevano indurre le parti in errore. L'età post classica, e il diritto di Giustiniano, non conoscono altra forma di processo che la *cognitio*.

I principali aspetti innovativi della *cognitio* erano dunque la pubblicità del processo, visto che il giudice era l'Imperatore, e il riesame di un'eventuale sentenza ingiusta, chiamato *appellatio*.

Vi era chiaramente una trasmissione del potere dall'imperatore ai suoi delegati, perché egli da solo non poteva risolvere tutte le controversie; questo fenomeno prende il nome di delega di giurisdizione. I giudici sono giudici delegati *vice sacra*, cioè al posto dell'imperatore. I funzionari imperiali, siano di primo o di secondo grado, decidono in luogo dell'imperatore. Si riconosce dunque che l'imperatore è l'unico titolare del potere giudiziale e che egli rimane il sommo giudice, ma, non potendo fisicamente risolvere tutte le controversie, delega ai suoi funzionari.

GRADI DI GIURISDIZIONE

1. **Governatori delle province** (giudici di primo grado): in ogni provincia romana c'era un governatore *vice sacra* a cui l'imperatore aveva affidato il potere giurisdizionale. Mentre *nell'ordo iudiciorum privatorum* il giudice era scelto tra le parti, con la conseguenza che i cittadini romani rinunciavano alla possibilità di fare ricorso rispetto alla decisione del giudice, in questo caso era possibile appellarsi alla decisione, perché, appunto, il giudice non era scelto dalle parti, ma è un funzionario incaricato dall'imperatore.
2. **Vicari** (giudici di secondo grado): sono i giudici d'appello, chiamati così per *l'appellatio*, appunto. Intervengono quando le decisioni dei giudici di primo grado sono ritenute ingiuste ed è chiesto un riesame. I vicari sono geograficamente più vicini al centro del potere, non si trovano in tutte le province come i governatori.
3. **Tribunale imperiale**: occorre che il cittadino avesse, almeno teoricamente, la possibilità di accedere al terzo grado di giudizio, rappresentato dall'Imperatore in persona, che doveva assicurarsi che il cittadino si sentisse tutelato sapendo che poteva arrivare in qualsiasi momento al terzo grado, quanto meno a livello teorico.

Osservazioni:

- Ad un certo punto, nella storia della *cognitio extra ordinem*, si introduce la possibilità non di un riesame, bensì di un provvedimento amministrativo (nomina ad una carica pubblica), che prende il nome di **querella**, cioè di una domanda di riesame della sentenza;
- Riesame di una cartella esattoriale, che poteva essere riesaminata non attraverso *l'appellatio*, bensì attraverso un giudice che prende il nome di **discussor**.

Il cittadino romano soccombente poteva quindi passare per questi tra gradi, questo a livello puramente teorico, perché non tutte le sentenze potevano passare al secondo grado, così come non tutte potevano passare per il terzo. Anzi, nel concreto, era molto difficile che ci arrivassero, poiché vi erano varie condizioni necessarie. In caso non ci fossero state queste condizioni, la divisione in gradi di giurisdizione non avrebbe avuto senso, poiché tutte le decisioni finali sarebbero comunque spettate all'imperatore, che non avrebbe risolto il problema che aveva portato alla delega del suo potere.

L'obiettivo della *iustitia* è comunque il voto del governo, dell'imperatore: consentire la giustizia di un processo vuol dire anche poter arrivare all'imperatore come ultimo grado.

CONDIZIONI PER ARRIVARE AI VICARI

- ❖ **Tempi** di impugnazione: *eodem die vel altero*, lo stesso giorno o il giorno successivo all'emanazione della sentenza di primo grado. Entro il giorno stesso quando si sta in giudizio da soli, entro il giorno successivo quando si è rappresentati da un avvocato, che doveva avere il tempo di formulare l'appello e la cui presenza è segno dell'articolazione maggiore dell'ordinamento giuridico in epoca imperiale. Le distanze, non percorribili alla velocità con cui le percorriamo oggi, possono dare un'idea della difficoltà di impugnazione da parte dei cittadini.
Giustiniano riferisce che questo termine per l'appello è troppo ristretto, quindi lo eleverà a 10 giorni (novella 23, *Corpus Iuris Civilis*), che sono sempre pochi, ma è comunque un progresso. Inoltre, non si distingue più tra chi sta in giudizio da solo e chi con un avvocato, perché ormai tutti hanno un avvocato.
- ❖ Casi di **non impugnabilità** delle sentenze:
 - Sentenze di **natura fiscale**, una sentenza che obbliga un cittadino a pagare le tasse. La motivazione è che all'impero servivano fondi ingenti per difendersi dagli attacchi dei barbari che premevano ai confini.
 - Sentenze per gli **atti illeciti più gravi**, come omicidio o adulterio, atti che comunque avevano turbato l'intera collettività e che prevedevano una sentenza capitale. Torna qui il concetto di *crimen*, riferito in epoca arcaica al parricidio e al perduellio, che hanno perso però il loro valore simbolico, perché il numero di crimina nel corso del tempo è cresciuto. Esistono ora molti più casi di *crimina*, ad esempio brogli elettorali o la corruzione di funzionari pubblici
 - Sentenze di primo grado rese su **prove inoppugnabili**, che non possono cioè essere discusse. È il giudice di primo grado stesso a decidere se le prove sono inoppugnabili o meno.
- ❖ **Modo** di impugnazione: l'appello va proposto al giudice che ha emanato la sentenza di primo grado (*iudex a quo*), il quale deve decidere se trasmettere o meno l'appello al giudice superiore (*iudex ad quem*). Deve esprimere una *opinio*, che può essere:
 - Favorevole → si può andare dai vicari;
 - Sfavorevole → il giudice conferma la fondatezza della sua decisione e rende la sentenza definitiva, il che avveniva nella maggior parte dei casi, cosa che rendeva possibile quasi solo teoricamente arrivare al secondo o al terzo grado. Questo era però un modo molto efficace per allontanare l'imperatore da problemi dell'amministrazione della giustizia, affinché si occupasse piuttosto di problemi politici e economici, come le invasioni barbariche, per esempio. Occorre tenere l'imperatore lontano dalla *magnitudo urgentium negotiorum*, ovverosia dai problemi dei singoli cittadini.

Un provvedimento normativo attribuito all'imperatore Diocleziano dell'anno 294 d.C. si occupa di definire il compito dei giudici che decidono gli appelli. Si prevede quindi una disciplina analitica. Ciò che conta, in questa premessa, è cogliere l'indicazione in base alla quale, una volta trasmessa la decisione al giudice superiore, questa non potrà più essere rimessa al giudice di primo grado. Il compito del giudice d'appello è

decidere tutta la causa (riga 5). Superato il vaglio del giudice inferiore, il fascicolo si trovava nelle mani del giudice d'Appello e non poteva più tornare indietro.

Lo spirito del riesame della sentenza, del giudizio d'appello, era quello di ottenere la giustizia (fine paragrafo), evidentemente meno garantita dalla sentenza di primo grado. La giustizia costituisce la finalità precisa della impugnazione delle sentenze nella cognitivo extra ordinem. La giustizia è garantita ai cittadini solo attraverso il controllo delle sentenze del primo grado, il che è l'obiettivo del governo imperiale.

Se nel giudizio di primo grado non si è potuto tenere conto di alcune prove o testimoni emersi in seguito, se ne può tenere conto nel giudizio d'Appello, perché (riga 3 paragrafo 2) l'obiettivo è ottenere la verità, che è stata considerata nascosta nel giudizio di primo grado. Attraverso questa possibilità di sentire i testimoni anche in appello si può ottenere la verità rimasta nascosta nel giudizio di primo grado; questa è giustizia. Questo è anche l'obiettivo del giudizio d'Appello oggi: la realtà processuale deve coincidere con la realtà dei fatti, altrimenti siamo di fronte ad una sentenza non giusta. La decisione è giusta quando rispecchia la realtà fattuale.

Precisazione (paragrafo 2 riga 4): si sentono i testimoni, ma si devono rimborsare le spese di viaggio. Si deve garantire che la parte che li chiama in causa li rimborsi delle spese di viaggio.

CONDIZIONI PER ARRIVARE AL TRIBUNALE IMPERIALE

Possono arrivare al tribunale imperiale SOLO le sentenze che hanno violato le norme di legge, *in detrimentum legum* (in violazione delle leggi). Mentre dal primo al secondo grado vi è un controllo di merito (si controllano documenti e testimoni), nel terzo grado c'è solo un **controllo di legittimità**, non si entra nel merito, si valuta la corretta interpretazione delle norme giuridiche, il che non poteva che essere fatto da colui che aveva emanato le norme giuridiche, cioè dall'Imperatore. Dopo questo controllo di legittimità la sentenza o viene annullata o diventa definitiva, poiché è stata emessa dal sommo giudice, dall'Imperatore.

Si deve quindi dimostrare che il vicario, il giudice *vice sacra* dell'imperatore, ha emanato le norme in modo scorretto, il che, in pratica, rende il raggiungimento del terzo grado quasi impossibile, sebbene dal punto di vista teorico non ci siano problemi. Ci sono, in ogni caso, conseguenze per i vicari che non applicano correttamente le norme giuridiche: viene loro tolto l'incarico.

Anche **oggi** il nostro sistema prevede tre gradi:

- ❖ Tribunale (controllo di merito);
- ❖ Corte d'appello (controllo di merito);
- ❖ Corte di Cassazione (controllo di legittimità, controlla che si siano applicate correttamente le leggi).

STRUMENTI ALTERNATIVI PER ARRIVARE AL TRIBUNALE IMPERIALE

Poiché questo sistema è puramente teorico, l'ordinamento giuridico romano ha introdotto strumenti per arrivare al tribunale imperiale evitando tutti i suddetti problemi:

- **Supplicatio**: invocazione all'imperatore quando la sentenza che prevedeva la condanna a morte, la pena più grave, era divenuta definitiva (erano stati percorsi i tre gradi di giudizio o non era stato fatto appello nei tempi previsti). Le fonti ci dicono che a volte, di fronte a suppliche strazianti, l'imperatore aveva deciso di sospendere la pena capitale.
Oggi l'istituto della grazia, concessa dal Presidente della Repubblica, può rendere nulla la condanna all'ergastolo.
- **Consultatio ante sententiam**: non è il cittadino che si rivolge all'imperatore, è il giudice che ha un dubbio su quale norma applicare al caso che sta decidendo. Con una *consultatio* il giudice trasmette il fascicolo all'imperatore chiedendogli di pronunciarsi. L'imperatore risponde al giudice indicando la norma da applicare. Questa risposta al *dubium* che ha il giudice si chiama **rescritto** (*rescriptum*).
Oggi, se un giudice ha un dubbio circa la costituzionalità di una norma giuridica che deve applicare ad un caso concreto, si rivolge alla Corte Costituzionale, che opera nel Palazzo della Consulta, a Roma.

Esempio di un caso concreto: la vedova Ipazia aveva avuto una relazione con un religioso, un chierico, dopo la morte del marito. Lei fece testamento, dove indicava di voler lasciare tutti i beni al nuovo convivente, escludendo invece i figli, i quali si rivolgono al tribunale per poter annullare il testamento della madre. Il governatore della provincia è assalito da un *dubium*, perché c'erano norme apparentemente in contrasto tra loro: vietavano ai religiosi di ereditare per testamento per un verso, mentre altre permettevano ai religiosi di ricevere il patrimonio dalle vedove (apparentemente solo perché vi erano stati alcuni imperatori cattolici e altri no). L'imperatore Marciano esamina il contenuto di questa controversia, quindi esamina il testamento e, dopo una ponderata valutazione di tutte le posizioni, il testo latino scrive che l'imperatore confermerà il testamento, escludendo i figli dalla successione. Egli conferma il valore del testamento attraverso l'atto del *rescriptum*. Dopo aver reso il *rescriptum*, l'imperatore restituisce il fascicolo al governatore delle province, che, confortato dal rescritto dell'imperatore, emetterà una sentenza con cui respingerà la domanda dei figli.

Non c'è però armonia tra gli studiosi del processo romano: alcuni di loro dicono che il *rescriptum* coincide con la sentenza e che, quindi, non occorre far tornare il fascicolo al governatore delle province.

A conferma della validità della prima tesi, ci sono due argomenti:

- ❖ Argomento di carattere documentale → il fatto che si chiami *rescriptum* è imperativo del fatto che sia una cosa diversa rispetto alla *sententia*, infatti non troviamo il termine *rescriptum* nelle fonti.
- ❖ Argomento di carattere sistematico → se il *rescriptum* coincidesse con la *sententia*, si tratterebbe di una sentenza definitiva, di terzo grado, quindi verrebbe meno la divisione in tre gradi della giurisdizione. La *cognitio extra ordinem* si basa infatti sulla possibilità di riesaminare la sentenza.

Tanti studiosi dicono che il rescritto dell'Imperatore coincida con la sentenza finale, ma, dal punto di vista tecnico, le fonti non dicono questo, anzi: dicono che gli stessi figli della vedova Ipazia avevano diritto ai tre gradi di giurisdizione. Considerare il rescritto sentenza finale sarebbe una deroga ai principi giurisdizionali. Il rescritto non è una decisione, è una pronuncia. Il fascicolo deve quindi tornare nelle mani del giudice, che deciderà come l'Imperatore gli ha indicato, fermo restando che la decisione potrà essere impugnata fino al Tribunale imperiale.

A conferma di questa tesi sta anche il fatto che poteva esserci una *consultatio ante sententiam* anche in grado di appello, poiché anche i vicari potevano avere un *dubium*. Se decidesse l'Imperatore, ci troveremmo di fronte ad un'ulteriore anomalia e ad una disparità secondo cui una controversia si risolverebbe in due gradi, il che, formalmente, non può avvenire.

AEQUUM IUDICIUM E DIRITTO EUROPEO

Solo con la *veritas*, che sarebbe la coincidenza tra verità fattuale e processuale, siamo di fronte ad un processo che ha raggiunto *iustitia*, ad un *aequum iudicium*, a cui tutti i cittadini hanno diritto attraverso i tre gradi di giudizio, percorribili anche dalla *supplicatio* o dalla *consultatio ante sententiam*.

Le caratteristiche dell'*aequum iudicium* sono:

- Natura pubblicistica;
- Possibilità di un riesame di una *sententia iniusta*;
- Garanzia di tempi ragionevoli.

Queste caratteristiche si trovano anche nell'**art. 6 della CEDU**, che è l'articolo più importante nel nostro ordinamento sul giusto processo, sul quale si fondano le norme adottate dai singoli Stati dell'Unione.

Questo articolo è però recepito proprio dal diritto romano, tant'è che riprende le medesime parole.

Inoltre, il processo è giusto se si parla di processo che abbia ad oggetto l'accusa, se il processo giusto coincide con il **processo accusatorio**. Un processo è giusto quando ha prevalente natura accusatoria, che deriva dall'*accusatio*, e non inquisitoria, che deriva da *inquisitio*, che deriva dall'impulso d'ufficio: è lo stesso giudice che decide la controversia ad aprire un fascicolo, quindi avrà un *praeiudicium*, un giudizio preconstituito. Ci si deve allontanare da un sistema in cui c'è la *inquisitio*, per arrivare all'*accusatio*. Il giudice che apre il processo e che decide è la stessa persona nel processo inquisitorio, mentre in quello accusatorio il giudice che decide è un terzo imparziale, anche fisicamente, perché sta sopra una pedana a decidere sulle posizioni che le parti hanno posto sotto processo. Non basta però essere diverso fisicamente, occorre essere diverso ed autonomo rispetto alla posizione degli altri, occorre non avere pregiudizi. È terzo, imparziale ed indipendente se non ha pregiudizi, se non ha nella sua testa la decisione prima ancora che cominci il processo. Il giudizio è il momento nel quale si forma il convincimento, che si forma nel corso del *aequum iudicium*, che darà luogo alla *sententia*, che potrà essere riesaminata attraverso l'*appellatio*. Se c'è un *praeiudicium* non si parla neanche di riesame, perché non è degno di essere

chiamato *sententia*. Il *praeiudicium* non vale nulla nel mondo del diritto processuale romano, tant'è che non prende nemmeno il nome di sentenza.

In **Italia** questo articolo ha portato all'emanazione **dell'art. 111 della Costituzione**, recentemente modificato, ma che si modella sulle regole dettate dall'art. 6 della CEDU. Ci fu un faticoso dibattito parlamentare per modificare l'antico tenore dell'articolo. La nuova lettura, versione aveva un obiettivo: far sì che in Italia il processo potesse definirsi come *aequum iudicium*. Le esigenze quotidiane avevano fatto riscontrare qualche difficoltà, soprattutto riguardo alcuni poteri inquisitori, per cui era necessario adattare queste all'articolo. Siamo di fronte all'ipotesi in cui nel nostro ordinamento la persona accusata di un reato gode degli stessi diritti tanto che sia un processo procedibile d'ufficio o un processo procedibile per accusa.

SENTENTIA

La **sententia** è la decisione della controversia, indipendentemente da chi l'abbia emanata (privato cittadino o imperatore), e diventa definitiva, ovvero non più soggetta a riesame, in due casi:

- ❖ Quando sono già stati percorsi tutti i gradi di giurisdizione (1° grado, appello, imperatore), perché una sentenza emanata dalla somma autorità non può essere discussa;
- ❖ La sentenza non è stata appellata nei termini, il che fa comprendere l'importanza del problema della ristrettezza dei termini, leggermente allungati da Giustiniano.

La sentenza definitiva prende il nome di *res iudicata*, cosa giudicata, il che determina l'immutabilità della decisione, che anche oggi è alla base del nostro ordinamento, del diritto moderno, dove la sentenza diventa definitiva se emanata dalla Cassazione oppure se non impugnata entro i termini.

Contro la sentenza definitiva, l'imperatore ammette la *supplicatio*, che può essere usata solo se la sentenza è munita della *res iudicata*.

DURATA DEI GIUDIZI

Gli imperatori vogliono evitare una durata irragionevole dei processi. L'amministrazione imperiale data perciò dei termini precisi ai quali i giudizi dovevano attenersi a Roma. Si dovevano evitare le tardissime iudicare, attraverso una serie di provvedimenti che si susseguono nella storia del processo romano e che evidentemente non erano stati di successo, visto che continuavano ad aumentare gli interventi del legislatore a riguardo. Il giusto processo, che a Roma si chiamava *aequum iudicium*, oggi è disciplinato all'art. 111 della Costituzione.

LODO ARBITRALE

Anche nella *cognitio extra ordinem* si può parlare di lodo arbitrale. Il processo dovrebbe avere natura pubblicistica, in quanto l'imperatore è il sommo giudice, eventualmente sostituito da vice sacra. Ci sono però eventuali privatistici, che erano tipici dell'orda, ma che possiamo riscontrare anche qui, con alcune precisazioni:

la decisione del privato non si chiama *sententia*, bensì lodo arbitrale (si chiama così anche l'intervento privatistico odierno, in cui chi interviene non ha il potere giurisdizionale);

Avviene quando il giudice svolge un'attività tecnica, quando cioè per decidere una controversia, un giudice che non ha particolari conoscenze tecniche si affida ad un privato che svolge questa attività tecnica, per farsi aiutare a risolvere quella questione puramente tecnica. Il privato non ha potere decisionale, ma solo competenze specifiche che il giudice non ha. Oggi avviene lo stesso.

Si questa attività parlano dei passi del Digesto del Codice giustiniano. Il privato non ha una propria iurisdizio, non diventa giudice, quindi è una precisazione del fatto nella *cognitio extra ordinem* ci possa essere attività privatistica, che però non ha potere decisionale.

PROCESSO CRIMINALE

Quando occorre reprimere comportamenti gravi, i cosiddetti *crimina*, che turbano la collettività si ricorre al processo criminale.

Nella storia del processo criminale romano, c'è chiaramente un'evoluzione nella repressione dei crimini:

- **Epoca arcaica** - I *rex* irrogavano le sanzioni capitali, quindi, più che un vero e proprio processo, c'era una decisione autonoma del *rex*, che, di fronte a comportamenti molto gravi, emanava provvedimenti sanzionatori che dovevano reprimerli e che erano indicati nelle leggi *regiae*.
- **Epoca classica** - la giuria è formata da rappresentanti dei cittadini. Questi tribunali si chiamano non a caso *iudicia populi*, giudizio del popolo, proprio perché sono i rappresentanti del popolo a decidere le sanzioni. Anche oggi la giuria popolare, cioè una giuria formata da cittadini estratti a sorte, si trova nei tribunali che decidono casi particolarmente gravi. Questo sistema era però caratterizzato dalla lentezza, visto che i comizi si riunivano solo due volte all'anno per l'emanazione delle leggi, per assistere alle ad rogatio, ecc. anche in questo caso, il riunire i rappresentanti del popolo rallentava i giudizi, mentre invece i crimina aumentavano e richiedevano interventi velocissimi con immediate repressioni. È necessario introdurre giurie speciali per la repressione dei nuovi crimina, che non si limitano più al parricidio ed al perduellio, come nell'epoca arcaica. La repressione dei crimina è allora affidata ad una giuria che prende il nome di *quaestiones extraordinariae*, istituite per quel tipo di comportamenti che turbavano la collettività. I cittadini vogliono un sistema di repressione immediata dei comportamenti che turbano la collettività. Visto che i crimini non diminuiscono, bensì aumentano, anche di numero, queste questioni straordinarie prenderanno il nome di *quaestiones perpetuae*.
- **Epoca imperiale** - il fatto che tutto il potere era nelle mani dell'imperatore, il processo criminale coincideva con la *cognitio extra ordinem*, il che conferma la forza dell'imperatore.

PROCESSO CRIMINALE IN EPOCA CLASSICA

Il processo iniziava attraverso l'iniziativa di una parte. Ci doveva essere la segnalazione di una parte, di un cittadino, che le fonti definiscono come *accusatio*. Un'accusa consentiva l'avvio di un processo criminale. Questo tipo di processo prende il nome di **processo accusatorio**, che va distinto da un processo che prende avvio dall'iniziativa d'ufficio, come nel caso della *cognitio extra ordinem*, nel qual caso prende il nome di processo inquisitorio, poiché prendeva il via *dall'inquisitio*, dalla decisione del giudice, che in seguito darà dell'imperatore, che decideva appunto quali processi dovevano essere portati a compimento e quali non dovevano partire.

Non ci sono sistemi accusatori o inquestori puri, ci sono processi che tendono ad essere accusatori piuttosto che inquisitori.

Il nostro ordinamento ha un sistema prevalentemente accusatorio, migliorato da una legge emanata a fine del secolo scorso sulla base del diritto romano.

PROCESSO CRIMINALE IN EPOCA IMPERIALE

Nel momento in cui il potere si concentra nelle mani di un unico soggetto, secondo alcuni studiosi sussisterà solamente un **processo inquisitorio**.

Tuttavia, nel codice teodosiano esiste un numero infinito di riferimenti *all'accusatio*, interi codici sono dedicati alle caratteristiche dell'altro processo, per cui il cittadino si sentiva leso da un comportamento criminoso e denunciava.

Si faceva, in particolare, una differenza tra:

- Atti illeciti perseguibili d'ufficio (comportamenti gravi, *crimina*), per cui subentrava il processo inquisitorio. Visto che reprime i crimini, il **processo** si chiamerà **criminale**. Con l'aumento dei crimina meno gravi del parricidio e perduellio, la reclusione diventerà una forma di punizione sostitutiva alla pena di morte.
- Atti illeciti perseguiti a seguito di denuncia di parte, del soggetto leso (*accusatio*), che riguardavano i comportamenti meno gravi, i delitti, il cui processo poteva ancora essere definito accusatorio. Visto che la somma di denaro pagata a seguito del compimento di un delitto prende il nome di pena, il **processo** prenderà il nome di processo **penale**. Si affianca quindi un processo diverso, il cui fine è diverso, poiché è la pena, e che, senza denuncia, non inizia.

La *ratio* del processo criminale e penale è la stessa, ma i sistemi sono diversi, entrambi compresi nel codice teodosiano. Chi sostiene che in quest'epoca non ci fosse più il processo accusatorio, ritiene la seconda categoria una mera eccezione.

APPARENTE CONTRADDIZIONE TRA PROCESSO ACCUSATORIO E INQUISITORIO

Nella *cognitio extra ordinem* non c'è un sistema puro, ma il suo sistema si avvicina di più alla natura inquisitoria, perché c'è solo l'Imperatore, è lui il sommo giudice, colui che inizia il processo e che ha potere giurisdizionale. Nella pratica però rimane una grande attenzione alle accuse. Nel codice di Teodosio esistono molte costituzioni decise *all'accusatio*, il cui sistema si affianca al sistema formalmente inquisitorio, del concentramento dei poteri nelle mani di una persona, perché il sistema accusatorio è quello che garantisce il giusto processo. Gli imperatori sanno che devono mantenere ferma la loro autorità rimanendo i sommi giudici, ma sanno anche che devono garantire la *iustitia*, possibile solo con il sistema accusatorio. Il processo criminale romano prevede infatti *l'accusatio*, poiché è il solo sistema che coincide con *l'aequum iudicium*.

Il dubbio di alcuni studiosi nasce dal fatto che sembra esserci contraddizione tra il concentramento dei poteri, che si aveva anche con il rex, ed il fatto che il processo si svolge attraverso le accuse.

Il processo criminale romano vede alcuni reati perseguibili in via inquisitoria ed altri accusatoria. Iniziano con *un'accusatio* tutti i processi che coinvolgono solamente una parte offesa, perché questo comportamento turba soltanto una sfera. Ci sono però alcuni reati che causano il turbamento dell'intera comunità: l'omicidio non turba soltanto gli eredi, turba l'intera collettività, quindi può essere perseguito anche senza *accusatio*. Questa è la differenza tra reati che si perseguono d'ufficio e su querela di parte, stabilita in base al fatto che turbano la collettività o soltanto la mia sfera. Distinzione che nasce dalla distinzione che abbiamo più volte fatto tra il concetto di delitto, che riguarda solo la sfera dell'offeso e punito con il pagamento di una somma di denaro, ed il concetto di *crimina*, punito con la morte e che non richiede *l'accusatio*, perché la collettività si ribella ai *crimina* stessi. Anche oggi i reati più gravi non devono essere denunciati per essere perseguiti.

Capiamo quindi che NON ci sono contraddizioni nella *cognitio extra ordinem* e nel nostro stesso ordinamento, perché la finalità, anche per l'Imperatore, era ed è il giusto processo. Si tratta quindi solo di un'apparente contraddizione.

Ci sono persino leggi imperiali riguardo *l'accusatio* non raccolte nel codice Teodosiano o Giustiniano, e che, per questo, non vengono considerate da alcuni studiosi. **Costantino** emana un editto, con l'importanza che questo documento ha, proprio per regolare le accuse. Nonostante Costantino sia raffigurato come un dio, precisa che il processo criminale si svolge attraverso le accuse, perché solo queste garantiscono *l'aequum iudicium*, anche se questo non toglie che lui sia *dominus et deus*. Questo provvedimento non si trova facilmente nei manuali, ma è di fondamentale importanza per capire che non sussiste contraddizione.

DIRITTO SOGGETTIVO

Nel diritto soggettivo, posizione giuridica attiva a livello di comando primario, ci sono:

- **Diritti obbligatori o relativi:** diritti soggettivi che si fanno valere nei confronti di una sola persona, titolare dell'obbligo. L'obbligo è in capo ad un solo soggetto.
- **Diritti assoluti o reali:** diritti soggettivi che si fanno valere nei confronti di tutti i consociati, così forti da essere opponibili *erga omnes*. L'obbligo è in capo a tutti, quindi non so chi non lo adempirà. La realtà di questo diritto nasce dalla considerazione del rapporto esistente tra questo diritto soggettivo e la *res*, poiché era quel particolare diritto che consentiva al cittadino romano di difendere la propria posizione nei confronti degli altri cittadini. Nel linguaggio giuridico dei romani il termine *res* indicava le entità corporali che servivano a realizzare dei bisogni materiali. Per essere cose in senso giuridico, dunque, un oggetto doveva avere una utilità concreta ed essere accessibile. Quelle che i romani definivano cose, saranno definiti dal diritto positivo "beni".

Sebbene non fosse stata ancora formulata una teoria, *meum esse* è la prima definizione del diritto di proprietà: l'esercizio di un diritto che il cittadino romano esercita e fa valere nei confronti di tutti gli altri consociati. Prima ancora di essere definito diritto di proprietà, era chiamato *ius in re propria*, poiché si esercita un diritto in maniera molto forte, infatti esprime la forza che consiste nel godimento di un bene, precluso a tutti gli altri consociati. Apre la strada allo *ius in re aliena*.

IUS IN RE PROPRIA

Questo diritto prende il nome di *dominium ex iure quiritium* (proprietà), vale a dire "proprietario in base al diritto dei Quiriti", per contrapporla alla cosiddetta proprietà pretoria.

Essere titolari del diritto di proprietà significa essere titolari di un diritto reale, opponibile *erga omnes*. La res ha valore centrale nell'origine di questa categoria, perché inizialmente il diritto si esercita escludendo gli altri dalla res, ed è l'unica distinzione che i romani per ora riescono a fare rispetto al diritto opponibile nei confronti di una sola persona.

Solo il *pater familias* può essere titolare di un diritto soggettivo, poiché solo lui detiene la capacità patrimoniale.

Il proprietario poteva usare la cosa, goderne i frutti, trasferire ad altri i poteri che aveva su di essa e distruggerla. Poteva esercitare i suoi poteri in via esclusiva, sebbene non fossero illimitati. Alcune di queste limitazioni erano volte a tutelare i diritti dei proprietari vicini, altre erano legate al valore che alcuni beni, sebbene di proprietà privata, avevano per l'intera comunità (*bos domitus*); altre limitazioni ancora servivano a garantire la vivibilità del complesso urbano, come quella che stabiliva che tra una casa e l'altra dovesse essere lasciato uno spazio libero di due piedi e mezzo destinato al passaggio (*ambitus*). Esempio: un intenso sviluppo edilizio aveva fatto sì che accanto alle case unifamiliari venissero costruiti grandi isolati a più piani, divisi in appartamenti e addossati gli uni agli altri. Accanto alle vecchie limitazioni, ne vennero introdotte altre, volte a scopi diversi: particolarmente interessante tra di esse era quella diretta a garantire la piacevolezza e la salubrità dell'ambiente impedendo costruzioni che togliessero ad altri edifici la luce del sole.

CLASSIFICAZIONE DELLE RES

Individuare categorie di res sulle quali il cittadino esercita un potere talmente ampio da escluderle dal godimento degli altri consociati significa studiare come si applica il diritto soggettivo.

- ❖ **Res *mancipi***: sono le *res* di maggior importanza sociale. Il nome deriva dal potere che il *pater familias* esercitava sui soggetti *sui iuris* e che, in relazione agli schiavi, prendeva il nome di *mancipium*, poiché gli schiavi erano considerati *res*. Vi è infatti un diritto che si esercita escludendo tutti gli altri dai diritti sulle seguenti *res*, che per la loro natura fanno capire la risalenza di questa distinzione:
 - Fondi sul suolo italico (campi);
 - Animali da tiro e da soma (consentono di arare i campi);
 - Schiavi;
 - Le antiche servitù rustiche (quelle che, per esempio, regolavano lo scolo dell'acqua da un fondo all'altro).
- ❖ **Res *nec mancipi***: cose di minor importanza sociale. Vi fanno parte tutte le *res* che non rientrano nella prima categoria.

Altre classificazioni più risalenti:

- **Res *privatae*** - quelle che possono appartenere ai privati;
- **Res *publicae*** - quelle che possono appartenere allo Stato (erano pubbliche le cose che appartenevano al *populus romanus*, come il mare e il suo lido, che potevano essere usati anche da coloro che non erano cittadini).
- **Res *divini iuris*** - *res* che possono appartenere alle divinità (tipicamente romana, erano di diritto divino le *res sacrae*, le *res religiosae* e le *res sanctae*, vale a dire le mura e le porte della città);
- **Res *human iuris*** - *res* che possono appartenere ai privati

Né le *res divini iuris* né le *res publicae* potevano far parte di un patrimonio privato e appartenevano alla categoria delle *res extra nostrum patrimonium*.

Classificazioni più recenti:

- **Res *corporales*** - *res quae tangi possunt* (quelle che possono essere toccate);
- **Res *incorporales*** - *res quae tangi non possunt* (quelle che non possono essere toccate). Distinzione importante anche nel nostro ordinamento, dove possono essere valutate anche le *res* non tangibili, come i diritti.

- **Res mobiles** - saldamente ancorate al terreno;
- **Res immobiles** - non saldamente ancorate al terreno.

- **Res quae usu consumuntur e res quae usu non consumuntur** (consumabili e inconsumabili): sono consumabili le cose che possono essere utilizzate solo una volta dalla persona che ne dispone perché usandola la distrugge, la trasforma o la aliena.
- **res quae pondere numero mensura constant** (cose fungibili): sono cose fungibili quelle che possono essere sostituite da altre della medesima specie. Le cose fungibili sono in genere consumabili.
- **res quae sine interitu dividi possunt e res quae sine interitu dividi non possunt** (divisibili e indivisibili): sono divisibili quei beni che possono essere divisi materialmente senza perire e senza subire pregiudizio economico di una certa entità, indivisibili gli altri.

A motivo della minore o maggiore importanza sociale, cambieranno anche gli istituti con cui queste *res* potevano essere trasferite da un cittadino romano all'altro. Sono molto importanti gli istituti che assistono questo trasferimento, anche perché questa distinzione è presente anche nel nostro ordinamento: per il trasferimento dei beni immobili è richiesta la forma scritta, mentre per beni mobili comuni, come un libro, non sono previsti particolari istituti.

MODI DI ACQUISTO DI UNA RES

Permettono di esercitare sulla *res* in questione un diritto reale, e sono differenti a seconda della diversa importanza sociale delle *res*. Diventare titolare di un diritto reale significa, in questa fase, diventare proprietario, acquistare il diritto di proprietà, il che fa comprendere come i diritti reali si fondino innanzitutto sul diritto di proprietà, sebbene in seguito ne troveremo altri. Al pari di tutti gli altri diritti reali, la proprietà non poteva essere acquistata per contratto: mentre i diritti di credito potevano nascere per contratto, i diritti reali non potevano essere costituiti o trasferiti con questo strumento che veniva considerato inidoneo.

La proprietà si può acquistare in modo:

- ❖ **Originario**: quello che **non** prevede una relazione con il precedente proprietario;
 - **Bottino di guerra**: quando si conquista un territorio vicino alla originaria collettività romana e ciò che era del nemico diventa dei cittadini romani. Si tratta dell'ipotesi storica di questa categoria, ma, nel corso del tempo, se ne distinguono altre.
 - **Occupazione della *res nullius***: si ritenne che potessero essere occupati anche gli animali inselvaticiti che erano appartenuti a qualcuno, da cui si erano allontanati senza dimostrare intenzione di tornare. Potevano essere occupate anche le *res derelictae*, vale a dire abbandonate dal proprietario.
 - **Acquisto del tesoro**: il tesoro è un vecchio deposito di pecunia di cui non resta memoria, e che quindi non ha più padrone. Secondo i principi romani, poiché la proprietà di un terreno si estendeva *usque ad sidera et usque ad inferos*, in linea di principio, esso apparteneva al proprietario del suolo. Sembrava giusto concedere qualche diritto a colui che aveva trovato il tesoro. Adriano propose la seguente soluzione: l'acquisto avviene a favore del ritrovatore per intero quando il ritrovamento avviene su cosa propria o su cosa sacra religiosa; a favore del ritrovatore ed è il proprietario della cosa per metà, se ritrovamento avviene su cosa altrui. Se la cosa è pubblica, la metà si devolve al fisco.
 - **Accessione**: due cose, che appartengono a proprietari diversi, si uniscono e vengono a formare una cosa sola. Si ritiene che la cosa nuova spetti al proprietario della cosa principale. Esempi sono la *scriptura*, la *textura* e la *ferrumunatio*. Esistevano anche casi di accessione di cosa mobile a cosa immobile come la *satia* (semina), *plantatio* (piantagione) e la *inaedificatio* (costruzione di edificio).
 - **Incrementi fluviali**: le acque del fiume aumentano l'estensione di una proprietà che affaccia sul fiume o perché portano con sé sabbia e detriti che prosciugano parte del letto o perché trasportano un pezzo di terreno staccato dalla zona superiore. Si distinguono in questo caso i fondi limitati dai fondi *arcifinii*. Sono limitati i fondi che hanno un confine anche sulla parte del fiume: in questo caso il fondo non si accresce della nuova porzione. Sono *arcifinii* i fondi che, dal lato del fiume, trovino in questo il loro confine: la proprietà in questo caso si estende automaticamente sul nuovo terreno.

- Specificazione: trarre da una materia una nuova *species*, vale a dire una cosa nuova e diversa, un oggetto di un nuovo tipo, come un vestito fatto di lana. La proprietà spettava al proprietario della materia se questa poteva essere ripristinata dal nuovo oggetto, in caso contrario allo specificatore. Nel diritto classico, non si richiede, per l'acquisto, che lo specificatore sia in buona fede, che cioè ignori che la materia prima non appartenga lui. A favore del proprietario della materia prima vi è solo l'esperibilità delle azioni ordinarie (*actio furti*), quando ne ricorrano i presupposti. In diritto giustiniano è, per contro, da ammettersi persecuzione, in via autonoma, dell'ingiustificato arricchimento.
- Confusione e commistione: si verificano quando si uniscono quantità di materie che possono essere mescolate, ma appartenenti a diversi proprietari. Si riteneva che alla proprietà individuale di ciascuno si sostituisse una proprietà condominiale sull'insieme, per una quota corrispondente alla quantità di bene individuale in essa confuso.
- Aggiudicazione: si verificava nei giudizi divisorii. Il giudice, con *l'adiudicatio*, divideva un bene comune facendo le parti tra coloro che ne avevano chiesto la divisione. Con l'aggiudicazione si aveva la sostituzione di una proprietà condominiale a tante proprietà solitarie.
- Litis aestimatio: è un modo processuale di acquisto della proprietà. Il nuovo diritto di proprietà sorgeva quando il giudice, avendo riconosciuto il diritto dell'attore sulla cosa rivendicata e non potendo ordinare al convenuto di restituirla lo condannava a pagare una somma di denaro, corrispondente al valore della cosa. Pagando la somma, il convenuto acquistava la proprietà della cosa.
- Acquisto dei frutti: il frutto diventa causa indipendente appena si stacca dalla cosa madre. Per separazione dalla cosa madre acquistano i frutti il proprietario, il possessore di buona fede, l'enfiteuta. Per percezione l'usufruttuario. Per tradizione il locatario, la cui percezione si intende compiuta col permesso del proprietario.
- ❖ **Derivativo**: quello che prevede una relazione con il precedente proprietario.
 - Usucapione: identificato dall'*usus capere*, il possesso continuativo della res da parte di un cittadino, che determina l'acquisto del diritto di proprietà. Deve essere un uso continuativo della data di un anno per le cose mobili e di due anni per le cose immobili, senza che il proprietario ne rivendichi l'esercizio del diritto, per far sì che io diventi il titolare del diritto. Il disinteresse del proprietario determina l'acquisto del diritto di proprietà da parte dell'altro, pertanto si considera un modo di acquisto derivativo, poiché è fondamentale il fatto che ci fosse un proprietario precedente e disinteressato, nonostante ci siano studiosi che sostengono il fatto che sia un modo di acquisto originario. Non c'è nell'ordinamento romano una risposta definitiva, è oggetto di discussione e di contrasto da parte della giurisprudenza. Le posizioni sono prese soprattutto sulla base di casi specifici, che si avvicinano più ad una categoria piuttosto che ad un'altra. Oggi gran parte dei manuali parlano di usucapione a titolo originario, ma, in realtà, non si tratta un problema di rapporto, di relazione, bensì l'esercizio del diritto. Il proprietario può infatti non esercitarlo a condizione che gli altri non lo esercitino per un tempo prolungato. Non è però sufficiente il disinteresse del proprietario, perché il fatto che non si eserciti un diritto reale non comporta la perdita della *res*: è fondamentale capire che il disinteresse non riguarda il bene, bensì il comportamento di altri cittadini romani riguardo al mio bene. Se si è consapevoli del fatto che gli altri si comportano come se il bene fosse loro e non si fa nulla per evitarlo, l'ordinamento non prevede che si sia tutelati. In questo periodo si pose però il problema di tutelare chi, a seguito di concessione, aveva esercitato indisturbato la *possessio* di un fondo pubblico per un certo periodo di tempo nei confronti di chi rivendicasse di esserne legittimo concessionario dopo un lungo periodo di inattività. A chi vantava la *possessio* dopo un lungo periodo di inattività, il possessore attuale poteva opporre una *praescriptio longi temporis*, vale a dire una eccezione di lungo tempo. Il lungo tempo necessario per poter respingere le pretese del possessore inattivo era di venti anni, se questi abitava in un'altra città, dieci anni se abitava nella stessa. Tra gli effetti dell'usucapione erano comprese anche le persone: la *manus* sulla moglie per esempio si acquistava dopo che il marito aveva esercitato di fatto questo potere per un anno. I modi di acquisto derivativi delle *res* sono differenti a seconda che si tratti di *res mancipium* o *res nec mancipium*. È facile immaginare che ci siano istituti più formali ed articolati in relazione al trasferimento delle cose di maggior importanza:
 - **Mancipatio**: istituito *per aes et libram*, cerimonia per bronzo e bilancia, che si svolgeva a Roma e che coinvolgeva vari soggetti, proprio per l'importanza che, nell'originaria struttura del diritto romano,

aveva l'essere titolare o meno del diritto reale. Questo istituto prevedeva che venditore e compratore celebrassero questa cerimonia di fronte al *libripen*, che teneva in mano una bilancia (dal latino *libra*), sul cui piatto veniva posto un pezzo di **bronzo** (dal latino *aes*), che rappresentava il prezzo per l'acquisto del bene, il corrispettivo per il trasferimento della proprietà dalle mani del venditore a quelle del compratore. Dovevano inoltre esserci almeno **cinque testimoni**, che avevano una funzione pubblicistica, poiché le conseguenze del diventare proprietari erano molto importanti, visto che il proprietario aveva il potere di escludere tutti gli altri consociati dall'esercizio del diritto chiamato *ius in re propria*. Se dopo la *mancipatio* la proprietà della cosa veniva rivendicata da una terza persona che vinceva l'azione di rivendica, il *mancipio dans* era tenuto a garantire il compratore, versandogli, a titolo di pena, una somma di denaro pari al doppio del prezzo da questi pagato. Le parti, inoltre, al momento dell'atto potevano fare delle dichiarazioni aggiuntive, dette *nuncupationes*, con le quali specificavano quali dovessero essere gli effetti che esse intendevano perseguire. La solennità della cerimonia corrisponde all'importanza della res da trasferire.

- **In iure cessio:** dal punto di vista cronologico, questo istituto viene introdotto a seguito della *mancipatio*, quindi non nell'epoca arcaica, bensì nell'epoca classica, ed è il frutto dell'evoluzione, che consente un continuo progresso del diritto e la riduzione della formalità, necessaria, poiché le fonti ci raccontano che si trasferivano sempre più schiavi, per cui non si poteva sempre svolgere una cerimonia come la *mancipatio*. Durante la fase classica, sappiamo che nel processo formulare si distinguono due diverse fasi:
 - *In iure* → si svolge davanti al pretore, il quale deve decidere se concedere o meno l'*actio*, esito di questa fase. Solo in caso di concessione dell'*actio* si passa alla fase successiva, anche se, per la precisione, il momento che separa la fase davanti al pretore dalla fase davanti al giudice si chiama *litis contestatio*.
 - *Apud iudicem* → si svolge davanti al giudice, allo *iudex privatus*. L'esito di questa fase sarà la sentenza.

In iure cessio significa cedere nella fase *in iure* del processo, cioè rinunciare a far valere i propri diritti in questa fase. L'istituto consiste quindi in un finto processo in cui il venditore della *res* cede (rinuncia a) i propri diritti nella fase *in iure* del processo. Si inscenava un finto processo nel quale i due contendenti sono il compratore, che dichiarava per tre volte davanti al magistrato di essere proprietario della *res*, ed il venditore, che rinunciava a protestare perché si trasferisse la proprietà delle suddette *res* di grandissima importanza. Questo silenzio veniva indicato con l'espressione *in iure cedere* e, di fronte a questa *cessio*, il magistrato pronunciava l'*addictio*, attribuendo così la proprietà della cosa a colui che aveva fatto la *vindicatio*. Si finge una disputa riguardo la proprietà della *res* davanti al pretore, ma ci sarà ovviamente anche il pagamento del corrispettivo, poiché lo stare zitto da parte del venditore costerà un corrispettivo al compratore, anche se esso non ha la stessa rilevanza che aveva nella *mancipatio*. Il controllo pubblico, che deve dare certezza al titolare del diritto, e che nella *mancipatio* era esercitato dai testimoni, in questo caso è esercitato dal pretore, rappresentante del popolo, il quale è consapevole della finzione, ma non per questo si sente sminuito, perché ciò che conta per la collettività è sapere chi è il proprietario, quindi egli deve partecipare all'attività di trasferimento.

Altra cosa sono i testimoni che confermano la fondatezza delle posizioni delle parti e che quindi hanno una funzione privatistica, ma questi si trovano all'interno del processo, che in questo caso invece non parte nemmeno, ci si ferma alla fase prima.

Se si deve trasferire la proprietà di una *res nec Mancipium*:

- **Traditio:** il trasferimento, vista la minor importanza delle *res*, avveniva in maniera meno formale e più semplificata, infatti la *traditio* è il semplice trasferimento della *res nec Mancipium* da un soggetto ad un altro. La stessa parola *traditio*, che significa trasferimento, indica che il contratto si perfeziona semplicemente attraverso il passaggio della *res* dalle mani del venditore a quelle del compratore. In un momento successivo, perché la *traditio* trasmettesse la proprietà, si richiesero nuovi requisiti. In particolare, si richiese che la consegna fosse determinata da una *iusta causa traditionis*, vale a dire una ragione considerata idonea alla trasmissione della proprietà. Importante modifica riguardò la modalità della consegna. Originariamente la consegna doveva essere necessariamente materiale, nel caso di bene immobile c'era una consegna simbolica. Successivamente, per consegnare le merci contenute in un locale, per esempio, bastava la consegna delle chiavi e per consegnare un fondo bastava indicarlo da un'altura. Quest'ultimo esempio riguarda una *res Mancipium*, infatti, con

l'aumento dei trasferimenti, soprattutto degli schiavi, quando Roma si sta trasformando territorialmente e sta passando da un'economia agricola ad un'economia di tipo mercantile, ci troviamo di fronte ad una trasformazione del diritto che si adatta alle nuove esigenze.

Le fonti ci raccontano quando successe per la prima volta che uno schiavo venga trasferito con la *traditio*, cioè con il trasferimento dello schiavo da una parte e del corrispettivo dall'altra. Secondo il diritto romano, si diventava titolari della proprietà di uno schiavo solo seguendo i due suddetti istituti, ma in questo caso si era usato uno strumento diverso, quindi il compratore non era teoricamente titolare del diritto reale, non era proprietario. Le fonti raccontano ancora che per questa ragione, i cittadini potevano andare da lui a reclamare la proprietà di quello schiavo o, caso ancora più grave, lo stesso venditore poteva tornare a reclamare la titolarità del diritto di proprietà di quello schiavo, che era passato solo fisicamente nelle mani nel compratore, poiché non erano stati usati gli istituti previsti dall'ordinamento romano per il trasferimento delle *res mancipi*. Il compratore non poteva opporre nessun titolo, pur avendo pagato il prezzo dello schiavo. Il diritto romano non poteva tutelarlo, perché aveva utilizzato lo strumento sbagliato.

Il compratore, allora, chiese ed ottenne dal pretore un'*actio* per tutelare la sua posizione, dicendo che aveva solo l'uso materiale dello schiavo, non la proprietà. Questa *actio* prende il nome di **actio Publiciana**, chiamata così per il nome del pretore (Publicio). Essa attribuisce al compratore la proprietà dello schiavo in un modo straordinariamente importante e raffinato, vale a dire fingendo che sia ricorso il tempo necessario per usucapire lo schiavo. Il pretore finge che sia decorso un anno, per cui il compratore diventa proprietario dello schiavo secondo il diritto civile, in forza dell'usucapione. È qui introdotta una **finzione giuridica**, per cui il compratore si finge titolare dell'usucapione, sebbene non sia decorso il tempo necessario. L'altra parte non può mettere in dubbio ciò che dice il pretore, anche perché non sarebbe giusto che, chi ha pagato il prezzo, si veda portare via lo schiavo. È il compratore che necessita di tutela.

Attraverso questa *fictionis iuris*, applicata all'*actio publiciana*, il compratore non può dire di essere *domino ex iure quiritium* dello schiavo, perché diventa proprietario grazie all'attività del pretore, in forza dell'*actio publiciana*, non grazie all'ordinamento giuridico. Pertanto, questa proprietà si chiama **proprietà pretoria** (*in bonis habere*), mentre, se avesse utilizzato gli istituti previsti dal diritto civile la sua posizione si chiamerebbe *domino ex iure quiritium*.

Questo modo di trasferire le *res mancipium* prenderà chiaramente piede nel corso del tempo, per cui, ad un certo punto, tutti utilizzeranno a Roma la *traditio* per trasferire le *res mancipium*, poiché tutti sapevano di essere protetti dall'*actio publiciana*.

La **conseguenza giuridica** di ciò è che cade la distinzione tra *res mancipium* e *res nec mancipium*. Si parlerà di trasferimento delle res, senza distinzione. Nell'opera di Giustiniano, infatti, non ci sarà alcuna precisazione, che non avrebbe più senso, siccome non si utilizzano più i primi due istituti. Esisterà un unico, indifferenziato *dominium*, che conferirà al suo titolare il massimo dei poteri che un privato poteva vantare su un bene.

STRUMENTI DI TUTELA DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ

Actiones in rem:

- **Rei vindicatio** → rivendico il diritto reale chiamato proprietà contro chi esercita al posto mio il diritto di proprietà. Si tratta di una tutela positiva. Se in un processo per *legis actiones* non esisteva la contro rivendicazione della cosa, il giudice doveva dichiarare vincitore l'attore se risultava che la cosa era sua. In questo periodo la condanna era pecuniaria e chi vinceva la *rei vindicatio* poteva ottenere la restituzione della cosa solo grazie all'esperimento della formula dell'*arbitratus de restituendo*. Se questo non avveniva e il convenuto pagava la *litis aestimatio*, chi aveva intentato l'azione perdeva la proprietà della cosa e veniva compensato da una somma di denaro.
Art. 948 c.c. (azione di rivendicazione): il proprietario può rivendicare la cosa da chiunque la possiede o la detiene.
- **Actio negatoria** → un soggetto disturba soltanto nell'esercizio del mio diritto di proprietà. Nego che gli altri possano disturbarmi nel godimento della mia proprietà. Si tratta di una negazione del disturbo, quindi di una tutela negativa.
Art. 946 c.c. (azione negatoria): il proprietario può agire per far dichiarare l'inesistenza (tutela negativa) di diritti di altri sulla cosa di sua proprietà.

- *Actio ad exhibendum*: veniva intentata prima della *rei vindicatio* quando era necessario accertarsi che la cosa che altri possedeva era quella che si voleva rivendicare o quando era necessario individuare la cosa che aveva apparentemente perso la sua individualità.
- *Iudicium finium regundorum*: nasce per il rispetto dell'obbligo di lasciare cinque piedi tra i fondi ma venne usata anche per stabilire quale fosse il limite tra i fondi confinanti. Non dava luogo a una proprietà, ma riconosceva un diritto di proprietà già esistente.
- *Cautio damni infecti*: era una solenne promessa con cui il proprietario che svolgeva dei lavori sul proprio fondo o il proprietario di un edificio pericolante si obbligavano a risarcire eventuali danni provocati al vicino.
- *Operis novi nuntiatio*: intimazione stragiudiziale con cui si vietava a un soggetto di proseguire un'opera cui aveva dato inizio.
- *Interdictum quod vi aut clam*: interdetto che serviva a bloccare un'opera illecitamente compiuta. La nuova opera doveva essere stata iniziata o compiuta di nascosto, ovvero con la forza, vale a dire ignorando il divieto di chi aveva diritto di impedirla. Si tratta di azioni che per la prima volta verranno concesse dal pretore per tutelare la sua posizione di *dominus ex iure quiritium*.

IUS IN RE ALIENA

I diritti di *ius in re propria* sono assoluti, nessun consociato potrà violare l'obbligo, poiché questo diritto permette di escludere tutti i consociati dall'esercizio del mio diritto pieno e soggettivo. I romani rappresentano questo anche graficamente: il *meum esse* coincideva, almeno nella fase originaria di Roma, con un diritto che i romani qualificavano con alcune espressioni come, ad esempio, "*usque ad sidera*" oppure "*usque ad inferos*", che indicava l'ampiezza del diritto di proprietà nella sua accezione arcaica della storia del diritto romano, fino alle stelle e fino agli inferi. In questa fase, quindi, non si ammette che altri diritti partecipino al godimento del diritto.

Tuttavia, il tema della progressiva evoluzione dell'economia romana influenzerà pesantemente anche questo aspetto del diritto romano. Quando l'economia agricola comincia a trasformarsi in un'economia mercantile, fondata quindi sugli scambi commerciali, cominciano ad esserci anche delle conseguenze: il fenomeno dell'**inurbamento**, per cui i cittadini romani si trasferiscono dalle campagne alle città. Ci sarà la trasformazione dell'aspetto architettonico delle città e della struttura delle case, che da un piano passeranno a più piani. È necessario che la popolazione delle campagne trovi una struttura abitativa, tema che soltanto in apparenza è estraneo all'evoluzione dei diritti reali. In realtà, l'evoluzione è motivata proprio da questo cambiamento, poiché il proprietario, inizialmente, escludeva tutti dal suo diritto di proprietà, mentre ora, in forza del contratto di **locazione**, altri consociati occupavano i piani di un palazzo di un altro proprietario e godevano dei suoi benefici, esattamente come oggi. In realtà, il proprietario del terreno su cui è costruita la casa a più piani rimane proprietario di tutto l'edificio, *usque ad sidera, usque ad inferos*. Si afferma però il principio della **accessione**, in base alla quale il proprietario del terreno è sì proprietario di tutto ciò che c'è sopra e tutto ciò che c'è sotto il suo suolo, con in più la regola in base alla quale "*superficie solo cedit*". Ciò che sta in superficie accede al suolo, quindi il proprietario dell'edificio può dare in locazione gli appartamenti rimanendo tale, anche se altri soggetti utilizzano i vari piani dell'edificio.

SUPERFICIE

Ad un certo punto si cominciano anche a verificare lamentele da parte dei conduttori degli appartamenti, che dichiarano di non poter godere a pieno dell'appartamento perché disturbati (di notte sentono lanciare sassi contro le finestre degli appartamenti). Si tratta di un'evenienza che si presenta per la prima volta nel diritto romano. Se fosse il proprietario a disturbare, il diritto sarebbe protetto in forza del contratto di locazione, ma se non fosse il proprietario a disturbare nel loro pacifico godimento del bene, ma terzi, i conduttori si rivolgono al proprietario, che potrebbe rispondere che non c'entra nulla e che il contratto a titolo consensuale che li lega non può essere applicato. I conduttori si trovano così nella situazione di dover ottenere la tutela di un diritto. Per l'ipotesi del disturbo del pacifico godimento dell'appartamento preso in locazione, interviene il pretore attraverso un'*actio*, che può essere fatta valere non contro il proprietario, perché se così fosse non avremmo bisogno di una nuova *actio*, utilizzeremmo l'*actio locati conducti*, bensì contro tutti i terzi che disturbano il pacifico godimento dell'appartamento: l'***actio de superficie***. Questa *actio* è esperibile contro tutti i terzi che disturbano nel pacifico godimento.

Su uno stesso bene ci possono essere quindi due azioni: *l'actio in rem* esercitata dal proprietario e che caratterizza il suo diritto di proprietà opponibile *erga omnes*, ma anche *l'actio de superficie*, altresì opponibile *erga omnes*. Per la prima volta ci sono quindi due diritti reali esercitati contemporaneamente su uno stesso bene:

- **Proprietario** → azione *erga omnes* (*actio in rem*);
- **Conduttori** → azione *erga omnes* (***actio quasi in rem***). Ottiene lo stesso risultato, ma va tenuta distinta, in modo tale che la possano esercitare contemporaneamente sia proprietario che conduttori.

La differenza tra le due è importante e facilmente verificabile: il proprietario esercita il diritto su una cosa (il palazzo sopra il suo terreno) di cui è proprietario (*ius in re propria*); i conduttori esercitano il diritto su una cosa altrui (*ius in re aliena*). Dal punto di vista della tutela non c'è differenza. Nell'evoluzione del diritto romano si parlerà, nelle fonti, di **diritto di proprietà superficiale**, per evidenziare sia la somiglianza che la differenza con il diritto di proprietà. Il diritto di superficie inoltre era alienabile, trasmissibile *mortis causa* e tutelato da tutti i rimedi concessi al proprietario. La superficie, dunque, è un diritto in *re aliena* che conferisce al suo titolare la quasi totalità dei poteri del proprietario.

Col tempo questi diritti reali diversi dalla proprietà assumeranno importanza e diventerà comune il fatto che su una res due cittadini possano esercitare due diritti reali differenti. Non c'è più soltanto la proprietà, ci sono diritti reali diversi, entrambi fatti valere sulle medesime res. Questi **diritti reali** vengono detti oggi **minori**, ma per i romani non erano minori, perché, dal punto di vista della tutela, che è ciò che a noi interessa, non c'è alcuna differenza. La caratteristica della minorità non è fondata sulla qualificazione obiettiva, bensì sulla prescrittibilità: la proprietà non si prescrive mai. Oggi non c'è nessuna differenza tra superficiario e proprietario, tranne per il fatto che il diritto di superficie, se non utilizzato per vent'anni, si prescrive, la proprietà no. Il discorso che a Roma era iniziato per gli immobili costruiti sopra il terreno, si svilupperà anche per lo spazio sotto il suolo: quando si acquista oggi un box sotterraneo, per esempio, si acquista un diritto reale dal comune di Milano e si diventa proprietari superficiali, ma la tutela che riceviamo è come quella dei proprietari, l'unica differenza è che, se non uso il diritto di superficie per 20 anni, questo si estingue.

Per le **piantagioni**, nel diritto romano **non** è ammesso il diritto per la **superficie vegetale**. Dopo grande riflessione, i giuristi romani dicono che non è ammessa la superficie vegetale, perché le piante sono legate in modo organico al terreno (*legame organico*), il che esclude la separazione del diritto di proprietà da quello di superficie, perché si dovrebbero tagliare le radici, intimamente connesse al terreno.

Art. **956** c.c. (divieto della proprietà separata delle piantagioni): non può essere costituita o trasferita la proprietà delle piantagioni separatamente dalla proprietà del suolo. La superficie vegetale non è quindi ammessa né dal diritto romano che dal diritto odierno.

Accanto all'unico diritto reale che coincideva con lo *ius in re propria*, la proprietà (il *meum esse, dominium ex iure quiritium*), si può ora trovare lo ***ius in re aliena***, che si distingue per la diversa modalità di esercizio del diritto, che si esercita appunto su una cosa altrui ed è quindi minore rispetto a quello della proprietà.

È la superficie che consente di introdurre nella categoria dei diritti reali il diritto su cosa altrui. Il libro del **codice civile** che si occupa della proprietà è il **terzo**, libro che, dopo aver parlato della proprietà, si occuperà di altri diritti reali, il primo dei quali è proprio la superficie, che superava l'esclusione assoluta di tutti i consociati da parte del proprietario, poiché ammette che esista un altro cittadino romano titolare di uno *ius* esperibile *erga omnes* sulla sua proprietà.

- Art. **952** c.c. (**superficie**): il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del proprio suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquistano la proprietà.

Per noi proprietario è colui che esercita lo *ius in re propria*, e ce ne può essere solo uno. Sembra quindi contraddittorio, perché sembra che il superficiario abbia un diritto di cosa propria, e che quindi possa escludere tutti, compreso il proprietario. Occorre integrare questa definizione di superficie: il codice civile parla della **proprietà superficiale**. Anche gli antichi romani dicevano che la proprietà superficiale era così forte da poter essere assimilabile alla proprietà, così come il superficiario è talmente simile al proprietario da poter essere chiamato tale. Ciò che interessa mettere in evidenza, anche per i giuristi romani, non sono le differenze, bensì le tutele dei cittadini. Infatti, il superficiario gode della stessa protezione di cui gode il proprietario pieno, tanto che lo strumento di tutela è il medesimo: ***actio quasi in rem***, distinta dall'*actio in rem* solo dal quasi, perché comunque occorre differenziarli in base al rapporto sostanziale tra diritto e titolare. I romani vogliono mettere in evidenza la somiglianza tra gli istituti di tutela, la cui differenza sta solo nell'esercizio (su cosa propria o su cosa altrui, nel qual caso si estingue dopo 20 anni di non utilizzo), quindi si tratta di una differenza formale.

- Art. 955 c.c.: la disciplina è identica sia per il soprassuolo che per il sottosuolo.
- Art. 954 c.c.: l'estinzione del diritto di superficie, comporta l'estinzione dei diritti su cosa altrui causa prescrizione per non uso. La proprietà superficiali si estingue quindi anche oggi per non uso protratto per 20, a differenza della proprietà piena, visto che il proprietario non ha bisogno di dimostrare la continuità *dell'usus*, poiché esercita già lo *ius in re propria*.

IURA IN RE ALIENA

Lo *ius in re aliena* coincideva inizialmente con la superficie, ma in seguito sarà una categoria contenente altri diritti reali, diventando quindi uno *iura*. Questi diritti sono così distinti:

- ❖ Diritti reali di **godimento**: è possibile l'utilizzazione della res.
 - Superficie;
 - **Servitù** (peso posto da un fondo sopra un altro fondo): lo sviluppo dell'edilizia urbana aveva portato alla nascita di rapporti di servizio, non solo tra i fondi rustici, ma anche tra i fondi urbani. Contenuto dei diritti di servitù era la facoltà del proprietario di un fondo, detto dominante, di svolgere un'attività su un fondo altrui, detto servente, o di pretendere che il proprietario di questo si astenesse dallo svolgere sul suo fondo una qualche attività. Le servitù rimanevano inalterate indipendentemente dagli eventuali passaggi di proprietà dei due fondi. Altra importante caratteristica delle servitù consisteva nel fatto che essa non poteva consistere in un fare, ma doveva sempre essere in negativo. Le più antiche servitù rustiche si costituivano tramite *mancipatio*. Nel caso delle servitù urbane si ricorreva alla *in iure cessio*, vale a dire una finta rivendica della servitù da parte di chi voleva acquistarla, cui seguiva il silenzio o l'allontanarsi dal tribunale di colui nei confronti del quale era rivendicata, cioè il proprietario del fondo servente, e la pronuncia del magistrato che riconosceva la titolarità del diritto di servitù al rivendicante. In età classica, le servitù potevano essere costituite per destinazione del padre di famiglia, vale a dire quando il proprietario di due fondi, tra i quali esisteva un rapporto di servizio di fatto, alienava uno di essi; nel momento in cui i due fondi si separavano, il servizio di fatto diventava automaticamente una servitù. Per estinguere una servitù era necessario compiere un atto uguale e contrario a quello con cui è stata costituita. In forza del principio "*nemo res sua servit*", le servitù si estinguevano per confusione se i due fondi diventavano, per qualsiasi ragione, di proprietà della stessa persona. Le servitù erano tutelate da un'azione formulare *in rem* detta *vinicatio servitutis*.
 - **Usufrutto**: diritto di godere una cosa altrui e percepirne i frutti, spettante a una persona diversa dal proprietario. Il titolare del diritto di usufrutto dicesi usufruttuario, quello del bene su cui grava un usufrutto dicesi nudo proprietario. L'usufrutto comprende il potere di vantare il diritto non solo nei confronti di chi glielo ha concesso e dei suoi eredi, ma anche nei confronti degli acquirenti a titolo particolare. A differenza della servitù, l'usufrutto conferiva al titolare tutti i poteri del proprietario. La limitatezza consisteva nella sua temporaneità e nel fatto che, nel momento in cui si estingueva, il nudo proprietario tornava *dominus* e doveva avere la possibilità di godere dello stesso bene. Questo principio impediva all'usufruttuario di distruggere la cosa. L'usufrutto non poteva quindi essere costituito su cose consumabili, che, per definizione, non sopravvivono al loro uso. Il modo di costituzione dell'usufrutto è il legato *per vindicationem*, ma anche *in iure cessio*. L'usufrutto si estingueva con atti uguali e contrari a quelli che lo avevano costituito. Era tutelato da un'azione *in rem* analoga alla *vindictio servitutis* detta *vindictio usufructus*. I diritti analoghi all'usufrutto sono:
 - **Usus sine fructu e fructu sine uso**: diritti reali analoghi all'usufrutto, ma aventi contenuto meno esteso. Il primo conferiva solo il diritto di usare una cosa altrui, senza percepirne i frutti; il secondo era il diritto di godere dei frutti, senza quello di usare la cosa, lasciata a un altro soggetto.
 - **Abitazione**: consisteva nel diritto di usare un'abitazione, nonché di darla in comodato o locazione a terzi. In età classica era non di rado oggetto di un legato, che secondo alcuni costituiva un diritto di usufrutto, secondo altri un semplice diritto di credito.
 - **Operae** di schiavi o animali: diritto di servirsi degli schiavi o animali altrui. Questo diritto non si estingueva per la morte del titolare, ma solo alla morte dello schiavo o dell'animale.
 - Diritto *sull'ager vectigalis*: chi riceveva in concessione della terra pubblica non ne acquistava la proprietà. I concessionari di appezzamenti di terre pubbliche ricevute a seguito di una locazione erano sottoposti a un regime particolare: la *locatio*, infatti, prevedeva una clausola secondo la

quale, fino al momento in cui il concessionario avesse pagato il *vectigal*, la terra non avrebbe potuto essere sottratta né a lui, né ai suoi eredi, né agli acquirenti a titolo particolare.

- **Enfiteusi:** parte di terreni, anziché venir data in concessione, veniva affittata a contadini, detti pubblici, per un periodo in genere inferiore ai 5 anni, dietro l'obbligo di versare allo stato, anziché un canone, una quota del prodotto del fondo. L'enfiteusi, da concessione pubblica, diverrà poi concessione privata, che alcuni configuravano come locazione, altri come vendita, fino al momento in cui Zenone diede all'enfiteusi una regolamentazione che la distingueva sia dall'uno che dall'altro contratto. Il dibattito riguardava l'individuazione della persona sulla quale doveva ricadere il danno prodotto da danno maggiore. Egli stabilì che il danno ricadeva sul concedente se la forza maggiore distruggeva il fondo. Se i danni erano riparabili e temporanei ricadevano sull'enfiteuta.
- ❖ Diritti reali di **garanzia:** in capo al titolare del diritto reale minore di garanzia non è previsto l'utilizzo della res. Avevano la funzione di garantire un credito. La "*fiducia cum creditore*", pur essendo una garanzia reale del credito, non era un diritto reale di garanzia. Chi con essa otteneva di garantirsi su un bene otteneva infatti la proprietà di questo bene e, dunque, un diritto reale illimitato. In caso di inadempimento egli non aveva alcun problema a soddisfarsi sulla cosa, essendone già proprietario.
 - **Pegno** (*pignus datum*) → non è un diritto reale di cosa propria, si esercita un diritto reale su cosa altrui per garantire l'adempimento dell'obbligo di restituzione, senza utilizzazione. Si usava maggiormente per le cose mobili. Il pretore concesse al creditore la tutela interdittale (pretoria) della cosa pignorata per il periodo in cui questa si trovava presso di lui e al debitore adempiente un'azione volta a ottenere la restituzione della cosa pignorata. Il pegno, dunque, non aveva funzione satisfattiva, ma coercitiva, in quanto il desiderio di recuperarlo induceva il debitore a adempiere.
 - **Ipoteca** (*pignus conventum*) → ad un certo punto diventerà un istituto che non prevede solo il trasferimento, bensì anche l'accordo, che si modella su un istituto del diritto greco. Infatti, si vincolavano a garanzia di un debito alcuni beni che restavano non solo in proprietà, ma anche nel possesso del debitore. Questo tipo di pegno veniva costituito mediante un accordo informale detto *conventio* da cui il nome di *pignus conventum*, anche se veniva spesso denominato con il termine *hypotheca*. C'è quindi l'ipotesi di trasferimento solo per il mancato adempimento dell'obbligo. Si usava maggiormente per le cose immobili. La cosa data in ipoteca veniva detta *res obligata*. A Roma si mettevano dei massi sui terreni soggetti ad ipoteca a garanzia di adempimento, ad indicare che non vi era il godimento, così come oggi si mette un atto notarile, senza che venga il direttore della banca a godere del mio bene, sebbene la banca abbia un diritto assoluto opponibile *erga omnes*. Qualora sulla stessa cosa esistesse una pluralità di diritti di ipoteca, vigeva il principio *prior tempore potior iure*. Questo significava che la possibilità di soddisfazione del secondo creditore era subordinata all'estinzione dell'ipoteca anteriore.

POSSESSIO

La *possessio* era un rapporto di fatto con la cosa che tuttavia godeva di una protezione giuridica grazie alla concessione da parte del pretore di appositi interdetti. I romani chiamavano *possessio* sia quello che noi intendiamo per possesso, sia quello che noi intendiamo per detenzione, ma lo distinguevano in *possessio suo nomine* e *possessio alieno nomine* o *possessio naturalis*.

POSSESSO

Il possesso è l'esercizio di fatto del diritto di proprietà.

La posizione possessoria, introdotta nel corso della vita quotidiana da qualcuno che si comportava come il proprietario senza esserlo, doveva essere tutelata dal pretore con un altro strumento che si affianca ed è meno articolato dell'*actio*: l'**interdetto possessorio** (*interdictum*). La tutela del possesso era interdittale. L'interdetto non protegge una posizione di diritto, bensì una posizione di fatto meritevole di tutela. Gli interdetti erano di tre tipi, diretti a:

- 1) Acquistare il possesso
- 2) Conservare il possesso: a coloro che volevano conservare il possesso venivano concessi:
 - a) *l'interdetto uti possidetis* per i beni immobili. L'interdetto tutelava chi aveva il possesso attuale del bene. Colui che era stato spossessato con la violenza, clandestinamente o che non riusciva ad ottenere la restituzione di cose concesse a titolo precario, poteva usare la forza fisica contro chi si

era impossessato del bene con la violenza, clandestinamente o che non restituiva ciò che aveva ricevuto da lui a titolo precario.

- b) *l'interdetto utrubi* per i beni mobili. L'interdetto tutelava chi aveva posseduto il bene più a lungo nel corso dell'ultimo anno.
- 3) Recuperare il possesso: venivano concessi gli interdetti de *vi non armata* e de *vi armata*. Ad essi si faceva ricorso quando il possessore di un immobile era stato da questo spossessato con la violenza.
 - a) Con l'interdetto di *vi non armata*, il pretore ordina che al *possessor iustus* venga restituito l'immobile, di cui è stato spogliato con la forza. Pertanto, se lo spoglio se avuto ai danni del *possessor iniustus*, è legittimamente avvenuto. L'interdetto è esperibile entro un anno dallo spoglio.
 - b) Con l'interdetto di *vi armata*, il pretore ordina di restituire incondizionatamente, quindi anche a favore del. Ciò per la particolare gravità della violenza. Cade anche il limite dell'annualità, per lo stesso motivo.

Per possedere non bastava la detenzione materiale della cosa ma era necessario *l'animus possidendi*. Il possesso si acquistava solo se si verificavano entrambe le circostanze. Il rapporto corporale poteva nascere anche da un atto simbolico. *L'animus possidendi* non poteva esistere in capo a chi acquistava con l'intenzione di tenere la cosa *alieno nomine*. Se uno dei due elementi veniva meno il possesso era perduto. In alcuni casi si poteva mantenere il possesso con il solo *animus*.

Dagli strumenti di tutela capiamo che proprietà e possesso sono talmente distinti da richiedere due strumenti diversi.

Possiamo fare due riflessioni ulteriori:

- ❖ Anche oggi nel nostro ordinamento gli strumenti di tutela della proprietà sono diversi dagli strumenti di tutela del possesso (art. 1140, libro III, c.c.);
- ❖ La figura del pretore merita ulteriore valorizzazione, perché proprio il pretore è in grado di dare valenza giuridica ad una situazione di fatto. Non tutela una posizione che farà parte dello *ius*, ma una situazione che solo di fatto esercitava il diritto di proprietà.

DETTENZIONE

La riflessione sul possesso consentirà ai romani di individuare anche la **detenzione**, che, a differenza del possesso, non ha *l'animus possidendi*, quindi manca del convincimento di comportarsi come proprietario, non ha l'animo di comportarsi come il proprietario, ha solo la *possessio corpore*.

NEGOZIO GIURIDICO

Anche se questo termine non è presente nel codice civile, nel diritto romano è molto utilizzato.

Parlando di negozio giuridico, evidenziamo il fatto che deriva dal latino: **nec-otium**, l'attività di carattere commerciale e imprenditoriale che aveva caratterizzato lo sviluppo della storia di Roma, la negazione *dell'otium*, che indicava invece il momento in cui i cittadini romani non erano impegnati, il tempo da dedicare allo spirito e alla coltivazione di se stessi. Poiché il negozio è giuridico, deve essere un *non stare in ozio* con riflessi giuridici, deve cioè guardare al mondo del diritto, allo *ius* in senso oggettivo.

In epoca classica si formò una definizione di negozio giuridico che implica il chiarimento di una differenza:

- ❖ **Fatto giuridico** → tutto ciò che rileva per il diritto in senso oggettivo ma che non dipende dalla volontà dell'uomo; si tratta di accadimenti naturali che l'ordinamento prende in considerazione perché ritenuti produttivi di determinati effetti giuridici (terremoto, alluvione, ...). Fatti giuridici sono:
 - Nascita: evento naturalistico che determina il sorgere in capo al padre del potere sul figlio, purché questo fosse nato da un'unione riconosciuta dal diritto come matrimonio.
 - Morte: fatto naturalistico che attribuisce ai discendenti immediati del *pater* defunto la condizione di persone *sui iuris* e la successione nel patrimonio paterno.
 - Decorso del tempo: fatto naturale che può determinare il sorgere o l'estinguersi di diritti, capacità o poteri personali.
 - Il trascorrere di un anno era per esempio il tempo necessario perché il marito acquistasse la *manus* in forza *dell'usus*.

- Al compimento del dodicesimo e del quattordicesimo anno le donne e gli uomini romani, raggiunta la pubertà, acquistavano la capacità di agire.
- ❖ **Atti materiali:** alcuni atti consistono in una pura attività materiale; altri possono consistere in una manifestazione del pensiero. Possono essere rivolti a dichiarare una propria conoscenza, un'opinione o a manifestare la propria volontà.
- ❖ **Atto giuridico** → tutto ciò che rileva per il diritto in senso oggettivo e dipende dalla volontà dell'uomo; si tratta di comportamenti umani consapevoli, produttivi di effetti giuridici. Questo è il punto di partenza per arrivare a definire il negozio giuridico. L'atto giuridico può essere classificato in due diverse categorie autonome:
 - **Illecito:** atto giuridico difforme dalle norme dell'ordinamento.
 - **Lecito:** atto giuridico conforme alle norme dell'ordinamento. Gli atti leciti si riassumono in tre comportamenti diversi:
 - ◆ Costituire } un rapporto giuridico, una relazione tra consociati
 - ◆ Regolare } un rapporto giuridico, una relazione tra consociati
 - ◆ Estinguere }

L'istituto che si prefigge questi tre comportamenti prende il nome di **negozio giuridico**, che è quindi atto giuridico lecito finalizzato a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico. Un negozio giuridico è al tempo stesso una manifestazione di volontà e un atto di privata autonomia con cui uno o più soggetti pongono in essere un'attività che l'ordinamento riconosce idonea a determinare la nascita, la modificazione o l'estinzione di situazioni giuridiche.

CLASSIFICAZIONE

I negozi giuridici vengono classificati:

- In base alla struttura soggettiva, ossia in base al numero delle parti coinvolte. A seconda che il negozio sia concluso da una sola parte, ovvero tra più parti si distingue tra:
 - .1. Negozio unilaterale
 - .2. Negozio bilaterale
 - .3. Plurilaterale: negozio plurilaterale è per esempio il contratto di società. Non si deve confondere la parte con la persona. Per parte si intende un centro di interessi. Può accadere che una parte sia formata da più persone portatrici di interessi identici.
- In relazione alla funzione tipica i negozi si distinguono in:
 - .1. **Inter vivos:** prevedono un risultato da realizzarsi durante la vita della parte o delle parti. Gli effetti del negozio giuridico non richiedono la morte per la loro produzione.
 - .2. **Mortis causa:** sono finalizzati a produrre effetti dopo la morte del dichiarante, come le disposizioni testamentarie. Gli effetti del negozio si producono a causa di morte, quale conseguenza della morte di un soggetto.
- Sempre in relazione alla funzione si distinguono i negozi:
 - .1. A titolo oneroso: quando una parte, per acquistare un diritto, un vantaggio o un beneficio accetta un correlativo sacrificio
 - .2. A titolo gratuito: quando una parte consegue un vantaggio senza alcun corrispettivo come, per esempio, nel caso del comodato. Rientrano tra i negozi a titolo gratuito gli atti di liberalità con i quali una parte, senza trarre alcun corrispettivo, attribuisce un vantaggio definitivo all'altra parte.
- In relazione agli effetti si distinguono:
 - .1. Negozi a effetti reali: idonei a trasferire la proprietà e a costituire o estinguere diritti reali minori. I negozi a effetti reali sono tutelati con un *actio in rem*.
 - .2. Negozi a effetti obbligatori: idonei a costituire o estinguere obbligazioni. I negozi a effetti obbligatori con una *actio in personam*.

In epoca classica, i giuristi romani, dopo aver dato questa definizione, precisano che il negozio giuridico bilaterale tipico ha contenuto patrimoniale e che quindi prende il nome di **contratto**. Il contratto è l'evoluzione del concetto generale di negozio giuridico. Esistono a Roma però altri negozi giuridici fuori dal settore patrimoniale. La teoria del negozio giuridico sfocia poi, come conseguenza, nella concezione di contratto, ma la nascita del negozio giuridico è estranea al contenuto patrimoniale.

STRUTTURA DEL NEGOZIO

Si prevedono 3 diverse componenti:

- 1) **Presupposti:** elementi che vanno verificati prima della conclusione del negozio giuridico, perché l'obiettivo che hanno i giuristi romani è quello di verificare la presenza di alcuni elementi, in assenza dei quali non è neppure possibile di negozio giuridico che produca gli effetti che l'ordinamento prevede per quella fattispecie. È il tema della validità ed invalidità del negozio giuridico. Occorre dunque preliminarmente verificare i presupposti, che sono di due diversi tipi:
- a) Di natura **soggettiva** (quelli che attengono ai soggetti che concludono un negozio giuridico); sono due:
- i) **Capacità di agire** delle parti: l'idoneità (attitudine) a compiere atti giuridici per manifestare i propri diritti. Nel diritto romano questa capacità non era verificata in un unico modo, poiché gli strumenti di accertamento sono stati influenzati dall'evoluzione del diritto romano:
- (1) **Fase arcaica** → strumenti di controllo che possono essere applicati caso per caso. La verifica coincideva con la maturazione sessuale delle parti. Soltanto le parti che avessero raggiunto la maturazione sessuale erano considerati capaci di agire e quindi in grado di concludere un negozio giuridico. La maturazione sessuale si doveva verificare caso per caso, attraverso un istituto chiamato *inspectio corporis*. Questo sistema di verifica è coerente con il numero ridotto di negozi giuridici.
- (2) **Fase classica** → strumenti che si applicano quasi in automatico, vista la quantità sempre crescente dei negozi giuridici. Per rendere questo controllo meno legato alla fase più risalente di Roma, si aggiunse accanto *all'inspectio corporis* la considerazione per cui le donne maturavano la capacità di agire a 12 anni, mentre gli uomini a 14 anni, il che era un criterio di verifica applicabile in automatico. Oggi la maggior età è fissata al compimento del 18° anno e, con essa, si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per cui non sia prevista un'età diversa (art. 2, Costituzione).
- ii) **Legittimazione delle parti:** prima della conclusione del negozio giuridico occorre verificare la riferibilità alle parti che concludono il negozio degli interessi regolati dal negozio stesso. Occorre verificare che siano riferiti a me gli interessi posti in gioco dal negozio giuridico (non posso vendere una cosa che non è mia). La legittimazione a compiere un negozio spettava ai titolari degli interessi da esso regolati. Nel diritto romano non si poteva dare ad altri il potere di concludere un negozio giuridico al proprio posto. Si poteva però conferire ad altri il potere di concludere negozi per proprio conto acquistandone personalmente la titolarità dei diritti e degli obblighi che ne derivano. In realtà successivamente il diritto romano ammise la rappresentanza per alcuni casi particolari. Questo accadeva quando si preponeva un soggetto alla gestione di tutti gli affari del proprio patrimonio (*procurator omnium bonorum*) o si concludeva con lui un contratto di mandato (*mandatum*). Altre figure di rappresentanti erano il *tutor impuberis*, il *curator prodigi o furiosi* e, successivamente, il *curator adulescentis*. Poteva accadere anche che il *pater familias* concedesse il potere di concludere negozi per proprio conto a un *servus* o un *filius*. Pur non avendo la capacità giuridica, queste persone avevano la capacità di agire e dunque l'ordinamento riconosceva la validità dei negozi da loro compiuti. La situazione era però diversa se si trattava di acquisto di diritti o assunzione di obblighi. Se si acquistavano dei diritti, la titolarità di questi spettava automaticamente al loro avente potestà. Si legge nel *Digesto*, infatti, che "*pater et filius eadem persona*", cioè il padre e il figlio sono una stessa persona. Se dal negozio nascevano obbligazioni, invece, il *pater familias* non veniva da esse obbligato. I sottoposti, infatti, potevano migliorare, ma non peggiorare la situazione del pater. A rendere questi responsabili delle obbligazioni da loro assunte intervenne però il pretore con le azioni *adiecticiae qualitates*.
- b) Di natura **oggettiva:** quelli che attengono all'oggetto del negozio.
- i) **Idoneità dell'oggetto** che costituirà la regolamentazione degli interessi attraverso il negozio giuridico, per concludere il quale è necessario, appunto, un oggetto idoneo, altrimenti non avrebbe senso parlare di negozio giuridico. Deve esistere in natura, essere suscettibile di ricevere il regolamento di interessi predisposto con il negozio, deve essere in commercio e suscettibile di rapporti di scambio ed economicamente valutabile. L'oggetto deve poi essere determinato, già individuato dalle parti o individuabile mediante criteri che le parti hanno convenzionalmente stabilito. Le *res divini iuris*, come le mura, le porta ed i templi della città sono oggetti inidonei al negozio giuridico, così come le *res communes omnium*, cioè i beni di tutti come l'aria o le *res publicae* che sono di proprietà dello stato e destinate all'uso pubblico.

Quando manca anche solo uno dei presupposti, il negozio è un **negotium non existens**, un negozio non esistente. Nemmeno si va a vedere se gli effetti si producono o meno, perché ci siamo fermati prima.

- 2) Elementi essenziali (essentialia negotii): perché un negozio possa essere concluso, occorre verificare la presenza degli elementi essenziali, detti anche costitutivi, ovverosia di quegli elementi che non possono mai mancare perché un negozio giuridico produca gli effetti tipici che l'ordinamento ricollega alla fattispecie. Se gli effetti si producono, abbiamo verificato la presenza degli elementi essenziali, per cui il negozio giuridico è *validus*. Il negozio giuridico invalido è per converso quel negozio che non produce effetti, ma per ora ci interessa soltanto il negozio giuridico attivo. Questo ci racconta la riflessione della giurisprudenza: se mancano uno o più elementi essenziali, *nullum effectum producit*, il negozio giuridico è nullo, che si intende come improduttività degli effetti, incapacità del negozio giuridico di produrre gli effetti tipici che l'ordinamento riconduce a quella fattispecie. Il negozio giuridico che non è *validus* è *invalidus*.
- 3) Elementi accidentali (accidentalialia negotii).

ESSENTIALIA NEGOTII

- I. **Manifestazione della volontà** (oggi è l'accordo tra le parti): estrinsecazione nel mondo esteriore, nel mondo dei fatti, di una determinazione di volontà. Non basta il pensiero, occorre estrinsecare questa determinazione interiore nel mondo esteriore. Se non c'è l'estrinsecazione, non è possibile parlare di negozio giuridico valido e dell'efficacia dei suoi effetti. Nel periodo classico, la giurisprudenza tendeva a ritenere che, nei negozi formali, la mancata corrispondenza tra volontà e manifestazione non dovesse pregiudicare chi aveva fatto affidamento sull'esteriorità della manifestazione. Alla manifestazione di volontà si attribuiva il significato oggettivo che questa aveva, indipendentemente dalla reale intenzione delle parti. Il problema della coerenza tra volontà e manifestazione di questa cominciò dunque a porsi con riferimento ai negozi informali e in quelli del *ius gentium*, ma, una volta entrata in uso per questi negozi, l'indagine sulla corrispondenza tra volontà e manifestazione di questa si estese anche agli altri negozi. Si distinguono due possibilità per estrinsecare la volontà del cittadino:
 - A. **Espressa**: quando consiste in una dichiarazione. La dichiarazione poteva essere recettizia o non recettizia. Era recettizia quando la sua efficacia era subordinata al fatto che il destinatario ne venisse a conoscenza; non lo era in caso contrario.
 - B. **Tacita**: quando consiste in un comportamento da cui si deduceva chiaramente la volontà del soggetto. Dubbi interpretativi potevano sorgere solo relativamente alle parti variabili dei negozi formali o relativamente ai nuovi negozi non formali. In questi casi si poneva il problema di rispettare, per quanto possibile, l'effettiva volontà delle parti, temperando allo stesso tempo necessità di certezza dell'ordinamento e necessità di tutela dell'affidamento dei destinatari della dichiarazione. Regola fondamentale era interpretare le espressioni dubbie sulla base del contesto dell'intero atto, sulla base del modo usuale di esprimersi del dichiarante o ancora tenendo presente gli usi. Veniva in genere preferito un significato che salvasse l'atto rispetto a uno che ne avrebbe comportato la nullità. Altri criteri di interpretazione sono la buona fede e l'equità.

Ci si è posti il problema del valore di un comportamento ambiguo, e cioè del **silenzio**. La regola generale è che il silenzio NON costituisce manifestazione di volontà. Nella vita quotidiana però, i giuristi romani si sono accorti che il silenzio poteva essere considerato manifestazione di volontà e poteva quindi soddisfare il requisito di essenzialità voluto dal negozio giuridico. Hanno individuato due casi precisi:

 1. Quando il silenzio, come elemento essenziale, è previsto dalle parti stesse, che prevedono nel contratto che lo stare zitti costituirà manifestazione di volontà;
 2. Quando il silenzio è previsto dalla legge come manifestazione di volontà. La legge, oltre che la volontà delle parti, può far assurgere il silenzio a manifestazione della volontà.
- II. **Causa**: a Roma la causa è lo scopo pratico, la funzione sociale obiettiva cui tendono le parti con la conclusione del negozio giuridico. La finalità, l'obiettivo ultimo cui tendono compratore e venditore. Senza la causa, il negozio giuridico è improduttivo di effetti. Solo i negozi giuridici in cui è presente una causa sono validi, ma i giuristi romani si accorsero che questa causa poteva presentarsi in maniera diversa, nell'articolarsi complesso della vita quotidiana, così distinsero i negozi giuridici:

- A. **Causali**: la causa traspare dalla struttura del negozio giuridico e influisce sulla struttura stessa del negozio. Questi negozi sono destinati ad avere effetti rispondenti a una funzione sociale e economica riconosciuta dall'ordinamento.
- B. **Astratti**: la causa NON traspare dalla struttura del negozio giuridico. C'è sicuramente una causa ma questa, la volontà delle parti, non si ricava dalla struttura del negozio. La *mancipatio* è un tipico negozio astratto, perché dalla sua struttura non si capisce lo scopo (poteva essere usata anche in tema successorio).

Attenzione a non confondere la causa con i **motivi**: determinazioni, intendimenti interiori delle parti che non rilevano ai fini della conclusione (stipulazione) di un negozio giuridico. Quello che rileva al fine della protezione dell'ordinamento giuridico è solo lo scopo pratico (l'unico caso in cui i motivi rilevano è l'ipotesi in cui questi siano illeciti e comuni a entrambe le parti: in tal caso è nulla la causa e questo comporta la nullità dell'intero negozio).

- III. **Oggetto**: si pone il problema di distinguere l'oggetto dall'idoneità dell'oggetto, che è un presupposto che riguarda fisicamente l'oggetto della trattativa tra le parti e che non riguarda la validità o l'invalidità, poiché siamo ancora nella fase precedente alla stipulazione. L'oggetto è il contenuto del negozio giuridico, la regolamentazione degli interessi effettuata con la stipula del negozio giuridico che l'ordinamento riconosce come valido e a cui, pertanto, collega gli effetti voluti dalle parti. La mancanza del contenuto rende il negozio giuridico improduttivo di effetti. Il contenuto del negozio giuridico dunque si concretizza nelle prestazioni cui le parti si obbligano.
- IV. **Forma**, quando è richiesta dall'ordinamento per la validità del negozio giuridico (forma *ad substantiam*). In alcuni negozi la manifestazione di volontà deve rivestire una determinata forma, richiesta solamente quando occorre per dare efficacia ai rapporti giuridici. A Roma la forma veniva infatti distinta in due diverse fattispecie:
 - A. **Ad substantiam**: forma costitutiva che non può mancare perché il negozio giuridico produca i suoi effetti. È la forma come elemento essenziale, senza la quale il contratto *nullum effectum producit*. Anche nel nostro ordinamento ci sono contratti che senza forma non producono effetti, come il contratto per la compravendita immobiliare.
 - B. **Ad probationem**: forma che può mancare senza che il negozio giuridico sia improduttivo di effetti. Il negozio produce ugualmente i suoi effetti anche senza forma, che non è quindi elemento essenziale, serve solo a provare la conclusione di un negozio giuridico. Esempio: chirografo e singrafe sono forme che certamente accompagnano il contratto, ma che non sono determinanti per la sua validità, per la produzione degli effetti giuridici tutelati dall'ordinamento. Oggi sono contratti con forma *ad probationem* quelli per cui compro un giornale dal tabacchino, per esempio.

Gli elementi essenziali sono pervenuti fino ai nostri giorni, infatti sono disciplinati all'art. 1325 del codice civile.

ACCIDENTALIA NEGOTII

I giuristi romani si accorsero che c'erano altri elementi che potevano condizionare gli effetti del negozio giuridico una volta posti, anche se non era fondamentale il fatto che si ponessero, quindi la loro assenza non rendeva improduttivo il negozio, non poteva far venir meno un negozio giuridico valido.

Gli elementi accidentali sono gli elementi del negozio giuridico che non costituiscono essentialia negotii, ma che, se apposti alla fattispecie, condizionano la produzione degli effetti del negozio giuridico. Ciò che interessa è l'influenza sulla produzione degli effetti. Siamo di fronte ad elementi che non condizionano la validità, perché sono apposti solo volontariamente e, se non ci sono, il negozio giuridico produce comunque effetti.

I giuristi romani distinguono tre fattispecie di elementi accidentali:

- I. **Conditio (condizione)**: previsione di un evento futuro e incerto al cui verificarsi si producono o cessano di prodursi gli effetti di un negozio giuridico. Questa categoria introduce per la prima volta nel sistema del negozio giuridico il fatto che gli effetti di un negozio, che fino a quel momento si producevano con effetto istantaneo, potevano essere in qualche modo posposti per effetto della condizione. C'è stato uno sforzo da parte della giurisprudenza, che, dalla produzione immediata degli effetti, ha introdotto un elemento accidentale grazie al quale fu possibile posporre o terminare gli effetti al verificarsi di un evento futuro e obiettivamente incerto. Se il verificarsi o il risolversi degli effetti del negozio dipende dal

verificarsi di un evento la condizione è detta positiva, se dipende dal suo non verificarsi è detta negativa.

La condizione affinché fosse validamente apposta doveva avere alcune caratteristiche. Doveva essere obiettivamente incerta, cioè doveva sussistere al momento della stipulazione del negozio incertezza assoluta sulla possibilità che l'evento si verificasse o meno. Questo non significava che la condizione dovesse dipender solo dal caso, come nel caso delle condizioni causali. Erano infatti ammesse anche quelle che dipendevano parzialmente dalla volontà delle parti e dette potestative. Non era ammessa la condizione meramente potestativa ossia dipendente dalla mera volontà della parte obbligata. Le condizioni potevano poi dipendere sia dal caso che dalla volontà delle parti nel qual caso venivano dette miste. La condizione doveva poi essere realizzabile, cioè l'evento non doveva essere impossibile. La mancanza di una seria volontà negoziale rendeva il negozio nullo. Secondo i sabiniani la condizione impossibile apposta a un testamento si considerava non apposta. Analoghe regole valevano quando la condizione non era fisicamente ma giuridicamente impossibile. La condizione doveva essere lecita e non doveva essere contraria al buon costume. L'apposizione di queste condizioni illecite o *contra bonos mores* rendeva nulli i negozi *inter vivos*, veniva considerata non apposta nei negozi *mortis causa*.

La condizione può essere:

- A. **Sospensiva:** si è concluso il negozio giuridico, ma si è subordinata la produzione degli effetti ad un evento futuro ed incerto. I romani dicevano "*condicio pendent*". Quando l'evento si verificava dicevano "*condicio exstat*" e quando si aveva la certezza che l'evento non si sarebbe verificato dicevano "*condicio deficit*". Finché l'evento dedotto in condizione non si era realizzato o non poteva considerarsi sicuramente irrealizzabile vi era uno stato di incertezza che costituiva una aspettativa di diritto che i romani chiamavano SPES. Inizialmente il diritto romano conosceva solo la condizione sospensiva, mentre non era prevista una cessazione degli effetti.
 - o *Condicionibus iuris*: a volte il verificarsi degli effetti di un negozio era subordinato a un evento futuro e incerto previsto dal diritto. Ad esempio, l'acquisto di un legato era subordinato all'acquisto dell'eredità da parte degli eredi testamentari.
- B. **Risolutiva:** gli effetti cessano di prodursi nel momento in cui si verifica quell'evento futuro ed incerto. La sensibilità della riflessione romanistica o dei giuristi aveva compreso che potesse essere rilevante la possibilità di stabilire la cessazione degli effetti. Inizialmente, alla stipulazione del negozio giuridico apponevano un patto risolutivo non fine a sé stesso, bensì sottoposto a condizione sospensiva; all'avverarsi di questa si producevano gli effetti del patto risolutivo. Esempio era la compravendita accompagnata dalla *lex commissoria*, vale a dire da un patto con il quale il venditore si riservava di recedere da contratto se il compratore non gli pagava il prezzo. In seguito, questo aggiramento delle norme prese il nome di condizione risolutiva.
 - o *Dies cedens e dies veniens*: uno dei problemi che la giurisprudenza romana dovette affrontare era inerente ai legati sottoposti alla *condicio iuris* dell'acquisto dell'eredità da parte degli eredi testamentari. Il legato veniva acquistato al momento dell'apertura della successione, momento in cui *dies legati cedit*. I diritti che ne nascevano tuttavia non potevano essere esercitati sino al momento dell'accettazione, quando *dies legati venit*. L'accettazione dell'eredità fungeva così da condizione. Se l'erede o gli eredi non avessero accettato, il diritto del legatario si sarebbe risolto. In sostanza, la mancata accettazione dell'eredità diventava una condizione risolutiva.

Nel diritto romano la condizione non poteva essere imposta a tutti i negozi: a causa del formalismo imposto alla dichiarazione o manifestazione della volontà, essa non poteva essere apposta ad alcuni negozi dello *ius civile* detti *actus legitimi*. Tra questi si ricordano la *mancipatio*, la *confarreatio* e la *acceptilatio*. Il motivo per cui la condizione non poteva essere apposta agli *actus legitimi* è duplice e dipende dal tipo di atto. Alcuni di essi avevano effetti immediati, altri richiedevano la dichiarazione dell'esistenza attuale di una certa circostanza.

- II. **Dies (termine):** previsione di un evento futuro ma certo, al cui verificarsi si producono o cessano di prodursi gli effetti di un negozio giuridico. La disciplina del negozio giuridico tra le parti introduce un nuovo elemento accidentale su cui non ci sono dubbi riguardo al suo verificarsi, tutto sta nel momento in cui questo avverrà. Si distinguono:

- A. **Dies a quo** - termine sospensivo o iniziale: giorno dal quale si producono gli effetti, c'è un'efficacia momentanea fino a quel termine;

B. *Dies ad quem* – termine risolutivo o finale: giorno dal quale cessano gli effetti, impedisce l'efficacia del negozio oltre la data stabilita dalle parti.

Il termine può essere fissato in un modo del tutto certo, con riferimento a una data fissa o altrimenti indicata, e si parla di *dies certus an, certus quando*. Nel caso in cui venga fissato con riferimento a un evento futuro e certo, ma non precisabile cronologicamente, si parla di *dies certus an, incertus quando*. Il termine non è apponibile ad alcuni negozi e, se apposto, li rende nulli. A differenza di quanto avviene per la condizione, il termine non dà luogo a uno stato di pendenza, ma a uno stato di attesa. Anche prima della scadenza del termine il rapporto è trasmissibile agli eredi sia dal lato attivo che dal lato passivo. Se il debitore paga prima della scadenza non può più ripetere quanto ha già pagato.

III. **Modus**: disposizione applicata volontariamente dalle parti. Fino ad un certo punto il *modus* non era un obbligo giuridicamente rilevante, inizialmente era solo un obbligo morale. All'inizio era quindi un elemento di carattere morale, che solo in seguito diventerà giuridico. Questa clausola, che consiste in un peso o in un onere che il disponente pone a carico del beneficiario, si appone soprattutto a tutti i negozi di liberalità (quei negozi in cui è presente un obbligo reciproco), tanto *inter vivos* quanto *mortis causa*. Il negozio era però efficace immediatamente e restava tale a prescindere dall'adempimento. La giurisprudenza escogitò successivamente vari mezzi: uno dei più diffusi consisteva nell'imporre al beneficiario del negozio di impegnarsi ad adempiere il *modus* con una cautio. Ad esempio, si donava uno schiavo, chiedendo al donatario di concedergli la libertà prima di morire o di farlo manomettere dal proprio erede. Per rendere vincolante il *modus*, si imponeva al donatario di pagare una somma di denaro a titolo di pena se lo schiavo non veniva effettivamente manomesso.

Questa rigida alternativa non è però l'unica prevista dall'ordinamento, perché gli elementi essenziali subiranno delle alterazioni, che vengono definite dai giuristi romani come vizi.

VIZI DEL NEGOZIO

Si hanno quando gli elementi essenziali, pur presenti, pena l'improduttività di effetti, sono perturbati, irregolari, per usare un linguaggio giuridico: sono viziati. I vizi perturbano la normale produzione degli effetti del negozio giuridico.

Già nell'esempio dei *vasa vitiosa* si parlava di irregolarità, che in seguito è applicata anche al negozio giuridico.

Studiare i vizi significa studiare tre diverse ipotesi principali, percepite poi nel nostro ordinamento, che costituiscono un terreno di particolare fertilità nella giurisprudenza romana. La grande varietà di casi, che si presentavano quotidianamente e che non permettevano la rigida alternativa tra valido e invalido, con riferimento agli elementi essenziali, viene incasellata in:

- I. **Error**: divergenza inconsapevole tra determinazione di volontà e la sua estrinsecazione nel mondo dei fatti. C'è una divergenza di cui sono inconsapevole. Dobbiamo però differenziare tra:
 - A. Errore **ostativo**: errore di dichiarazione della volontà rispetto alla volontà stessa. C'è divergenza tra quanto ho pensato e dichiarato. È un errore di dichiarazione. Esempio: voglio vendere un libro a 100 euro ma sono talmente emozionato che dico che lo voglio vendere a 5.
 - B. Errore **vizio**: quando la volontà si è formata male. Esiste corrispondenza tra volontà e dichiarazione, ma la volontà si è formata male. I giuristi romani si occuparono ampiamente dell'errore negoziale: il problema principale consisteva nello stabilire come tutelare da un canto la volontà individuale di colui che aveva posto in essere il negozio e dall'altro il valore tipico ed oggettivo della dichiarazione. Si possono avere varie configurazioni:
 - o *Error in negotio*: mancata identificazione del negozio. Esempio: si credo di concludere la vendita del proprio fondo, mentre la dichiarazione è di donazione;
 - o *Error in persona*: credendo che Tizio sia Caio, si conclude il negozio con Tizio, mentre lo si voleva concludere con Caio. Questo errore non ha sempre la medesima importanza: a volte l'identificazione della controparte è irrilevante (vendite a contanti), in altre no (vendite a credito);
 - o Errore che riguardava l'oggetto del negozio:
 - *Error in corpore*: riguarda l'identità fisica del bene. Esempio: credo di acquistare il fondo Corneliano, mentre la dichiarazione si riferisce al fondo Semproniano.

- *Error in substantia*: riguarda le sue qualità essenziali, merceologiche. Esempio: ho dichiarato di voler comprare una determinata penna d'oro, ed è quello che voglio davvero, ma la penna in realtà è di piombo dorato. È comunque un vizio del negozio giuridico, in cui non c'è una divergenza tra quanto ho pensato e dichiarato, perché c'è l'identificazione della cosa, ma ho dichiarato di voler comprare la penna pensando fosse d'oro.

Non era considerato rilevante l'errore che cadeva sull'esistenza o sull'interpretazione di norme giuridiche (*error iuris*), perché i consociati erano tenuti a conoscerle. Sfuggivano a questa regola solo le persone gravemente ignoranti (rustici), le donne, i minori di venticinque anni e i militari.

II. **Vis** (violenza): uno dei due soggetti ha commesso violenza, che nelle fonti romane veniva indicato come *metus*, ossia il timore generato dall'altrui violenza, che perturba la libera manifestazione della volontà. I casi sono talmente tanti che il diritto romano ha dovuto differenziarli:

- A. Violenza fisica (*vis absoluta*): probabilmente comportava la nullità del negozio, mancando in questi casi la volontà stessa.
- B. Violenza morale (*vis compulsiva*): vi si poteva porre rimedio ricorrendo ai mezzi di tutela introdotti dal pretore:
 - *Actio metus*: se il negozio era già stato concluso, il contraente, vittima della violenza, poteva agire intentando l'*actio metus*. Questa azione era penale e comportava una pena pari al quadruplo del pregiudizio arrecato entro l'anno oppure al *simplum* (pari al danno) se intentata dopo l'anno. L'*actio metus* era azione arbitraria e poteva essere esperita sia contro l'autore della violenza sia contro i terzi che avessero tratto vantaggio dalla violenza.
 - *In integrum restitutio*: la vittima poteva eliminare gli effetti del negozio viziato mediante la *in integrum restitutio*.
 - *Exceptio metus*: se il negozio non era ancora stato eseguito, colui che veniva convenuto per il suo adempimento, qualora avesse concluso un negozio per effetto di violenza, poteva opporre una *exceptio metus* all'azione che gli veniva intentata.

Si poteva far ricorso ai mezzi di tutela predisposti dal pretore solo qualora la minaccia fosse grave, seria e ingiusta. Se il male minacciato era carente di questi requisiti, la violenza non veniva considerata rilevante.

III. **Dolus** (dolo): l'estensione di Roma porterà alla frequente perturbazione degli effetti del negozio giuridico per dolo, per cui il diritto romano non poteva non intervenire. Dobbiamo differenziare tra:

- A. **Dolus bonus**: non è vizio perché rappresenta l'insieme delle furbizie e astuzie di carattere commerciale che non rilevano sulla valida produzione degli effetti giuridici dei negozi. Il negozio giuridico è valido comunque. Esempio: qualche anno fa c'era una pubblicità di una birra che, si diceva, facesse campare 100 anni, ma chi la comprava e poi moriva a 99 non poteva rendere nullo il negozio, poiché si trattava di una furbizia commerciale.
- B. **Dolus malus - machinatio**: artifici o raggiri posti in essere durante le trattative per indurre un soggetto a concludere (stipulare) un negozio giuridico svantaggioso. Esempio: dico che la mia penna rossa di plastica è fatta di rubino, con tanto di certificazione falsa. Anche la *machinatio* si divide in due categorie:

1. **Determinante**: non avrei mai concluso il contratto se non fosse stato per essa;
2. **Incidente**: avrei concluso il contratto, ma a condizioni diverse, quindi essa ha inciso.

In entrambi i casi rileva sotto il profilo della produzione degli effetti la presenza di una *machinatio*. Come nel caso di negozio viziato da violenza, anche in caso di dolo, dal punto di vista dello *ius civile*, il negozio era valido ed efficace: la repressione era quindi affidata al diritto pretorio. Per tutelare la vittima del raggio furono introdotte:

- *Actio de dolo*: poteva essere esperita quando il negozio era già stato eseguito. L'*actio de dolo* era penale e prevedeva a carico dell'autore del dolo una condanna in *simplum*, commisurata al danno subito dall'attore. Essa comportava l'infamia del condannato ed era un'azione sussidiaria; il pretore, infatti, la concedeva solo in mancanza di altri mezzi di tutela.
- *Exceptio doli*: per l'economia dei giudizi, la vittima del dolo, quando non abbia ancora compiuto la prestazione che ha promesso nel negozio viziato dal dolo, non è costretta a prestare e poi a servirsi dell'*actio de dolo*: ha, invece, a sua disposizione un'eccezione,

con la quale elide l'azione di raggiratore, che vengo a chiedere l'adempimento del negozio.

Il principio dell'irrelevanza del dolo per il *ius civile* subiva una deroga nell'ipotesi di negozi che davano luogo a giudizi di buona fede, nel quale il dolo veniva in considerazione anche se il convenuto non opponeva in giudizio *l'exceptio*.

CONSEGUENZE DEI VIZI DEL NEGOZIO GIURIDICO

Gli effetti che l'ordinamento riconduce alla fattispecie concreta si riproducono regolarmente fino a che il soggetto che ha interesse intende far valere il vizio, fino a quando intende far cessare la produzione degli effetti. Da questo momento, ci sarà la cessazione degli effetti che fino a quel momento si erano prodotti regolarmente. Finché la parte interessata non fa valere il vizio, gli effetti si producono regolarmente. Tra negozio valido e invalido si interpone quindi una categoria intermedia: un negozio valido fintanto che il soggetto interessato ne fa valere i vizi.

- ❖ **Negozio giuridico valido:** negozio giuridico **produttivo** di effetti (con gli elementi essenziali);
- ❖ **Negozio giuridico invalido:**
 - Negozio giuridico **improduttivo** di effetti (manca uno o più elementi essenziali): n.g. che *nullum effectum producit*; negozio invalido e nullo coincidono nella stessa categoria. La conseguenza è grave e prende il nome di **nullità**, che caratterizza un negozio totalmente e definitivamente improduttivo di effetti.
 - Negozio giuridico con gli **elementi**, ma **viziati**: si producono gli effetti fintanto che la parte non faccia valere il vizio. Se la parte non fa valere il vizio, il negozio giuridico produce i suoi effetti regolarmente, come se il vizio non ci fosse. Una volta fatto valere il vizio, cessano gli effetti. In questo caso, questo tipo di negozio rientra comunque nei negozi giuridici invalidi. Pur rientrando comunque nella categoria dell'invalidità dei negozi giuridici, sotto il profilo della produzione degli effetti, è più grave l'ipotesi per cui mancano uno o più elementi essenziali, perché gli effetti non si producono a prescindere, mentre qui questa conseguenza non si verifica sempre, bensì solo quando la parte interessata fa valere il vizio. L'ipotesi di improduttività di effetti solo nel momento in cui la parte va a valere i vizi prende il nome di **annullabilità**.

Attraverso lo *ius honorarium*, i cittadini chiedevano tutela al pretore quando ancora sussisteva la rigida differenza tra validità ed invalidità. I vizi, anche se ignorati dallo *ius civile*, rilevavano infatti nell'ambito dello *ius honorarium*: il pretore poteva paralizzare gli effetti del negozio attraverso istituti come *l'exceptio* o la *restitutio in integrum*. La nullità corrisponde dunque alla invalidità *iure civili* e l'annullabilità alla invalidità *iure praetorio*. La soluzione intermedia trovata dal pretore si è poi tradotta nell'annullabilità. L'attività del pretore che tutela i singoli casi concreti è stata in seguito ancora una volta sussunta all'interno dell'ordinamento.

INVALIDITÀ - NULLITÀ E ANNULLABILITÀ

Questa distinzione porterà la giurisprudenza ad incasellare alcune caratteristiche:

- I. **Invalidità** (libro IV c.c.):
 - A. **Nullità** (più grave):
 1. Improduttività definitiva.
 2. Può essere fatta valere da chiunque con *l'actio nullitatis* (art. 1421 c.c.). La mancanza degli elementi essenziali è talmente grave che anche i terzi, coloro che non sono parti del negozio giuridico, possono farla valere. La legittimazione spetta a tutti i consociati. È talmente grave questa malattia che coinvolge tutta la comunità, infatti tutti possono farla valere, anche se non si tratta delle parti direttamente coinvolte nel negozio giuridico.
 3. Imprescrittibilità: può essere fatta valere in ogni tempo (art. 1422 c.c.). Non c'è un termine di prescrizione per far valere la nullità. È talmente grave che merita sempre tutela. Non si prescrive. È interesse vivo e collettivo poter sempre permettere di rendere improduttivo un negozio giuridico che manca degli elementi fondamentali.
 4. Cura = conversione (art. 1424 c.c.).
 - B. **Annullabilità** (meno grave):

1. Improduttività dopo che è stato fatto valere il vizio.
2. Può essere fatta valere solo dalla parte che ne ha interesse. Chi non è parte del negozio non può far valere l'annullabilità, in segno della diversa rilevanza delle perturbazioni. Si determina una diversa legittimazione, che spetta solo alla parte interessata.
3. Può essere fatta valere entro un termine di prescrizione (art. 1442 c.c. - prescrizione: l'azione di annullamento si prescrive in 5 anni; l'ordinamento romano prevedeva un termine più breve). Si prescrive perché non si può lasciare incertezza assoluta nei rapporti tra i consociati in attesa che ci si accorga del vizio. Il termine fissato è un anno dalla conclusione del negozio giuridico. Decorso l'anno, il negozio giuridico, seppur perturbato da vizi, produrrà legittimamente gli effetti, che diverranno definitivi, come se le perturbazioni non fossero mai esistite. Il negozio giuridico dopo l'anno diventa intoccabile, diventa uguale al negozio valido, il che serve per garantire la certezza dei rapporti tra i cittadini romani.
4. Cura = convalida (art. 1444 c.c.).

La maggiore o minore gravità, come termine, è usata perché i giuristi romani insegnavano questo argomento ai propri studenti con il linguaggio della medicina, paragonando il negozio nullo ad un malato gravissimo e il negozio annullabile ad un malato curabile. Se la malattia è gravissima si chiama nullità, se è meno grave e curabile annullabilità.

Ad un certo punto vi fu l'esigenza per cui si volevano salvare, curare, gli effetti prodotti da un negozio giuridico stipulato tra due cittadini. La giurisprudenza romana si chiese quindi se esistesse uno strumento per curare i negozi giuridici nulli e annullabili. La risposta è affermativa in entrambi i casi. La cura con cui si può rimediare alla gravità del negozio nullo si chiama **conversione**, quella con cui si può rimediare alla gravità del negozio annullabile si chiama **convalida**. C'è una rilevante rigidità tra questi due strumenti, che non si possono confondere, visto che sarebbe come sbagliare medicina. Questi due strumenti si ritrovano anche nell'ordinamento odierno.

CONVERSIONE (compravendita → donazione)

Se un negozio manca di uno degli elementi fondamentali, esso è **nullo**, cioè improduttivo di effetti.

Con questo istituto si può però salvare una parte del rapporto. La conversione consente alla fattispecie negoziale di produrre gli effetti di altra fattispecie, di cui conserva i requisiti di forma e di sostanza. Non si recuperano gli effetti della causa iniziale del negozio giuridico, ma il rapporto si salva nella parte in cui, avendo i requisiti di forma e sostanza, si perfeziona una fattispecie diversa.

Non è più lo stesso negozio giuridico, ma si salva una parte di questo, rinunciando al corrispettivo di una vendita, per esempio. Non si potrà quindi parlare di compravendita, ma si saranno salvati gli effetti del negozio giuridico che si intendeva fare. Siamo di fronte, in questo caso, ad una donazione, perché ci sono tutti gli elementi essenziali per essa, anche se lo scopo era, inizialmente, ottenere una cosa per un prezzo. Il negozio giuridico compravendita resta improduttivo di effetti, ma si può trasformare, cioè si può convertire, in un negozio giuridico diverso, di cui abbia tutti i requisiti previsti dall'ordinamento. Se il nuovo negozio giuridico ha tutti i requisiti previsti dall'ordinamento, si converte in una donazione perfettamente valida. Questo è un modo che i Romani hanno ideato per salvare un negozio giuridico nullo, o quanto meno gli effetti di questo.

Art. 1424 c.c.: il contratto che *nullum effectum producit* può produrre gli effetti di un contratto diverso del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma. Se il rapporto configura un negozio giuridico previsto dall'ordinamento, questo può produrre effetti, senza che ci sia bisogno di stipulare un nuovo negozio giuridico. Non si può salvare il negozio giuridico, ma si può trasformare questo in un altro.

CONVALIDA

Istituto che cura la malattia meno grave dell'**annullabilità** e che deriva dal latino *cum validas*, che significa rendere validi gli effetti.

Istituto in forza del quale la parte che ha interesse a far valere il vizio dichiara espressamente di voler rinunciare a questa eccezione, non vuole eccepire l'esistenza di un vizio che ha perturbato la stipulazione del negozio giuridico.

La parte potrebbe eccepire il vizio, ma decide di voler comunque rendere definitivi gli effetti del negozio giuridico stipulato, dichiarando di non voler far valere il vizio che l'ha perturbato. Si convalida il negozio giuridico, la cui conseguenza è la produzione degli effetti senza la possibilità di interromperli; essi

continueranno imperturbati, come se non ci fosse mai stato un vizio. Il negozio annullabile è ora, sotto il profilo degli effetti, uguale ad un negozio senza vizi, perché, se lo convalido, o non faccio valere i vizi entro l'anno, gli effetti continueranno a prodursi in modo imperturbati.

Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere (Digesto).

- Ciò che all'inizio è viziato non può, con il decorso del tempo, essere convalidato.

Quando un negozio giuridico è viziato all'inizio, non può essere convalidato col semplice decorso del tempo. Attraverso questa riflessione, i giuristi romani ci dicono che c'era bisogno di un istituto col quale si potesse convalidare il negozio giuridico. Così nasce l'istituto della convalida, a conferma che gli effetti diventano definitivi decorsa la prescrizione, così come se il contraente dichiara il giorno stesso della stipula del negozio giuridico che vuole convalidarlo. Non devo aspettare la prescrizione per convalidare il negozio giuridico annullabile, posso dichiarare il giorno stesso che voglio convalidare il negozio giuridico annullabile.

Non ha senso che dopo un anno dichiaro di non far valere il vizio, perché c'è già stato il *tractu temporis*. Ha senso parlare di convalida solo se questa è effettuata nel periodo compreso tra la stipula e la prescrizione, dopo no, così come oggi non ha senso parlare di convalida dopo cinque anni.

Questo istituto consente di cristallizzare gli effetti di un negozio giuridico, seppur viziato, e deriva da un'azione concessa dal pretore, che ha così determinato l'invalidità di un contratto dove siano presenti gli elementi fondamentali ma dove questi ultimi siano perturbati, mentre prima era prevista solamente l'invalidità per mancanza di uno o più elementi fondamentali.

Art. 1444 c.c.: il contratto annullabile può essere convalidato dal contraente mediante un atto che contenga la menzione del contratto, il motivo dell'annullabilità e la dichiarazione di voler rendere definitivi gli effetti che già si erano prodotti fin dall'inizio ma che potevano essere cessati entro la prescrizione.

È molto importante non confondere questi istituti, così come non si possono confondere le cure per diverse patologie, anche perché questa differenza vale anche oggi: art. 1423 c.c. - il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non prevede diversamente.

SUCCESSIONE

La parola *successione* deriva dal latino *succedere*, ad indicare il subingresso di un soggetto nella posizione giuridica di un altro soggetto, nella titolarità dei rapporti che fanno capo a un altro soggetto. Succedere significa quindi subentrare nella posizione giuridica di un altro soggetto.

Occorre distinguere due tipi di successione:

- I. *Inter vivos*: negozio giuridico tra vivi, come la compravendita.
- II. **Mortis causa**: negozio giuridico i cui effetti si producono a causa della morte di un soggetto. Si disciplina come si potrà disporre, la destinazione dei propri beni dopo la propria morte, dopo la quale si produrranno gli effetti di quanto dichiarato. Il tema del subingresso della posizione giuridica *mortis causa* si trova oggi nel libro II del codice civile. Questo tipo di successione si divide a sua volta in:
 - A. A titolo **universale**: si subentra in tutta la posizione giuridica, in tutto il patrimonio di chi è morto. Si parla di **hereditas**. Del patrimonio ereditario non facevano parte solo le res, ma anche i crediti e i debiti. Gli eredi però non subentravano nell'eventuale sottoposizione del defunto a vincoli materiali.
 - B. A titolo **particolare**: si subentra in una o più posizioni particolari. Si parla di **legatum**, che rispecchia il legato del nostro ordinamento giuridico.

Quando si parla di un soggetto che è morto, lo si indica con il termine **de cuius**. Questa espressione, che letteralmente non significa niente, è estrapolata da una frase latina presente nelle fonti: *de cuius hereditate agitur*, che significa *della cui eredità si tratta*, interpretato come il soggetto della cui posizione giuridica si discute *mortis causa*.

Nel diritto romano, così come in qualsiasi ordinamento, si differenziano due modalità di trasmissione del patrimonio dopo la morte; la **successione mortis causa** può:

- I. Privilegiare nucleo familiare → **ab intestato** (oggi *intestata*), i beni si trasmettono senza testamento, secondo regole del diritto;
- II. Privilegiare la libertà di disposizione dei propri beni → **testamentaria**, i beni vengono trasferiti in forza dall'atto (inizialmente NON scritto) chiamato *testamentum*, indipendentemente dai legami familiari.

Riguardo a quale successione sia stata introdotta per prima nell'ordinamento romano, ci sono opinioni contrastanti, il tema è ancora oggetto di discussione.

Nella fase arcaica esistono entrambe queste due forme di successione, il che è provato dalla fonte delle leggi delle XII tavole, dove si legge la regola secondo cui "*se muore senza aver fatto testamento colui che non ha un suus heres il patrimonio vada all'adgnatus proximus*". Questa regola è stata però soggetta a due tipi principali di interpretazione:

- Chi sostiene che sia sorta prima la successione intestata sottolinea che nella fase arcaica la *civitas* fosse formata da una serie di famiglie che si raggruppavano nella *gens*. Quando ancora non c'era uno Stato che assolveva alle funzioni della difesa all'esterno e dell'organizzazione all'interno, questi ruoli erano svolti dalla famiglia, quindi non è strano immaginare che le successioni volessero tutelare il nucleo fondamentale della *civitas* romana. Inizialmente non era dunque possibile far uscire il patrimonio del *pater familias* dalla famiglia, doveva rimanere tutto all'interno della *gens*.
- Chi sostiene la priorità storica della successione testamentaria mette in evidenza la capacità patrimoniale del *pater familias*, unico soggetto *sui iuris*, il quale aveva completa libertà di disposizione dei beni, da cui deriva l'atto non scritto del *testamentum*.

SUCCESSIONI AB INTESTATO

FASE ARCAICA

Lo *ius civile*, nella **fase arcaica**, prevede che al *pater familias* subentrino, per legge, senza testamento, questi **successibili**:

1. **Heredes sui et necessarii** (figli e figlie del padre): i discendenti immediati del *de cuius*, coloro che si trovavano sotto la potestà del *pater* e che, a seguito della sua morte, diventavano soggetti *sui iuris*. Poiché i beni del *de cuius* venivano considerati un blocco unico, gli eredi subentravano nella globalità di questi e, qualora ve ne fossero più di uno, tra di essi si stabiliva una forma di comunione detta *consortium ercto non cito*, nella quale ciascuno di essi era titolare del tutto, su un piano di parità con tutti gli altri. A questa comunione si poteva mettere fine attraverso una *actio familiae erciscundae*, a seguito della quale ciascuno di essi acquistava la titolarità di una quota ideale dei beni. La successione degli *heredes sui* era *per stirpes* e non *per capita*. Questo significava che, se nel momento in cui si apriva la successione, vi erano tre *sui heredes*, uno dei quali era un figlio del *de cuius*, e gli altri due figli di un figlio premorto, l'eredità si divideva in due: 50 al figlio e 25 a testa per gli altri due. Per indicare la successione *per stirpes* si dice che gli eredi succedevano per rappresentazione. Se i debiti ereditari superavano l'attivo patrimoniale, l'erede era tenuto a rispondere anche *ultra vires hereditatis*, cioè anche con i suoi beni.
 - 1.1. **Heredes necessarii (non sui)**: gli schiavi, essendo eredi solo se istituiti con contestuale manomissione. I discendenti e gli schiavi acquistavano l'eredità automaticamente al momento della morte del *de cuius*, senza bisogno di compiere atto di accettazione: non potevano quindi evitare la confusione dei patrimoni.
 - 1.2. **Heredes voluntarii**: parenti collaterali o gli estranei, istituiti eredi per testamento, ai quali era consentito non accettare l'eredità. L'atto per l'accettazione dell'eredità era chiamato *aditio*. L'accettazione poteva essere formale, detta *cretio*, o informale. L'accettazione formale veniva richiesta agli eredi testamentari e consisteva in una dichiarazione. Il testatore stabiliva un termine entro il quale la *cretio* andava fatta, pena la diseredazione. Se un erede veniva istituito *sine cretione* la *cretio* non era obbligatoria e l'erede poteva accettare in modo informale, con la *pro herede gestio*, cioè comportandosi come erede. Poiché, in questo caso, il potere dell'erede istituito di accettare era illimitato, il pretore, su richiesta dei creditori del *de cuius*, imponeva all'erede un termine oltre il quale si riteneva che egli avesse rinunciato.
2. **Adgnati**: parenti in linea maschile del *pater familias*, come il fratello del *de cuius*. In mancanza di *sui*, i beni spettavano all'*adgnatus proximus*, ossia al parente più stretto in linea maschile. Se vi erano più

adgnati dello stesso grado, l'eredità era divisa *per capita* in parti uguali. Se l'*adgnatus* di grado più vicino non prendeva possesso dei beni, il diritto di prenderne possesso non si trasmetteva a quelli di grado ulteriore.

3. *Gentiles*: *gens*, la formazione che stava alla base della *civitas* romana. La proprietà dei *gentiles* era collettiva. Questa regola che devolveva il possesso dei beni ereditari ai *gentiles* cadde in desuetudine.

Queste categorie indicano una risalenza maggiore della successione intestata rispetto a quella testamentaria.

La posizione della donna a Roma troverà uno sviluppo graduale. In epoca arcaica, non si presume che la **moglie** subentri nella categoria dei successibili, poiché la sua posizione giuridica si svilupperà più avanti, per ora è completamente sottoposta alla *manus* del marito.

Le *laudationes funebri* erano una pratica romana socialmente molto importante: l'elogio delle virtù del defunto, pronunciato in occasione del suo funerale e inciso sulla sua tomba. Si tratta di documenti di grande interesse per la conoscenza di alcune regole giuridiche, perché forniscono, ad esempio, uno straordinario e sconcertante esempio del modo in cui i romani ritenevano dovesse comportarsi una moglie. Le figlie saranno considerate *heredes sui* in una fase evolutiva, quando la figlia avrà titolarità a ricevere un bene, quando alla donna verrà concesso un ruolo più ampio.

FASE CLASSICA

Le norme della successione intestata con il passare del tempo non si accordavano più al modo in cui parentale e *familia* venivano concepite. Ai rapporti di sangue si dava ormai importanza anche se non considerati dal diritto; quindi, per esempio, si riteneva inammissibile che un emancipato non contasse come figlio o che non venissero considerati i rapporti di sangue che passavano attraverso una donna. Il matrimonio più diffuso, inoltre, era quello *sine manu*, per cui non esisteva un rapporto di parentela che giustificasse una successione intestata tra marito e moglie. A porre rimedio a questa situazione intervennero sia il pretore, con la successione pretoria e, in particolare, con la *bonorum possessio*, sia atti normativi, come il *senatoconsulto tertulliano* e il *senatoconsulto orfiziano*.

TUTELA GIUDIZIARIA

La tutela giudiziaria rivolta all'erede era molto varia. Per quanto riguarda l'azione di rivendica dell'eredità, inizialmente l'erede rivendicava il patrimonio ereditario nella forma delle *legis actio sacramento in rem*, per poi passare alla fase in cui le controversie venivano risolte agendo *in rem per sponsionem*. L'azione formulare era detta *hereditatis petitio* ed era modellata sulla *rei vindicatio*. Alla *hereditatis petitio* si ricorreva solo nel caso in cui una persona godesse l'intero patrimonio ereditario o alcuni beni, oppure nel caso in cui se ne era impossessato senza alcuna giustificazione.

SUCCESSIONE PRETORIA

Praetor heredes non potest facere, ma poteva tutelare situazioni di fatto idonee a garantire gli interessi del cittadino romano. A partire dagli ultimi secoli della Repubblica venne a svilupparsi una sorta di sistema ereditario parallelo a quello civile. L'attività del pretore in determinate circostanze autorizzava un soggetto a prendere possesso dei beni ereditari. Questo soggetto, che ovviamente non diventava erede, veniva chiamato *bonorum possessor*. La ***bonorum possessio*** è un provvedimento a sé, slegato da rivendicazioni processuali e che veniva concesso, sempre in via provvisoria, a chi chiedeva il possesso dei beni adducendo motivi che apparivano convincenti. Essa veniva concessa originariamente in mancanza di testamento. A tutela di questa *possessio* veniva concesso un interdetto detto *quorum bonorum*, con cui il *bonorum possessor* poteva chiedere che gli venissero restituiti i beni ereditari in mano a terzi. Il pretore prese a concedere la *bonorum possessio* anche con altri intenti: per dare migliore protezione all'erede civile, consentendogli di ricorrere *all'interdictum quorum bonorum* anziché alla difficile e complessa *hereditatis petitio*; per le persone escluse dall'eredità, come i parenti in linea femminile, la moglie non in *manu* e i figli emancipati.

Per quanto riguarda la **moglie**, che non era compresa tra i successibili in mancanza di testamento, ella era priva di tutela giuridica. L'ipotesi è che dovesse lasciare la casa del *de cuius*. Si creava quindi una situazione di conflitto tra la moglie ed i successibili. La moglie era portatrice di una situazione giuridica meritevole di una tutela, che nell'ordinamento giuridico non era prevista, il che esige uno strumento che si interponga tra la rigidità del codice e le categorie di successibili. L'evoluzione di Roma fece sì che la moglie potesse

lamentarsi col pretore della mancanza di questa tutela da parte dello *ius civile*. Il pretore, in prima battuta, tutela la posizione della donna, valorizzando quello che indubbiamente era stato un comportamento di fatto, nel quale il pretore era intervenuto anche *inter vivos*. Nel caso di morte del marito, quindi, il pretore tutelava il possesso da parte della moglie dei beni ereditari, introducendo un sistema di tutela della moglie chiamato, appunto, ***bonorum possessio*** (possesso dei beni ereditari), uno dei modi di acquisto della proprietà, che il pretore tutelava perché la moglie aveva già esercitato. Erano ammesse alla *bonorum possessio* anche le figlie uscite dalla famiglia perché emancipate. La tutela del pretore è quella che consente alla donna, che vede un attacco per l'apprensione dei beni ereditari, di avere la possibilità di acquistare i beni attraverso l'usucapione, che non deve essere effettivamente corrispondere al decorso del tempo, ma che il pretore finge sia trascorso.

Non c'era la tutela di una situazione di diritto, bensì di fatto. Si realizzava una forma di successione non coerente con le forme dello *ius civile*: veniva infatti chiamata **successione pretoria, onoraria**, perché di fatto introduceva una categoria di successibili non prevista dallo *ius civile*. È un istituto che nasce per la tutela del singolo caso concreto, ma che, dopo aver dato buona prova, è stato sussunto dall'ordinamento per proteggere la donna dalla rigidità dello *ius civile* manchevole e che, in quanto tale, deve essere corretto e sopperito dal pretore.

Le fonti di Gaio, in particolare, ci raccontano le singole ipotesi, compresa la convivenza tra la *bonorum possessio* e la presenza di un testamento. Si introduce una forma di successione onoraria o pretoria, con la quale, indipendentemente da ciò che aveva detto lo *ius civile*, la posizione della donna era comunque tutelata, indipendentemente dall'esistenza o meno anche di un eventuale testamento che la escludesse o meno dal patrimonio. Gli effetti del testamento, quindi la sua validità, cesseranno nel momento in cui la moglie farà valere questa perturbazione della scheda testamentaria. Il *de cuius* non può dunque disporre liberamente di tutti i suoi beni, deve lasciarne una parte alla propria moglie.

È una successione presente ancora oggi, perché alcuni componenti familiari, compresa la moglie, sono comunque destinatari di una parte dei beni. Questa successione oggi si chiama **successione necessaria**, nata dall'esigenza di tutelare la posizione della donna, che inizialmente non rientrava nella categoria dei successibili.

L'influenza che il diritto romano ha avuto sulla successione moderna è fondamentale:

Libro II, c.c. - Successioni:

❖ Art. 477

- I comma: l'eredità si devolve per legge o per testamento, due sistemi di successione che convivono anche nelle Istituzioni di Gaio. È nella difficoltà della convivenza di questi due sistemi che sta l'essenza delle successioni anche oggi. Solo apparentemente non ci sono problemi.

❖ Art. 565 - Categorie dei successibili:

- Nella successione legittima ci sono il coniuge, i parenti e solo alla fine lo Stato. Il nostro ordinamento disciplina per prima la successione per legge, senza testamento, in accordo con gli studiosi del diritto romano che attribuiscono a questa un valore prevalente e un'origine più risalente.

❖ Art. 586: i legittimari sono obbligatoriamente destinatari di una parte del patrimonio. Il primo legittimario elencato è proprio il coniuge, il che fa comprendere che la *ratio* del diritto romano sia stata recepita dall'ordinamento odierno.

FASE GIUSTINIANEA

La successione intestata continuò a svilupparsi seguendo le linee tracciate in età classica e prese sempre in maggior considerazione i legami di sangue. Nel 543, Giustiniano emanò una nuova costituzione, la *Novella 118*, le cui disposizioni diedero ordine alla materia. Il nuovo sistema prevedeva quattro classi di successibili:

- Discendenti legittimi, che succedevano *per stirpes*;
- Discendenti che succedevano per linee in concorrenza con i fratelli e le sorelle germani e i loro discendenti. Sorelle e fratelli germani succedevano *per stirpes*: l'eredità era divisa tra ascendenti e fratelli in parti uguali.
- Fratelli e sorelle consanguinei, tutti con i loro discendenti. La successione era *per stirpes*.
- Cognati.

Alla successione delle classi ulteriori si faceva ricorso solo in mancanza o in caso di non accettazione da parte dei successori delle classi precedenti. Fra i suscettibili non era previsto il coniuge, quindi la successione fra marito e moglie rimaneva affidata alla *bonorum possessio unde vir et uxor*.

SUCCESSIONI TESTAMENTARIE

CAPACITÀ DI TESTARE

Vi sono due categorie di persone che non possono fare testamento: coloro che non sono titolari di un patrimonio e coloro che non possono disporre del loro patrimonio perché ritenuti incapaci di agire e che, quindi, non possono fare testamento oppure possono farlo solo con l'autorizzazione del tutore (sordi, prodighi, pazzi, impuberi e donne). Queste incapacità vennero ad attenuarsi nel corso del tempo.

Alle **donne**, per esempio, si consentì di fare testamento con *l'auctoritas* del tutore legittimo. La ragione di ciò era molto semplice: nessuna delle forme più antiche di testamento era accessibile al sesso femminile. Il testamento adozione si compiva dinanzi ai comizi curiati e le donne non avevano la *comitiorum communio* e di certo non potevano fare il testamento *in procintu*. Essendo sottoposte a tutela non era consentito disporre liberamente del loro patrimonio nemmeno per il tempo della loro vita. La strategia dei romani consisteva nell'usare le donne come detentrici provvisorie del patrimonio familiare, ammettendole alla successione ereditaria, ma impedendo loro di disporre dei beni ereditati non solo per il periodo successivo alla loro morte, ma anche per il periodo in cui erano in vita. A questo scopo utilizzarono un sistema tanto semplice quanto efficace: le donne vennero sottoposte per tutta la vita al controllo di un tutore. In età imperiale fu loro concesso di scegliersi come tutore un amico che dava senza difficoltà il suo assenso, quindi potevano disporre liberamente dei beni che ricevevano in eredità.

Incapaci di essere istituiti eredi invece sono tutti coloro che non hanno capacità giuridica.

Le donne non potevano essere istituite eredi per testamento da coloro che appartenevano alla prima classe del censo, ovvero coloro che possedevano un patrimonio superiore a 100mila assi. La *lex vaconia*, dice Cicerone, fu approvata nell'interesse maschile ed era ingiusta nei confronti delle donne. Questa limitazione venne comunque aggirata grazie all'uso dei fedecommessi.

FORME DI TESTAMENTO

1. **Testamentum calati comitiis** (a comizi riuniti): il de cuius davanti ai comizi disponeva dei propri beni dopo la morte. Alle assemblee popolari era affidato innanzitutto il compito della *adrogatio*, una delle forme più antiche di adozione, ma anche, come ulteriore attività, di assistere a questo tipo di testamento adozione, i cui effetti, cioè il trasferimento di beni ad un altro soggetto, erano così importanti da dover essere assistiti da tutti i cittadini e dai rappresentanti del popolo sempre in quei due giorni all'anno in cui questi si riunivano: il 24 marzo e il 24 maggio. Originariamente era prevista una votazione dei comizi, successivamente si limitarono a fare da testimoni all'atto. Sembra che *l'adrogatio* si differenziasse solamente perché produceva effetti immediati, mentre il testamento *calatis comitis* li produceva solo alla morte dell'adottante.
2. **Testamentum in procintu** (in procinto di partire per la guerra): il soldato con poche speranze di tornare dalla guerra, non potendo aspettare la riunione dei comizi, dichiara di fronte al proprio capo dell'esercito le sue volontà con riguardo alla disposizione dei propri beni dopo la sua morte. Roma si espande, conquista territori, il che implica l'introduzione di questo testamento, i cui effetti non sono garantiti dall'assemblea popolare, ma dal comandante popolare che si faceva garante della veridicità delle dichiarazioni. È necessario un controllo pubblico, essendo il testamento di tipo orale: questo tipo di testamento si svolgeva infatti davanti all'esercito *armatus et expeditus*, vale a dire armato e in tenuta di combattimento. I commilitoni schierati sostituivano i comizi curiati conferendo all'atto tutta la pubblicità necessaria. La possibilità nel nostro ordinamento di dichiarare le nostre volontà a figure di rilievo, come al comandante di una nave, in situazioni particolari, deriva da questo testamento.
3. **Testamentum per aes et libram** (per bronzo e bilancia): richiama le forme di trasferimento delle *res mancipi* a titolo derivativo attraverso la *mancipatio*, dove però il bronzo rappresenta il valore dell'*hereditas*. È un negozio *librae*, un'applicazione ed evoluzione della *mancipatio*, la quale deriva dalle stesse fonti romane. La *mancipatio familiae*, dove *familia* era da intendersi come patrimonio, fu la prima applicazione della *mancipatio*, la quale, avendo avuto successo, è stata sussunta dall'ordinamento. Con la *mancipatio familiae*, un *pater familias* mancipava i suoi beni a un terzo detto *familiae emptor*, dandogli fiduciarmente l'incarico di trasmettere alla sua morte una parte di questi beni a colui o a coloro ai quali il venditore voleva destinarli. Secondo alcuni si trattava di un negozio *inter vivos* e il *familiae emptor* acquistava la maggior parte dei beni, secondo altri l'atto era *mortis causa* e il *familiae emptor* non ne beneficiava in nessun modo, essendo egli solo una persona incaricata di distribuire il patrimonio ad altri. La *mancipatio familiae* non era un vero e proprio testamento perché il *mancipatio*

emptor non era un erede, ma, con il tempo, essa si trasformò in un vero e proprio testamento detto, appunto, "*testamentum per aes et libram*". Ancora una volta è il riferimento alla famiglia ed alla sua importanza ad indicarci che le disposizioni per lasciare i beni alle proprie famiglie erano molto più risalenti e diffuse.

- Formalità esterne: il *familiae emptor*, che originariamente acquistava il patrimonio ereditario, divenne semplicemente una persona che ascoltava la *nuncupatio* con cui il *mancipio* *dans* dichiarava le sue volontà. Per il rispetto delle antiche forme, essa veniva fatta alla presenza del *libripens*, di cinque testimoni e del *familiae emptor*, che doveva redigere un breve verbale in cui si dichiarava che le formalità della *mancipatio* erano state rispettate, pena nullità dell'atto. Successivamente, alla dichiarazione orale di volontà del testatore, si sostituì la redazione di tavolette cerate, che il testatore consegnava al *familiae emptor* pronunciando una solenne *nuncupatio*. Il *familiae emptor* dichiarava che l'atto veniva compiuto "*perché tu possa fare legittimamente testamento*" e venivano infine apposti i sette sigilli (testimoni, *libripens* e *familiae emptor*).
- Formalità interne: Il testamento *per aes et libram* doveva contenere una *heredis institutio*, che Gaio definisce "*inizio e fondamento del testamento*". Questa andava posta necessariamente all'inizio del testamento e andava fatta con formula predefinita. Se il testatore non lasciava a *heredes sui*, il testamento era valido solo se la nomina dell'erede era preceduta dalla diseredazione dei *sui*. La nomina di erede non poteva essere posta a condizione risolutiva o termine, per il principio "*semel heres semper heres*" (una volta erede, per sempre erede). Poteva però essere sottoposta a condizione sospensiva, purché la sua realizzazione non dipendesse completamente dall'arbitrio di un terzo. Se il testatore istituiva più eredi, doveva fissare le parti spettanti a ognuno di essi. Le parti erano fatte tradizionalmente per dodicesimi. Se le parti non fossero state fatte si sarebbe applicata la regola per cui l'eredità si divideva in quote uguali. Per l'aumento dei casi in cui tra Romani ci si scambiava la proprietà dei beni, la cerimonia alla presenza dei 5 testimoni non fu più fattibile, quindi cadranno in desuetudine sia la *mancipatio* che il *testamentum per aes et libram*.

Con il tempo, la successione testamentaria divenne sempre più largamente praticata e, per i romani, la possibilità di disporre dei loro beni oltre la morte divenne un segno di libertà, ma anche una preoccupazione costante. Morire senza aver fatto testamento era considerata una trascuratezza estremamente riprovevole, un'imperdonabile mancanza di interesse per il futuro della propria famiglia e quindi della città.

Valeva poi la regola secondo cui "*nessuno può morire in parte avendo fatto testamento, in parte senza averlo fatto*". Questo significa che, se il testatore aveva istituito gli eredi testamentari destinando loro solo metà del suo patrimonio, la metà residua non andava agli eredi legittimi, ma a quelli testamentari, anche se ciò era in palese contrasto con la volontà del testatore.

ETÀ POSTCLASSICA

La prima e la terza forma di testamento vengono meno, perché i comizi si sciolgono e la *mancipatio* cade in desuetudine. In età giustiniana il testamento si formava in due modi, con **testamento scritto** alla presenza di testimoni e autorità pubblica nel momento in cui il *de cuius* aveva steso il testo del testamento. L'autorità pubblica alla cui presenza si stendeva il testamento prendeva il nome di **NOTARIUS**, che sostituiva vice sacra l'imperatore. I due tipi di testamento erano:

- *Apud acta*: veniva fatto rendendo una dichiarazione dinnanzi a un giudice o a un funzionario, che la inserivano nei loro atti;
- *Principi oblatum*: veniva consegnato all'imperatore e conservato in archivio a cura di un apposito funzionario.

In età postclassica si manifestò la tendenza ad attribuire sempre maggior valore alla volontà del testatore. Venne stabilito, per esempio, che le tavole testamentarie valessero indipendentemente dalla celebrazione della *mancipatio*, quando erano sottoscritte da cinque testimoni. Venne ammesso, in alcuni casi, anche il testamento olografo, cioè scritto di pugno dal testatore e valido anche senza la presenza di testimoni; Giustiniano però non lo riconobbe.

In età giustiniana vennero introdotte anche delle regole nuove in materia di capacità di testare: quella che consentiva alle donne di fare testamento senza *l'auctoritas* del tutore, al figlio di disporre per testamento,

quella che ammise che i pazzi potessero fare testamento nei lucidi intervalli, così come i sordi e i muti potevano fare testamento scritto. Si ammise inoltre che si potesse istituire erede una persona giuridica.

TESTAMENTUM MILITIS

Si tratta di una forma testamentaria che ebbe grande rilievo. I soldati erano autorizzati a fare testamento come volevano, anche in riferimento alla forma e alla destinazione dei loro beni, e in qualsiasi momento. Questo in virtù dello stato di pericolo inerente alla vita militare e per l'origine straniera, nonché, in molti casi, per l'ignoranza della maggior parte dei soldati. Il *testamentum militis* perdeva efficacia un anno dopo il congedo se esso era avvenuto con onore, immediatamente se si era trattato di un congedo ignominioso. Ovviamente i soldati potevano anche fare testamento secondo le regole ordinarie.

SOSTITUZIONE VOLGARE E PUPILLARE

Il testatore poteva prevedere una sostituzione, ossia poteva scegliere un altro erede nel caso in cui quello istituito per primo non avesse accettato l'eredità. La sostituzione poteva essere anche plurima. Accanto alla sostituzione di questo tipo, detta *volgare*, esisteva quella detta *pupillare*, alla quale faceva ricorso chi, istituendo come erede un figlio impubere o un postumo, sceglieva un sostituto nel caso in cui il figlio morisse prima di raggiungere la pubertà.

PERDITA DEI PRIVILEGI DEGLI HEREDES SUI

Inizialmente, un *pater familias* poteva far ricorso al testamento solo se non aveva heredes sui. Ben presto venne però introdotto l'istituto della *exhereditio*, consistente in una solenne dichiarazione del *pater familias* che, esplicitamente e con parole prestabilite, privava questi eredi della loro qualifica e quindi della loro posizione di intangibilità. Una volta diseredati gli *heredes sui*, il testatore era libero di destinare il suo patrimonio a chi voleva. La persona prescelta era spesso il figlio considerato più capace, ma nulla impediva che si trattasse di persone che non appartenevano alla famiglia. Il *pater* poteva adottare un estraneo oppure, dopo aver diseredato i figli, poteva nominarlo come suo erede testamentario. La paternità era intesa dunque in modo molto meno biologico di oggi: si trattava di un legame intellettuale, di considerazione e di stima, che non necessariamente si stabiliva con i propri figli. Se si fosse stabilita con persone diverse, la decisione di diseredare i figli non sarebbe stata così angosciante come lo sarebbe oggi.

Esistevano però alcune regole, la cui inosservanza poteva portare a non rispettare le disposizioni di ultima volontà del defunto. Ogni ordinamento tende infatti a dare una protezione ai più stretti congiunti del defunto e in particolare ai figli. Il diritto romano, anche se ammetteva che i figli potessero essere diseredati, chiedeva che questo venisse fatto esplicitamente e secondo determinate formalità. Gli *heredes*, infatti, dovevano essere istituiti o diseredati, quello che non si poteva fare era ignorarli. La diseredazione andava fatta in modo diverso a seconda che si volesse diseredare un figlio, una figlia o un discendente di grado ulteriore. Il figlio doveva essere diseredato *nominatum*, vale a dire con l'indicazione del suo nome. Se non era *nominatum*, la diseredazione non valeva, il testamento non era valido e si faceva luogo alla successione intestata. Se si fosse trattato di una figlia o di eredi ulteriori sarebbe bastata una diseredazione "*inter certos*" (tra gli altri). In questo caso, se la *exhereditio* non era fatta il testamento valeva, ma le figlie o i discendenti ulteriori concorrevano con gli eredi testamentari.

LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

Era un mezzo processuale con il quale i parenti più stretti del testatore diseredati o non istituiti eredi, potevano impugnare la validità del testamento in quanto ingiusto sul presupposto fittizio dell'insania del testatore. Questo mezzo processuale nacque da un espediente retorico escogitato dagli oratori che peroravano le cause davanti ai centumviri. Questi osservavano che solo un insano di mente può escludere dalla propria successione un figlio o un altro parente prossimo senza un valido motivo. I centumviri accolsero la perorazione dapprima saltuariamente e poi stabilmente. Ne conseguì la dichiarazione di nullità di tutti i testamenti inofficiosi con l'ulteriore risultato che erano chiamati all'eredità i successori *ab intestato*. Legittimati a esperire la querela inofficiosi testamenti erano i figli del testatore, i genitori, i fratelli e le sorelle quando non era lasciata loro almeno la quarta parte di ciò che sarebbe loro spettato in caso di successione intestata, sempre che non sussistessero giusti motivi di esclusione dal testamento, da valutarsi caso per caso. Dalla querela era escluso colui che, pur avendo la possibilità di esperirla, avesse eseguito in qualche modo le disposizioni del testatore. La *querela inofficiosi testamenti* doveva essere intentata, pena la decadenza, entro cinque anni dall'accettazione dell'eredità da parte dell'erede e non poteva essere esperita

se vi erano altri mezzi processuali a disposizione contro il testamento. Se la querela fosse stata accolta, sarebbe stata pronunciata l'inefficienza del testamento che diveniva interamente inefficace.

LEGATI - SUCCESSIONE MORTIS CAUSA A TITOLO PARTICOLARE

Lo stesso discorso si può fare per la *mortis causa* a titolo particolare, per cui però non si parla di eredità, ma di *legatum*. Si trattava di disposizioni di ultima volontà con cui il testatore, per spirito di liberalità, lasciava a determinate persone uno o più beni specifici. I legati potevano essere disposti nei codicilli, ma in questo caso dovevano essere confermati nel testamento. I legati erano molto diversi dall'istituzione di erede: il legato acquistava un determinato cespite patrimoniale, il cui valore poteva essere tanto minimo quanto così grande da coprire gran parte del patrimonio ereditario. Egli poi non subentrava nei debiti ereditari. Viene così modificata l'originaria rigidità dell'universalità dell'eredità, dando rilevanza all'affermazione della volontà del *de cuius*.

Gaio fa una distinzione in *quattro genera legatorum*:

- I. **Legatum per vindicationem**: *vindicatio* ci fa venire in mente l'*actio* a tutela della proprietà (*rei vindicatio*). Questo istituto prevede infatti che, alla morte del *de cuius*, il bene legato si trasferisca al legatario che ne diventa automaticamente proprietario. Gli effetti che la morte determina sono quelli per cui il legatario diventa automaticamente proprietario, quindi siamo di fronte ad un legato con effetti reali. Al legatario spettava un'*actio in rem* contro chi ostacolasse l'esercizio del suo diritto.
- II. **Legatum per damnationem**: alla morte del *de cuius* l'erede è obbligato a consegnare la cosa legata al legatario. Non c'è un passaggio automatico come prima, c'è bisogno di una collaborazione degli eredi perché il legatario diventi proprietario. Gli effetti non sono reali, se per reale s'intende il passaggio automatico di proprietà, si tratta di legato a effetti obbligatori. Si prevede un'attività positiva dell'erede, che si chiama obbligo, perché deve collaborare.
- III. **Legatum sinendu modo**: alla morte del *de cuius* l'erede non deve impedire al legatario di apprendere il bene legato. Mentre prima l'erede aveva un'attività positiva, ora ne ha una negativa, perché non deve impedire. Gli effetti sono anche in questo caso obbligatori, ma in negativo. Il legato, inizialmente, si perfezionava solo quando l'erede aveva accettato l'eredità. Per evitare che il ritardo danneggiasse i legatari, i romani avevano elaborato il sistema del *dies cedens* e del *dies veniens*. Alla morte del testatore, *dies legati cedit*, vale a dire che il legato, anche se subordinato all'accettazione dell'erede, entrava a far parte del patrimonio del legatario. *Dies legati venit* voleva dire che il legato diventava esigibile, solo quando l'eredità era stata accettata.
- IV. **Legatum per praeceptionem**: alla morte del *de cuius* il legatario apprende direttamente la cosa legata prima che gli eredi procedano alla divisione dell'eredità. È un legato a effetti reali, categoria generale a cui si ricorre quando non ci si fida degli eredi. La differenza con il primo legato è che qui non si agisce in mezzo agli eredi, che non hanno ancora cominciato la divisione, in modo da aggiungere quel bene alla sua quota ereditaria.

La *lex falcidia* trovò la soluzione al problema secondo cui i testatori disponessero legati con tale generosità da esaurire il loro patrimonio con queste disposizioni, nulla lasciando, nella sostanza, agli eredi, pur legalmente istituiti. La *lex* stabilì che il testatore potesse fare legati per non più di tre quarti dell'attivo testamentario, in modo che agli eredi rimanesse almeno un quarto dei beni. L'attivo doveva essere calcolato con riferimento alla morte dell'ereditando, se il testatore avesse ecceduto, i legati sarebbero stati ridotti proporzionalmente fino al limite stabilito dalla legge.

Questa è la disciplina che apre la strada alla disciplina dei legati nel nostro ordinamento.

Come si distingue la successione testamentaria dal legato? Quando una parte dei beni è lasciata a terzi rispetto agli eredi, il che genera tanti problemi anche oggi. Quello che conta è la volontà del *de cuius*, non l'oggetto ereditato o legato, che è tale indipendentemente dal suo valore. L'interpretazione deve partire dalla volontà del testatore, operazione che richiede grande equilibrio e che si riflette nelle controversie che si prevedono nel nostro ordinamento.

FEDECOMMESSI E CODICILLI

Il fedecommesso era una disposizione di ultima volontà a titolo particolare o universale, formulata in termini non imperativi, ma in forma di preghiera rivolta all'erede legittimo o testamentario. Poteva essere contenuta nel testamento o in un'appendice indipendente dallo stesso, che prende il nome di *CODICILLI*. La formula era "*affido alla buona fede del mio erede*".

In un primo momento e per lungo tempo i fedecommessi furono affidati solo alla buona fede di colui che era stato pregato di eseguirli, e il beneficiario del fedecommesso non aveva alcun modo di obbligare l'erede a compiere quello che era ritenuto solo un dovere morale.

Con il tempo, nacque invece un'obbligazione sociale e, nei casi in cui l'inosservanza era considerata particolarmente riprovevole, si ammise che il fedecommissario potesse ottenere dal magistrato una tutela *extra ordinem*. La tutela venne successivamente concessa in ogni caso e ai fedecommessi si fece ricorso con frequenza sempre crescente, al punto tale da rendere necessaria la creazione di appositi magistrati, chiamati *praetores fideicommissari*.

Oltre a non richiedere alcuna formalità, il fedecommesso permetteva di far pervenire il proprio patrimonio, in tutto o in parte, anche a persone che non potevano essere istituite come eredi e di aggirare così le disposizioni limitative della libertà di ereditare, come quelle della *lex vaconia*: quello che le donne non potevano avere come eredi, potevano ricevere per fedecommesso.

Con il termine *codicilli* si indicava un documento scritto per il quale non era richiesta alcuna formalità. Fu riconosciuto per la prima volta da Augusto. Si distingue tra codicilli confermati e non confermati. I primi sono quelli cui si fa espresso riferimento nel testamento, o per confermarli o per preannunciare che vi si ricorrerà a integrazione del testamento. I secondi sono quelli che non vengono menzionati nel testamento. I codicilli confermati possono contenere validamente qualsiasi disposizione che possa essere contenuta in un testamento, ad eccezione dell'istituzione di erede e della *exhereditatio*. Quelli non confermati possono contenere solo fedecommessi.

La distinzione tra legati e fedecommessi tende ad attenuarsi con il tempo. Era venuta meno la necessità delle forme una volta previste per i legati. Si era poi generalizzato e quindi esteso ai legati, il ricorso alla *cognitio extra ordinem*. Giustiniano, infatti, parla di un'unica natura di legati e fedecommessi dai quali nascono sia azioni personali sia azioni reali.

DONAZIONE

Per i romani, inizialmente, la donazione non era un negozio giuridico. Era un fine che poteva essere raggiunto con mezzi diversi, aventi in comune l'obiettivo di accrescere il patrimonio altrui a scapito del proprio. Il termine che indica chi con una donazione diminuiva il proprio patrimonio è *donante*, il termine che indica colui il cui patrimonio veniva accresciuto è *donatario*. La donazione era realizzabile utilizzando una serie svariata di atti e negozi giuridici, tra i quali la *mancipatio*, la *in iure cessio* e la *traditio*; anche una *stipulatio* con cui si prometteva il trasferimento della proprietà o la remissione del debito nella forma dell'*acceptilatio* e del *pactum de non petendo*.

La donazione era un atto di liberalità, quindi doveva essere spontaneo. Tuttavia, la libertà di compiere un atto *donationis causa* non era totale. L'ordinamento giuridico, di fronte a questi atti, si preoccupa di tutelare l'interesse dei familiari cui questi beni vengono sottratti e, dall'altro canto, di proteggere la stessa persona del donante che potrebbe impoverirsi per mancanza di discernimento oppure perché costretto da violenza fisica o indotto da suggestioni psichiche. Tra i provvedimenti che limitarono la possibilità di compiere atti *donationis causa* va annoverata la *lex Cincia*, che era però una legge *imperfecta*, quindi gli atti compiuti contro le sue disposizioni non erano invalidi. Se la donazione era stata effettuata trasmettendo la proprietà di un bene, l'atto vietato produceva i suoi effetti, ma se la donazione era consistita in una promessa, nel momento in cui il donatario chiedeva l'adempimento, il pretore gli denegava l'azione ovvero concedeva al donatore un'eccezione chiamata *exceptio legis cinciae*. Una clausola riguardava gli avvocati per impedire che essi ricevessero un onorario per le loro prestazioni professionali.

Un altro limite alla libertà di donare venne introdotto tra la fine della repubblica e i primi anni del principato. Esso consisteva nel divieto di donazione tra i coniugi. Assai poco convincente è la motivazione per cui questa regola servisse a salvaguardare il principio che "*amore non deve avere prezzo*" o per evitare che i coniugi "*si spogliassero dei propri beni per troppo amore*". La regola tendeva piuttosto a evitare che i beni di un gruppo familiare confluissero nel patrimonio di un altro gruppo. Gli atti compiuti in contravvenzione di questo divieto erano inesistenti, ma le donazioni già eseguite divennero irripetibili dopo la morte del donante.

La donazione sarà riconosciuta come vero e proprio negozio giuridico a titolo gratuito, senza cioè la previsione di un corrispettivo, solo in **epoca post-classica**, attraverso una costituzione imperiale di Costantino, nel IV secolo d.C. Non è ininfluente la religione cattolica che professava l'imperatore e che privilegiava e privilegiava tutt'ora questo istituto.

La cancelleria imperiale prevedeva che l'istituto avesse valore giuridico qualora fossero rispettati due requisiti fondamentali:

- Forma scritta;
- Trascrizione di una copia dell'atto nei pubblici registri;
- Presenza di testimoni che assistessero alla *traditio* del bene e confermassero la rinuncia da parte di chi donava al corrispettivo.

Nuove regole vennero introdotte da Giustiniano. L'imperatore stabilì che la *donatio* si perfezionasse con il semplice consenso, che producesse effetti obbligatori anche se non era stata compiuta la *traditio* e la trascrizione nei pubblici registri fosse condizione di validità solo per le donazioni superiori a 500 solidi. La nuova regolamentazione della donazione come negozio tipico affiancò la pratica di ricorrere ad altri negozi *donationis causa*.

DONATIO MORTIS CAUSA

La *donatio mortis causa* era caratterizzata dall'essere fatta in previsione di un contingente pericolo di morte, con l'intesa che, se il donante fosse sopravvissuto all'evento temuto, la donazione sarebbe stata inefficace. La donazione non produceva effetto se il donatario premoriva al donante.

In età classica veniva realizzata in vari modi, tra cui la *stipulatio*, sottoposta al termine *cum morieris*, oppure attraverso la *mancipatio fiducia causa* o con *traditio* della *res mancipi*.

La *donatio mortis causa* venne poi sottoposta alle stesse regole previste per la donazione da Giustiniano. Giustiniano stabilì anche che, al pari dei *codicilli*, la *donatio mortis causa* dovesse essere fatta alla presenza di cinque testimoni. Nei secoli successivi, l'istituto andò sempre più avvicinandosi ai legati al punto che ad esso si applicarono le disposizioni della *lex Falcidia*.

SCHIAVI E LIBERTI

La condizione servile a Roma è estremamente deteriorata per quanto riguarda il tenore di vita, spesso priva di regolamentazione e precaria, e le tutele giuridiche.

Gli schiavi, in quanto oggetto di testamento, non sono soggetti di diritto e non possono senza alcun dubbio ricevere per testamento.

Il problema si pone sotto il profilo giuridico a proposito di quegli schiavi che vengono liberati dalla condizione servile. In un certo momento della storia di Roma, infatti, il diritto prevede la possibilità di liberare gli schiavi con un istituto che prende il nome di *manumissione*: atto con cui si libera lo schiavo dalla condizione servile. Questo schiavo liberato dalla condizione servile assume un nome preciso: **liberto**.

Ci occupiamo della condizione del cittadino romano in riferimento alla libertà, perché a Roma ci sono cittadini liberi e cittadini schiavi. I cittadini liberi possono ricevere per testamento, gli schiavi no, ma i liberti sono schiavi che sono liberati dalla condizione servile, quindi stanno nel mezzo. Occuparsi di questa condizione significa occuparsi dello *status* e, poiché si parla della condizione dei cittadini rispetto alla libertà, si parla di *status libertatis*, che, solo se posseduto, mi consente di ricevere testamento.

CAUSE DELLA SCHIAVITÙ

L'elenco è molto preciso, i primi punti sono quantitativamente più presenti:

- I. **Prigione di guerra**: le conquiste che Roma compie a livello territoriale portano schiavi, perché i cittadini di queste terre conquistate venivano annessi a Roma come schiavi.
- II. **Nascita da madre schiava**, che non consente di liberarsi da questa condizione.
- III. **Deditio**: per chi avesse violato le regole dei rapporti tra territori diversi; ci si riferisce a chi compie atti che violano le regole del corretto comportamento tra Roma e le altre popolazioni.
- IV. **Vendita trans Tiberin**: essere un debitore insolvente o la diserzione al servizio militare costituiscono le due ipotesi maggiori per cui un cittadino può essere venduto oltre il Tevere e regredire quindi alla condizione di schiavo (un cittadino romano non poteva diventare schiavo a Roma). Era la condizione per aver violato la divisione dei compiti che prevedeva la *societas* romana.
- V. **Noxae deditio**: l'ipotesi per cui un sottoposto, che poteva essere il figlio del *pater familias*, era abbandonato da quest'ultimo nel momento in cui aveva commesso un delitto: veniva cioè lasciato nelle mani di chi aveva subito il delitto, il che comporta una condizione del sottoposto molto peggiore a quella dello schiavo.

MANUMISSIO

Atto con cui si libera lo schiavo dalla condizione servile. Lo schiavo, d'ora in avanti, si chiamerà liberto. Ad una prima legislazione del codice civile, legata ad un formalismo compatibile al limitato numero di schiavi liberati, si passerà ad un'evoluzione lontana dallo schematico del diritto civile.

Manumissioni dello *ius civile*:

Le *manumissio* formali dello *ius civile* si sviluppano durante l'età regia e perdurano nel corso dell'età classica; sono tre:

- I. *Manumissio testamentum*: nella scheda testamentaria, il *dominus* dichiarava di voler liberare lo schiavo. Si trattava di un atto che produceva effetti alla morte del padrone, quindi era utilizzabile quando il numero degli schiavi liberati era molto ridotto.
- II. *Manumissio vindicta*: una finta vendita dello schiavo, inteso come una *res*, che si svolgeva davanti al pretore. Il *dominus* non rivendicava la proprietà dello schiavo di fronte alla dichiarazione dell'acquirente, che dichiarava invece di essere proprietario dello schiavo quando non lo era. Lo stare zitto da parte del vero proprietario determinava il trasferimento dalla condizione di schiavo a quella di liberto. Questa liberazione è l'applicazione di un altro istituto, il che ci conferma il fatto che siamo in un periodo in cui, nel processo, si verificavano gli effetti analoghi: *in iure cessio*. C'è un controllo della collettività effettuato dal pretore, perché era necessario sapere chi era capace giuridicamente e patrimonialmente.
- III. *Manumissio censu*: iscrizione dello schiavo nelle liste del censo, a cui erano iscritti soltanto i cittadini romani liberi. C'è quindi anche qui un effetto automatico che consiste nella liberazione dello schiavo attraverso l'iscrizione al censo, ossia alle liste in cui erano indicati i *cives* che potevano partecipare ai comizi e che pagavano le tasse.

Manumissioni dello *ius honorarium*:

Il numero crescente di schiavi liberati nel corso dell'evoluzione di Roma implica la necessità di abbandonare il formalismo dello *ius civile*. Le tre ipotesi di *manumissio* dell'età arcaica vengono così integrate con altre tre forme di *manumissio* meno formali, dette pretorie perché elaborate nel sistema dello *ius honorarium*:

- I. *Per epistulam*: dichiarazione scritta del *dominus* di voler liberare lo schiavo, in una lettera indirizzata allo stesso.
- II. *Inter amicos*: il *dominus*, in una riunione tra amici, dichiarava informalmente di voler liberare lo schiavo.
- III. *Per mensam*: il *dominus*, durante un banchetto, dichiarava di voler liberare lo schiavo ai commensali.

Il cristianesimo influenzerà molto l'ordinamento romano nella fase post-classica. Anche a livello di *manumissione*, fu introdotta una nuova forma, chiamata *manumissio sanctuari ecclesis*. Si riflettevano le istanze religiose anche sotto il profilo legislativo.

Il **liberto** non è in tutto equiparato al cittadino libero, che gode dello *status libertatis*, poiché il liberto **NON PUÒ RICEVERE PER TESTAMENTO**, il che però non intacca la capacità di disporre, per cui, grazie all'attività lavorativa, potevano accumulare anche un cospicuo patrimonio, che però non poteva essere integrato in maniera passiva, cioè da eventuali testamenti; potevano ricevere *inter vivos*, non *mortis causa*. Neanche il figlio di un liberto poteva ricevere per donazione, quindi permane una differenza, che però, nel corso del tempo, diventerà sempre meno rilevante, fino ad un intervento legislativo che consentirà di minimizzare questa differenza.

Al liberto, schiavo liberato attraverso la *manumissio*, si contrappone quindi la categoria degli *ingenui*, che fin dalla nascita godevano dello *status libertatis*. I liberi, quindi, possono essere liberi o ingenui. Ai liberi in generale si contrappongono gli schiavi.

STATUS - SUMMA DIVISIO PERSONARUM

- I. **Libertatis**: condizione per cui si distinguono liberi e schiavi;
 - A. Liberi, soggetti sia sui iuris che alieni iuris;
 - B. Ingenui, ossia i soggetti nati liberi;
 - C. Schiavi, unicamente soggetti alieni iuris (non possiedono questo status);

- D. Liberti, ossia i soggetti diventati liberi a seguito della intervenuta manomissione (non possiedono questo status).
- II. **Civilitatis**: condizione nei confronti dei componenti della *civitas*, in modo da poter distinguere tra:
 - A. Cittadini → si diventa cittadini romani per:
 - 1. Nascita: inizialmente importava solo il fatto di nascere da cittadini romani, o quanto meno da un padre che fosse cittadino romano, non contava dove.
 - 2. Concessione della cittadinanza (attraverso la *manumissio*, per esempio): la grande sproporzione tra la condizione del cittadino e lo straniero porterà ad un provvedimento legislativo col quale si concederà la cittadinanza a tutti gli abitanti di Roma.
 - B. Stranieri → chi non nasce da cittadini romani e a cui non è concessa la cittadinanza romana. Non conta il fatto di nascere o meno nel territorio romano, il che è importante, visto che tutt'ora è discussa questa possibilità.
- III. **Familiae**: condizione nei confronti della famiglia, in cui c'era una distinzione tra soggetti:
 - A. Sui iuris → pater familias;
 - B. Alieni iuris → figli (*patria potestas*), schiavi (*dominica potestas*), donne (*manus*). La cerimonia attraverso la quale il marito può esercitare la **manus** sulla moglie si poteva svolgere secondo tre modalità:
 - 1. **Confarreatio**: cerimonia con cui marito e moglie si dividono una focaccia di farro, da cui deriva appunto il nome della cerimonia.
 - 2. **Coemptio**: finta vendita della donna al marito. Non si intendeva qui la vendita fisica, ma il fatto di sottoporre la donna alla potestà del marito.
 - 3. **Usus**: convivenza prolungata della donna presso la casa del marito. Il comportamento continuativo della donna, che implicava il fatto che questa non si allontanasse per tre notti di seguito dal marito. Nel caso in cui questa ultima condizione si fosse verificata, la donna poteva considerarsi liberata dalla *manus*.

MATRIMONIO

L'imperatore Augusto è l'autore della legislazione in tema di **matrimonio**. La sua legislazione matrimoniale mette in evidenza l'evoluzione dei rapporti tra marito e moglie, che avevano superato l'esercizio della *manus*, tanto da arrivare all'istituto del **divortium**, quale segno dell'indipendenza sempre più progressiva della donna. Già all'epoca non era considerato indissolubile il vincolo matrimoniale, il che implicava la possibilità di scioglimento di questo istituto.

La circostanza per cui la popolazione divenne sempre più cristiana ha fatto sì che il matrimonio cominciasse ad essere considerato un *consortium omnis vitae*, il che è perdurato fino a 50 anni fa, infatti ora il divorzio è parte integrante del nostro ordinamento, poiché il diritto deve seguire le esigenze dei cittadini.

IN COLLABORAZIONE CON

