

Il diritto nell'esperienza di Roma antica.

A cosa serve il diritto? Il **diritto** serve alla **regolamentazione**, all'ordinato svolgimento dei rapporti tra privati e tra istituzioni, e come tale è frutto dell'evoluzione politico-sociale ed economica dell'ordinamento cui si riferisce.

Il diritto moderno si basa largamente sul diritto romano, considerato da molti insieme alla filosofia greca la culla della civiltà europea.

Molti termini giuridici derivano pertanto dal latino, per citarne alcuni: legge = **lex**, crimine = **crimen**, pena = **poena**, contratto = **contractus**, beni = **bona**, proprietà = **proprietas**, possesso = **possessio**, costituzione = **constitutio** e molti altri.

Per Roma antica intendiamo quel periodo che va dal 754 o 753 a.C., l'anno della fondazione di Roma fino al 565 d.C., anno della morte di Giustiniano, quest'ultimo è una figura fondamentale per il diritto romano grazie al **Corpus iuris civilis**.

Le fonti

Le fonti rappresentano il modo che ciascuna comunità ha di produrre il diritto, costituiscono la "sorgente" dalla quale scaturisce il diritto. Nell'età più antica esiste una forte congiunzione tra la norma religiosa e la norma giuridica, connessione che manca invece nel diritto moderno. Per l'uomo antico il modo più naturale di giustificare l'introduzione di regole valevoli per l'intera comunità era rimandare la loro istituzione a una divinità (es. il codice di Hammurabi). A Roma invece il diritto presentava connessioni con il divino ma non derivava da questo.

Fonti di produzione: atti o fatti idonei a produrre diritto, costituiscono la "sorgente" da cui scaturisce il diritto.

Fonti di cognizione: sono invece quei materiali che permettono di conoscere forme e contenuti di un determinato ordinamento, per l'appunto uno strumento di conoscenza.

Le fonti di produzione

Per ogni periodo della storia romana è possibile individuare diverse fonti di produzione del diritto. Per l'**età arcaica** erano importantissimi i **mores**, essi erano prima recitati e affidati alla tradizione orale, poi in un secondo momento trascritti.

In **età monarchica** vi erano poi le **leges regiae**, ossia un primitivo tipo di legge emanato dal rex, il quale sottoponeva la sua decisione al popolo per ricevere il **suffragium**, un'approvazione rumorosa e informale.

Per l'**età repubblicana** sono centrali le **XII Tabulae**, esse erano la codificazione scritta dei mores. Vi erano inoltre le **leges publicae** o **leges rogatae**, i **responsa prudentium** e l'**editto del pretore**. Nell'**età del principato** si affiancano alle leges, all'editto e ai responsa prudentium, le **constitutiones principis** e i **senatusconsulta**. Le **costituzioni imperiali** le quali rappresentavano la volontà del **princeps**, figura particolarmente potente e autorevole che assume in questo periodo il ruolo di vertice nella comunità politica romana. I **senatusconsulta** invece esprimevano le indicazioni del Senato, in questo periodo le **leges** assumono meno importanza a scapito dell'editto del pretore che raggiunge invece l'apice della sua capacità di regolamentazione giuridica.

Le fonti di cognizione

Ogni materiale che ci consente di conoscere forme e contenuti del diritto romano.

Il Regnum

Prima della fondazione della città di Roma vi erano le **formazioni preciviche**, esse si basavano su legami familiari o pseudo familiari: **Familia proprio iure**, **familia comuni iure** e **gens**.

La **familia proprio iure** era un'unità elementare all'interno di un sistema matrimoniale monogamico, formato da: **Pater familias**, moglie, discendenti, schiavi e animali, tutti i componenti erano sottoposti alla potestas del pater.

La **familia comuni iure** estendeva il **vincolo di agnazione** (esso è un legame familiare più tenue, permane tra fratelli e discendenti) a tutti i discendenti e il capostipite è un antenato non più vivente.

Troviamo infine la **Gens** era formata da individui accumulati da vincoli di sangue, dal nome gentilizio comune a tutti i discendenti di un antenato, il nome è una testimonianza della parentela, condividevano un sepolcro comune, un culto comune, un controllo sul territorio di appartenenza, ed ogni gens aveva un proprio ordinamento giuridico e militare.

La **Monarchia** (754/753 a.C.-509 a.C.): figura chiave di questo periodo storico era ovviamente la figura del **rex**, storicamente ricordiamo **sette re: Romolo, Numa Pompilio, Tullio Ostilio, Anco Marzio, Tarquinio Prisco, Servio Tullio e Tarquinio il Superbo**. Il rex era garante della **pax deorum**, comandante militare ed infine un giudice. La successione della carica di Rex non era dinastica, pertanto il nuovo re veniva nominato tramite alcuni riti, il primo era la **creatio** (conferimento dei poteri civili): avveniva tramite l'interregnum (intervallo di tempo tra un re e il suo successore), vi era poi l'**Inauguratio** (conferimento dei poteri religiosi) e la **lex curiata de imperio** (fonte dei poteri militari). La carica del **rex** era **sacra e vitalizia**. Altre figure di rilievo dell'epoca monarchica erano senza dubbio i **collegi sacerdotali**, i quali erano formati dai **Pontefices, Fetiales** e gli **Augures**. I **Pontefici** rappresentavano un collegio presieduto dal **pontefice massimo** composto da 5 sacerdoti in età monarchica, scelti per cooptazione e la carica era vitalizia, i pontefici elargivano pareri su cerimonie religiose, ma anche su quesiti giuridici; Fornivano assistenza tecnica ai magistrati destinati a presiedere le cerimonie; dunque, interpretavano le norme primitive della città; enunciavano il calendario e svolgevano inoltre attività di consulenza a privati e magistrati. I **Feziali** invece rappresentavano un collegio presieduto dal **pater patratus** scelto di volta in volta per l'incontro con il pater patratus di un popolo (erano una sorta di ambasciatori), esso era composto da 20 sacerdoti, scelti per cooptazione e la carica era vitalizia, avevano inoltre controllo sulla esatta applicazione dei trattati giuridici. Infine, gli **Auguri** che erano un collegio composto di 5 membri, valutavano la legittimità giuridico-sacrale degli atti pubblici.

Le fonti di produzione del periodo erano come anticipato i **Mores**: erano gli usi e i costumi, si trasmettevano oralmente e si fondavano sulla ripetizione di comportamenti uniformi da parte dei consociati, rivelano inoltre un ordinamento insito nella struttura dei rapporti umani e divini. Vi erano poi le **Leges regiae** che erano norme destinate a regolare la vita ed i rapporti all'interno della città, esse erano l'espressione del potere di ordinanza del re, formalizzazione di precetti consuetudinari, esse regolavano inoltre la materia religiosa, i rapporti pubblici, l'ordinamento criminale ed i rapporti privati.

I **crimini** si dividevano in **scelus expiabile** cioè le infrazioni di rilievo minore, piaculum: cioè offerta espiatoria consistente il sacrificio di un animale o nella devoluzione di un'entità patrimoniale alla divinità offesa.

Scelus inexpiabile, cioè le colpe più gravi, prevedevano la recisione del vincolo tra il soggetto e la comunità: **homo sacer** e **consecratio** non si procedeva all'esecuzione diretta del colpevole ma chiunque avrebbe potuto ucciderlo senza incorrere in una sanzione (es. violazione di vincoli familiari) o in altri casi si sostanzialmente l'immediata messa a morte del colpevole (es. violazione obbligo castità delle vestali e divulgazione segreti religiosi).

La popolazione di Roma alla sua fondazione fu divisa da Romolo in 3 tribù dette 'romulee': i **Tities**, i **Ramnes** e **Luceres**. Ognuna aveva 10 curie per un totale di 30, vi erano inoltre 100 decurie a tribù per un totale di 300. I **Tities** erano una comunità sabina situata sul Quirinale e governata da Tito Tazio. I **Ramnes** invece erano una comunità stanziata sul Palatino e retta da Romolo. Infine, i **Luceres** erano una comunità etrusca guidata da un "lucumone".

Il re Servio Tullio, in seguito, creerà poi le classi di **censo**, in base al reddito. Egli distribuì la popolazione in 5 classi e 193 centurie, e effettuò la suddivisione in base al censo (cioè alla ricchezza della famiglia di appartenenza) ed in base all'età, gli effetti di questa suddivisione erano un differente armamento in base al proprio reddito.

La **I classe** doveva avere un censo di almeno 100.000 assi, ed era composta da 80 centurie, di cui 40 Iuniores e 40 Seniores. Essi erano armati di elmo, clipeo, schinieri e corazza in bronzo, avevano poi il gladio e l'asta. I Seniores erano assegnati alla difesa della città mentre Iuniores erano impiegati per le campagne militari.

Alla **II classe** invece appartenevano i cittadini in possesso di almeno 75.000 assi, gli Iuniores erano composti da 10 centurie ed i Seniores da 10. L'armamento era lo stesso della prima classe, tranne la corazza ed uno scudo rettangolare al posto del clipeo.

Per far parte della **III classe** si dovevano possedere almeno 50.000 assi anche qui vi erano 10 centurie Iuniores e Seniores, l'armamento era uguale alla seconda classe, meno gli schinieri.

Coloro che appartenevano alla **IV classe** invece avevano un censo di almeno 25.000 assi e vi erano sempre 10 centurie Iuniores e Seniores, esse erano armate solo con asta e giavellotto.

Per quanto riguarda la **V classe** invece era composta da almeno 11.000 assi o 12.500, essa era formata da 15 centurie di Iuniores e Seniores, esse erano armate esclusivamente di fionde e pietre da lancio.

Servio Tullio introdusse inoltre le tribù territoriali, le quali si dividevano in **rustiche** e **urbane**.

Le tribù erano chiamate **rustiche** se vi era il criterio di appartenenza di proprietà fondiaria, **urbane** se vi era il criterio del domicilio, l'istituzione delle tribù territoriali era finalizzata alla riscossione del **tributum** che era valutato in base al censo del pater familias.

Patrizi e Plebei

I Patrizi erano i discendenti dei 100 "patres" cioè i 100 senatori che creò Romolo. I Plebei rappresentavano invece il popolo comune, tra le due classi sociali ci furono diversi scontri, essi furono particolarmente intensi soprattutto agli inizi dell'età repubblicana. Il conflitto tra patrizi e plebei si svolse sul piano politico, economico e sociale. Sul piano **politico** investì la direzione della **res publica**, su quello **economico** i plebei richiesero un alleggerimento dei debiti ed inoltre un'equa distribuzione dell'ager publicus, dal punto di vista **sociale** i plebei volevano inoltre il riconoscimento di **connubium** con i patrizi.

La svolta per i plebei furono senza dubbio le **Leges Liciniae Sextiae**:

-**Lex Licinia Sextia de consule plebeio creando**: Uno dei due consoli plebeo.

-**Lex Licinia Sextia de aere alieno**: stabilì la deduzione dal capitale in prestito della quota di interessi già pagati dai debitori e la suddivisione in tre rate annuali della parte di debito rimanente.

-**Lex Licinia Sextia de modo agrorum**: fu un provvedimento che limitò il possesso dell'ager publicus stabilendo la capacità massima di sfruttamento in 500 iugeri.

Passaggio monarchia-repubblica

Il termine monarchia deriva dal greco, a differenza del termine repubblica che è un termine strettamente latino e di derivazione romana. Il passaggio tra le due forme di governo si ipotizza che fu un processo piuttosto brusco e traumatico, i motivi del passaggio furono molteplici, primo su tutti secondo il mito fu **lo stupro di Lucrezia** da parte di Sesto Tarquinio, figlio di **Tarquinio il Superbo** ultimo re di Roma, con la conseguente cacciata dei Tarquini.

Convenzionalmente l'inizio della repubblica è l'anno **509 a.C.**, a questo punto ci sono diverse ipotesi storiografiche riguardo la prima magistratura, diversi studiosi hanno ipotizzato che essa fosse costituita da un **praetor maximus**, con altri due magistrati in posizione subalterna, ovvero da un magister populi affiancato da un magister equitum.

Nel 509 con una **Lex Valeria**, venne introdotta la **provocatio ad populum**, istituito in virtù del quale il cittadino perseguito in via di coercizione dal magistrato esercitante l'imperium poteva sottrarsi alla morte (e alla fustigazione) chiedendo l'istaurazione di un processo dinanzi ai comizi.

Lex Aternia Terpeia del 452 lex Menenia Sextia: 30 buoi + 2 pecore (3020 assi) stabilisce il limite delle multe oltre il quale era accordato il diritto alla provocatio.

450 XII Tab.: comitia centuriata unica sede competente a pronunciare la condanna a morte di un cittadino.

Nei successivi secoli vennero emanate diverse leggi sempre con argomento la provocazione come, ad esempio, la **Lex Duilia de provocatione 449 a.C.**: comminò la pena capitale contro chi lasciasse la plebe senza tribuni o creasse magistrati non soggetti a provocazione.

Leges Valeriae Horatie del 449 a.C. Sono 3 (forse 4) leggi tutte del 449 a.C. e proposte dai consoli L. Valerio Potito e M. Orazio Barbato. Costituiscono il risultato di un compromesso

politico, incentrato soprattutto sul riconoscimento dell'elemento plebeo nella sua espressione istituzionale tra queste giura la **Lex Valeria Horatia de provocatione 449 a.C.** : vietava per il futuro la creazione di magistrature esenti da provocatio, la **Lex Valeria Horatia de tribunicia potestate** essa fu probabilmente la più importante, infatti dopo decenni di lotte, i Patrizi riconobbero e istituzionalizzarono in maniera formale la potestà tribunizia, rendendo sacer chiunque l'avesse violata (cioè poteva essere ucciso da chiunque), un'altra legge da ricordare era la **Lex Valeria Horatia de plebiscitis** avrebbe attribuito alle deliberazioni della plebe (plebiscita) valore vincolante per tutta la popolazione, è tuttavia poco credibile che già nel 449 a.C. si fosse raggiunto l'obiettivo dell'equiparazione di ogni tipo di plebiscito alle leggi, probabilmente con essa si attribuì riconoscimento giuridico alle elezioni dei magistrati plebei, la definitiva equiparazione dei plebisciti alle leggi si ottenne, dopo la **lex Publilia Philonis** del 339, solo con la **lex Hortensia** del 287/286. Secondo le fonti, una quarta legge affidava agli edili plebei la custodia dei Senatoconsulti; Appare, tuttavia, poco credibile che in questo periodo venissero già messi per iscritto, come poco credibile che atti del Senato ancora interamente Patrizio fossero custoditi da magistrati plebei.

Lex Valeria 300 a.C.: meritevole di riprovazione l'atto del magistrato che avesse fatto fustigare e uccidere un cittadino nonostante questi avesse provocato al popolo.

Troviamo infine le **Leges Porciae**.

Le magistrature

La carica più alta era quella del **consolato**, la quale era una magistratura **maggiore, annuale, ordinaria e permanente**, questa carica era infatti essenziale per la vita della repubblica, i consoli erano **eponimi**, cioè davano il nome all'anno, inoltre al termine della carica, ciascuno di loro rispondeva dell'uso fatto dei propri poteri. Il consolato sostituisce il Rex nella conduzione della città dalla caduta della monarchia; dunque, il console ha gli stessi poteri del rex, ma con rilevanti limitazioni cioè l'**annualità**, la **collegialità**, che si realizza nella possibilità di veto di un membro del collegio contro la decisione dell'altro, e la **provocatio ad populum** contro le decisioni di messa a morte. I consoli erano eletti nei comizi centuriati ed erano dotati di **summa potestas** e **imperium** che rappresentava un potere originariamente militare, comprensivo sia dell'**imperium domi** (cioè potere sul suolo cittadino o al di fuori del pomerium, ma entro i mille passi) sia dell'**imperium militiae** (esercizio del potere in guerra o al di fuori di quella sfera). Ciascun console era titolare dell'intero potere, fatta però salva l'intercessio del collega. Le funzioni erano gestite attraverso il **turno o il sorteggio**, ma il principio era di cooperazione.

La **Pretura** era una magistratura **maggiore, annuale, ordinaria e permanente**. I Pretori godevano come i consoli di **potestas** (minore dei consoli) e **imperium**. La pretura ebbe origine dal **compromesso patrizio-plebeo del 367 a.C.**, la pretura era infatti una carica esclusivamente patrizia, ottenuta in cambio al permesso di far accedere i plebei al consolato. Il pretore, collega minore dei consoli, si specializzò nel **ius dicere**: In particolare il pretore emanava all'inizio del suo anno di carica un **edictum** in cui inseriva le formule che avrebbe utilizzato durante l'anno per la risoluzione delle controversie. Dal pretore si sviluppò il **ius honorarium**. Nel 242 a.C. viene istituita la carica del **praetor "peregrinus"** (gestiva le controversie tra cittadini romani e stranieri).

Vi era poi la carica di **dictator**, la dittatura era una magistratura **maggiore, straordinaria, destinata a gestire l'emergenza**. Questa figura veniva nominata, infatti, da uno dei consoli in caso di particolari problemi per Roma. Il dittatore era dotato di **summa potestas** e di **summum imperium** (maggior rispetto a quello dei consoli), inoltre il dittatore non fu soggetto ai limiti della **provocatio** delle **intercessio** dei tribuni plebis. Rimaneva in carica **al massimo sei mesi** ed era tenuto da abdicare nel caso in cui la situazione di emergenza fosse cessata prima. Si suole distinguere tra dittatura **optimo iure** (cioè con pieni ed indefiniti poteri veniva istituito per motivi bellici) e **imminuto iure** (veniva istituito per altre funzioni minori, di tipo sacrale o elettorale). L'ausiliario del dictator era il **magister equitum**, la carica durava quanto quella del dictator, era nominato dal dittatore e poteva essere sollevato dalla carica in qualunque momento, il suo potere era paragonabile a quello del pretore.

La **Censura** fu una magistratura **maggiore, ordinaria, non permanente**. I censori erano eletti dai comizi centuriati ogni 5 anni e la loro carica durava 18 mesi. I censori svolgevano la funzione del **censimento** dell'intera popolazione (numerico e patrimoniale), dovevano annotare quei comportamenti dei cittadini che risultassero contrari ai **mores (regimen morum)**. Ai Censori fu poi attribuito anche l'importante compito di **aggiornare la composizione del Senato**.

Magistrature minori erano quelle dei **Questori**, gli **Edili** e i **Vigintisexviri**.

I **Questori** erano i magistrati ordinari minori, ricoprivano il primo grado del cursus honorum sia per i patrizi che per i plebei e rappresentavano dei magistrati sine imperio, essi venivano eletti dai comizi tributi, vi erano diversi tipi di questori: i **quaestores urbani** avevano la funzione di **amministrazione dell'erario** del popolo e inoltre avevano poteri di **persecuzione dei diritti capitali**. Troviamo poi i **quaestores militares**: erano gli addetti ai consoli e seguivano il magistrato cum imperio nelle province per le esigenze tributarie nei rapporti tra queste e Roma, vi erano inoltre i **quaestores italici** che avevano il compito di supervisionare la flotta, per ultimi troviamo poi i **quaestores provinciali** che amministravano la giustizia in una provincia per ordine del governatore.

Un'altra magistratura minore è rappresentata dagli **edili**, gli **edili plebei** erano eletti ogni anno, nel numero di due e si dedicavano specificamente all'**amministrazione** dei luoghi di culto dei plebei, avevano inoltre poteri di **vigilanza** e di polizia nei quartieri, si occupavano inoltre della **cura annonae** cioè la sovrintendenza dei mercati, sulla conservazione e distribuzione delle scorte di cereali, infine era loro competenza la **cura lodorum** cioè la sorveglianza di polizia sui pubblici spettacoli. Troviamo inoltre gli **edili curili**, questa carica viene istituita con il compromesso tra patrizi e plebei del 367 a.C., avevano in sostanza gli stessi poteri dei loro colleghi plebei, essi esercitavano però l'attività giurisdizionale nei mercati di schiavi e bestiame.

Un'altra magistratura minore era rappresentata dai **Vigintisexviri** essi costituivano un collegio di ventisei uomini che agivano come ausiliari dei magistrati, detenendo svariate funzioni, soprattutto di amministrazione e giurisdizione. In un primo momento venivano scelti personalmente dal magistrato, ma poi vennero eletti dai comizi tributi.

Un'ulteriore carica da citare è rappresentata dal **tribunato della plebe**, essi furono i rappresentanti dei plebei e quasi dei leader rivoluzionari fino al 449 a.C., dopo la Lex Valeria Horatia de tribunacia potestate divennero magistrati veri e propri. Venivano eletti dai concili plebei, erano 10 per ciascun anno. Essi potevano ordinare arresti, sequestrare beni e avevano potere di veto contro gli atti dei magistrati, inoltre erano difensori degli interessi della plebe.

Il senato

Esso era il consiglio degli anziani (patres), i quali venivano eletti dai **censori** la carica di senatore era vitalizia. Il senato era l'organo principale e permanente della politica romana, esso aveva diverse funzioni (le prime due riservate ai membri patrizi del senato), le più importanti erano: l'**interregnum** risalente all'epoca della monarchia, ma divenne un elemento importante per garantire la successione dei consoli, l'**auctoritas patrum** il quale era un'autorizzazione del senato ed era necessaria a svolgere le attività comiziali, esso era per i senatori patrizi senza dubbio un importante strumento di controllo sulla politica romana, esso in precedenza era post suffragium ma nel **339** con una delle **leges Publiliae Philonis** divenne ante suffragium, l'attività consultiva cioè i **senatoconsulta** ed infine esso poteva essere uno strumento di lotta pubblica grazie ai **senatoconsultum ultimum**.

I **Senatoconsulta** in età repubblicana non erano idonei a creare **ius civile**, questi avevano infatti **funzione normativa** e non legislativa, nel principato il loro ruolo venne stravolto in quanto divennero idonei nel produrre norme di **ius civile** e ottennero inoltre la **funzione legislativa**, tramite i **senatoconsulta** il senato sollecitava i magistrati a presentare rogazioni e sollecitava i magistrati giudicanti ad adeguarsi a principi fissati in **senatoconsultum** il quale vincolava solo i magistrati ed era efficace solo sul piano del **ius honorarium**.

XII Tavole

Erano una raccolta di 12 tavole scritte, di enorme importanza in quanto rappresentavano per Roma la prima raccolta di **leggi scritte, accessibili a tutti**, esse sono fonte di “**tutto il diritto pubblico e privato**”. Nel 451 a.C. dieci patrizi furono incaricati di scrivere le leggi e furono pertanto dotati di pieni poteri civili e militari, l'elezione di questi magistrati straordinari, i **decemviri legibus scribundis**, portò alla sospensione di tutte le altre magistrature e della provocatio ad populum. Nel primo anno del decemvirato vennero scritte le prime 10 tavole mentre nel secondo le altre 2. Livio ci racconta che il decemvirato degenererà. Conosciamo le XII tavole solo indirettamente grazie a frammenti riportati da autori di epoche successive, Cicerone ad esempio ci dice espressamente che le tavole iniziavano con la norma “**si in ius vocat, ito**” si ipotizza dunque che il primo gruppo di norme riguardi il processo. Dalla loro presentazione al popolo nel **449 a.C.** le XII tavole non furono **mai abrogate** anche quando ormai venivano considerate obsolete, infine si può affermare che le XII tavole, nonostante mantenessero in gran parte le norme tradizionali rispecchianti i **mores**, contenessero anche delle innovazioni molto probabilmente di influenza greca (come, ad esempio, il concetto di poena).

I comitia

Erano divisi in 3 gruppi, i **comitia curiata** i quali votavano divisi in curie. Le curie erano raggruppate in gruppi di 10, ognuno dei quali costituiva 1/3 di tutta la comunità questi avevano diverse funzioni, sacrali, lex de imperio e leges regiae. Troviamo poi i **comitia calata** i quali venivano convocati per mezzo di un calator, ad opera dei pontefici per compiere determinati atti: i testamentum calatiis comitiis, detestatio sacrorum, adrogatio. Vi erano inoltre i **comitia centuriata** questi votavano divisi in centurie ed avevano diverse funzioni cioè l'elezione dei magistrati maggiori, la votazione delle leges publicae ed i giudizi sulla pena capitale (provocatio ad populum). Ad ogni centuria veniva attribuito un voto. Questo comporta la possibilità che prevalga la volontà di una minoranza delle persone votanti (che però gestisca la maggioranza delle centurie e, quindi, dei voti).

La **lex comiziale** era strutturata dalla: **praescripto, rogatio** e **sanctio**. La **praescriptio** documenta le singole tappe del procedimento di formazione della lex, la praescriptio contiene: l'indicazione del magistrato/tribuno proponente, l'indicazione dell'assemblea che ha votato, l'indicazione del luogo e della data della votazione, contiene anche i dati della prima centuria votante/ della tribù il cui voto è stato proclamato per primo e l'indicazione del cittadino votante. La **rogatio** che era la proposta di legge avanzata dal magistrato o dal tribuno, essa non poteva essere modificata ed inoltre il popolo in assemblea poteva approvare o respingere la proposta. La **sanctio** è l'insieme di clausole più o meno tipizzate volte ad assicurare l'osservanza della lex e per regolare i rapporti fra la lex e l'ordinamento. Esistono inoltre una serie di clausole che tende ad assicurare l'osservanza della lex, troviamo il **caput** il quale può imporre un giuramento a magistrati/senatori di applicare la lex senza che l'esecuzione venga ostacolata, può comminare una multa per il magistrato che ometta con dolo di applicare la lex, e infine può vietare l'abrogazione/deroga della lex o la proposizione in senato di discussione su provvedimenti siffatti. Famosa è la **caput tralaticium de impunitate**, che tende a regolare il rapporto lex – ordinamento, la **caput tralaticium de impunitat** dichiara che non è responsabile chi trasgredisce una legge precedente per ottemperare alla nuova a cui è apposto tale caput (probabilmente ribadendo il principio costituzionale contenuto nelle XII tab. per cui la legge posteriore deroga la precedente: ut quodcumque postremum populus iussisset, id ius ratumque esset); **2) Caput** che esclude la validità della legge per quelle disposizioni per le quali secondo il ius o il fas, non era possibile presentare una rogatio; le **leges rogatae** vennero divise in: **lex perfecta** che dichiara nullo l'atto compiuto in violazione della lex, la **lex minus quam perfecta** che vieta l'atto, non dispone la nullità inoltre dispone una pena pecuniaria per il violatore, infine la **lex imperfecta** la quale vieta l'atto: non dispone la nullità; non prevede la pena per il violatore. Esistono diversi tipi di leges: **leges rogatae**: rogatio del magistrato ed approvazione assemblea, **leges dictae**: deliberate ed emanate senza l'intervento delle assemblee dal magistrato competente a dicere legem; **leges datae**: leges imposte ad una istituzione dall'esterno (es. lex provinciae, statuto

municipale). Una certa importanza era data anche ai **concilia plebis** i quali avevano la funzione di eleggere i magistrati plebei e la votazione dei plebiscita.

I **comitia tributa** invece avevano la funzione di elezione dei magistrati minori e della votazione delle *leges*.

Crisi agricola della metà del II secolo

Dopo secoli di discreta stabilità il sistema agricolo entrò in crisi per diversi motivi, ad esempio, la tendenza dei ricchi ad appropriarsi dell'*ager publicus* dando lavoro agli schiavi, i territori assegnati in proprietà ai veterani erano di piccola dimensione ed erano insufficienti al mantenimento di una famiglia, non erano inoltre assegnati agli agricoltori anche quella parte dei territori confiscati ai vinti. Dopo il 140 a.C. l'edilizia pubblica si arenò e ci furono inoltre diverse rivolte di schiavi, ad esempio in Sicilia. In questo periodo è di spicco la figura di **Tiberio Gracco** che fu un tribuno della plebe nel 133-132 a.C. egli ideò una riforma al nome di **Lex Sempronia agraria** la quale imponeva alle occupazioni di *ager publicus* un limite massimo di 500 iugeri per ogni *paterfamilias* e 250 per ogni figlio maschio, il territorio eccedente il limite doveva essere distribuito ai contadini poveri in lotti di 30 iugeri, le terre distribuite e confiscate erano già valorizzate, fu istituita dunque una commissione di tre membri che provvedeva all'esecuzione dei provvedimenti della distribuzione delle terre. Tiberio Gracco fu ucciso tramite **evocatio**. Poco dopo nel 123-122 a.C. divenne tribuno della plebe il fratello di Tiberio, **Caio Gracco**, il quale propose una serie di riforme, la **lex agraria** per sottrarre alle appropriazioni indiscriminate dei capitalisti, terreni italici fertilissimi come l'*ager campanus*. La **lex frumentaria** che disponeva l'assegnazione ad un prezzo politico inferiore a quello di mercato di 5 modii di grano al mese ad ogni proletario. E infine la **Lex de capite civis romani** la quale rafforzò la garanzia della *provocatio ad populum*, concessione dello *ius latinum* ai soci italici e della cittadinanza ai Latini, e il ceto equestre (*equites*) veniva investito dell'appalto per la riscossione delle tasse in Asia. Caio Gracco fu ucciso con un **Senatus consultum ultimum**. Dopo la morte di Caio Gracco il potere tornò nelle mani dei senatori, a loro si opponevano i *populares*, cioè tutti coloro che non facevano parte dell'aristocrazia.

Qualche anno dopo la morte di Caio Gracco, si affermò la figura di **Gaio Mario** intorno al 107 a.C. anno in cui assume il comando della guerra contro Giurcurta che vinse nel 105 a.C., nello stesso anno attuò una riforma dell'esercito con arruolamento dei *capite censi* retribuiti. Nello stesso periodo Apuleio Saturnino e Servio Glaucia proposero una serie di riforme, tra le quali ricordiamo. **lex frumentaria** che abbassava il prezzo del grano, **lex agraria** che distribuiva ai veterani l'*ager Gallicus* conquistato da Mario e infine la **lex de coloniis in Africam deducendis** per distribuire 100 iugeri a testa tra i veterani in Numidia. Da citare è la figura di **Marco Livio Druso** che fu tribuno nel 91 a.C. egli propose diverse riforme, tra le quali ricordiamo ad esempio la *lex nummaria* che prevedeva la coniazione di monete d'argento contenenti rame ed inoltre la *lex agraria* con la quale stabilì distribuzioni di terre in Campania, in Etruria ecc. Dal 90 all'88 a.C. ci furono una serie di rivolte da parte degli italici, la situazione venne risolta con tre leggi, 90 a.C.: **Lex Iulia de civitate Latinis et sociis danda**: concessione della cittadinanza romana ai soci fedeli o che depongono le armi, 89 a.C. **Lex Plautia Papiria de civitate sociis danda**: concessione della cittadinanza romana a tutti gli italici che ne facevano richiesta; 89 a.C. **Lex Pompeia (Strabonis) de Transpadanis**: concessione dello *ius Latii* agli abitanti della Gallia Cisalpina.

Crisi della repubblica

Uomo chiave della crisi repubblicana è senza dubbio **Lucio Cornelio Silla** egli iniziò una guerra civile contro **Mario** e ottenne il potere nell'82 a.C. anno in cui divenne **dittatore** questa funzione fu decisamente anomala, per diverse motivazioni ad esempio la durata del mandato fu superiore ai sei mesi, esercitò funzioni costituenti anomale per un dittatore. **Silla** attuò numerose riforme, tra le quali ricordiamo la **Lex Cornelia de tribunicia potestate** (la quale limitò drasticamente il potere dei tribuni), il raddoppio dei membri del senato, **abolizione** delle *fumentationes*, introdusse inoltre le **proscrizioni** che erano liste di nomi affissi, dei nemici della repubblica, o meglio nemici di Silla, appartenenti al partito popolare. Nel 60 a.C. tre esponenti di spicco della politica romana formeranno un accordo privato che passerà alla storia come il **primo triumvirato** formato da

Pompeo, Cesare e Crasso. Nel 55 a.C. Crasso e Pompeo salgono al consolato, ma nel 53 a.C. Crasso viene sconfitto e ucciso a Carre, nel 52 a.C. Pompeo viene eletto **consul sine conlega**. Cesare nel 49 a.C. passa il Rubicone senza deporre l'imperium scatenando perciò una guerra civile, nello stesso anno Pompeo viene ucciso in Egitto e Cesare diventerà dittatore e tre anni più tardi anche console sine conlega, nel 44 a.C. verrà eletto dittatore a vita e nello stesso anno agli idi di marzo verrà assassinato. Dopo la morte di Cesare divenne console il giovane **Ottaviano** e poco dopo verrà formato il secondo triumvirato (il quale con la **lex titia** di Ottaviano diede poteri straordinari ai triumviri) formato da Ottaviano (Occidente), Lepido (Africa), Marco Antonio (oriente), nel **31 a.C.** ci fu l'importante **battaglia di Azio**, Antonio si rifugerà in Egitto e si ucciderà un anno dopo. In seguito alla morte di Marco Antonio il senato conferisce il titolo di **imperator** a Ottaviano, con questa carica Ottaviano ottenne numerosi poteri come ad esempio: il potere di giudicare sugli appelli proposti contro atti di magistrati, il calculus Minervae cioè il potere di integrare con un suo atto di grazia il voto mancante per la assoluzione di un reo, egli venne anche nominato Augustus che lo proiettò in una dimensione sacrale e religiosa, ottenne inoltre l'**imperium proconsulare maius et infinitum** e la **tribunacia potestas**. Augusto pertanto non aveva bisogno di altri poteri, rifiuterà la dittatura e assumerà solo in casi eccezionali il consolato, nel 2 a.C. accetterà il titolo di **pater patriae**, Augusto istituì inoltre due nuovi funzionari (**praefecti** e **curatores**) nominati dall'imperatore, svolgevano dei compiti simili a quelli che spettavano agli edili e ai censori creò inoltre la carica di praefectus annonae che si occupava delle distribuzioni frumentarie, e quella del praefectus urbi che aveva funzioni di polizia. Il problema della **successione** è stato definito il **punto debole del principato**, in un primo momento si pensò ad una successione dinastica, la successione avveniva per via adottiva cioè il princeps adottava l'uomo che più immaginava all'altezza di essere il suo successore.

Costituzioni imperiali

Erano le attività normative del princeps e si dividono in **Edicta** e **Mandata**. Gli edicta erano la forma usuale per tutte le comunicazioni dirette al pubblico, potevano essere di contenuto vario (tendenzialmente più di ambito pubblicistico che privatistico) il fondamento era lo **ius edicendi**, essi potevano essere emanati dai magistrati o dal princeps, nel primo caso essi hanno efficacia solo sulla provincia di competenza del pretore e solo per l'anno in carica del pretore e costituiscono un'**autoregolamentazione** dell'attività del pretore stesso. Nel caso di Edicta emanati dal princeps, regolano direttamente l'attività dei soggetti dell'ordinamento, hanno validità territoriale potenzialmente illimitata ed hanno efficacia fino a quando un imperatore non abroghi espressamente l'editto precedente

Vi era poi il **mandatum** cioè un'istruzione di servizio data dall'imperatore ai propri funzionari ed ai governatori delle province senatorie e il fondamento era l'imperium proconsulare. I mandata non erano ritenuti immediatamente vincolanti per i soggetti dell'ordinamento, ma solo nei confronti di coloro ai quali erano indirizzati, i privati potevano farvi richiamo nei rapporti con i funzionari cui erano destinati, all'origine erano istituzioni personalizzate, poi col tempo si formarono corpora mandatorum di istruzioni stereotipe, articolati in relazione alle singole cariche, i mandata deriverebbero la propria forza vincolante dall'imperium del princeps.

Costituzioni a carattere particolari sono invece i **decreta** (decisioni giudiziarie o sentenze), le **epistulae** (comunicazioni scritte dal princeps in risposta ad un'altra epistula inviata da un funzionario o da un magistrato), i **rescripta** (risposte dell'imperatore alle richieste dei privati).

I **decreta** sono sentenze emanate dall'imperatore nell'esercizio della sua giurisdizione, a seguito di un dibattimento orale dinanzi al tribunale imperiale, hanno carattere vincolante per le parti e sono sottratti a qualsiasi impugnazione, potevano essere pronunciati in appello o in primo grado (eccezionalmente), inoltre potevano essere pronunciati in forma solenne, con procedimento sommario e col tempo vennero considerati precedenti vincolanti anche al di fuori dei processi nei quali erano pronunciati.

Le **epistulae** sono comunicazioni scritte del princeps in risposta ad un'altra epistola inviata da un funzionario o da un magistrato per ricevere istruzioni o per una questione di diritto controversa

decisiva per risolvere una causa pendente, la soluzione fornita all'imperatore (recapitata personalmente al destinatario) era valida, la risposta era affidata all'ufficio ab epistulis.

I **rescripta** erano risposte dell'imperatore alle richieste dei privati per risolvere una questione di diritto controversa, le risposte erano scritte in calce all'istanza e poi affisse in luogo pubblico nella località in cui si trovava l'imperatore, erano pareri vincolanti per i giudici del processo, la risposta era affidata all'ufficio a libellis.

Gli **Iudicia populi** avevano carattere inquisitorio, il magistrato cita l'accusato a comparire ad una certa data dinanzi ad un'assemblea informale del popolo specificando il capo di imputazione e pena proposta, l'imputato fornisce garanti per evitare la detenzione preventiva, il magistrato formula poi l'accusa e propone la condanna al popolo, dunque parliamo di **sentenza del popolo**.

Quaestiones perpetuae

Le **Quaestiones perpetuae** avevano invece carattere accusatorio attivabile da qualsiasi cittadino, venivano composti da consoli e pretori e da un collegio di giurati, la **postulatio** era richiesta dal magistrato dalla legittimazione ad accusare, vi era la **nominis delatio** consisteva in una presentazione formale dell'accusa e giuramento di non promuovere l'accusa solo per recare danno all'accusato, in seguito veniva **costituita una giuria**, seguiva un **dibattito** cioè un'orazione da parte dell'accusatore ed una da parte dell'avvocato, seguiva l'intervento dei testimoni e per concludere la sentenza veniva emanata dalla giuria. Sulle **quaestiones perpetuae** vennero prodotte diverse leggi con il progredire del tempo. (149 a.C. lex Calpurnia: tribunale stabile per casi di concussione, presidenza al praetor peregrinus; giuria di senatori, 123-122 a.C. lex Acilia repetundarum: in duplum; presidenza al praetor de repetundis; giuria di cavalieri, 106-104-91 a.C.: giurie a senatori, poi cavalieri, poi senatori e cavalieri; 81 a.C. lex Cornelia iudiciaria: giurie di senatori; 70 a.C. lex Aurelia iudiciaria: giurie 1/3 senatori, 1/3 cavalieri, 1/3 tribuni aeri; 44 a.C. lex Iulia: giurie a senatori e cavalieri.). Le quaestiones perpetuae avevano però anche molteplici **difetti**, infatti l'albo delle corti era troppo ampio per consentire una selezione rigorosa dei giudici, la composizione delle giurie precludeva il controllo dell'imperatore, se una stessa persona aveva commesso più reati o più persone avevano commesso lo stesso reato, si facevano tanti procedimenti quanti erano i reati e le persone coinvolte, le pene inoltre non erano graduate in base alla gravità del fatto ma erano tassativamente fissate dalle leggi istitutive, alcuni fatti inoltre non erano previsti come reati anche se erano da considerare illeciti. Per quanto riguarda la **votazione** dobbiamo citare la **Lex Cornelia iudiciaria 81 a.C.** per la quale l'accusato sceglieva il voto con tabellae a scrutinio segreto; palam oralmente in un ordine stabilito dalla sorte. **Lex Aurelia 70 a.C.** questa legge ridusse le tabellae a unico sistema di voto. La costituzione del collegio giudicante prevedeva l'inserimento del nome dei giudici in un'urna (900 nomi) e per ogni processo il presidente della quaestio estraeva a sorte un numero di giudici. **Concilium**: insieme dei soggetti da giudicare, **consilium**: insieme dei giurati. **Cognitio extra ordinem**: sorge e si sviluppa al di fuori del sistema processuale delle antiche corti, l'intera causa è perciò affidata all'imperatore e ad un suo delegato, la cognitio imperiale è informata al **principio inquisitorio**: i funzionari del principe assumono l'iniziativa e poteva anche esserci una denuncia di un privato. Si costituiscono due tribunali straordinari, il primo dall'imperatore assistito da un consilium con funzione consultiva, il secondo dal senato sotto la guida dei consoli.

La **giurisdizione** si esercita: 1) nei tribunali nei due Fori, a cui si aggiunse un nuovo Foro; 2) fuori Roma; 3) in luoghi pubblici (Pantheon, portico di Livia); 4) nel palazzo imperiale (in cubiculo: nel segreto delle stanze imperiali);

Nel 30 a.C. viene riconosciuto ad Augusto il potere di giudicare su richiesta e avocare a sé le controversie penali qualora era richiesto, l'imperatore può perciò giudicare congiuntamente più reati che rientrano nella competenza di corti diverse, l'imperatore giudicava reati come: lesa maestà, abusi di funzionari, violazioni di disciplina militari, gravi delitti comuni e poteva giudicare per avocazione, delegazione e in grado d'appello, in quest'ultimo caso l'imperatore poteva cassare la sentenza, mutarne il contenuto, respingere l'appello e dunque la sentenza diveniva definitiva.

Per quanto riguarda la giurisdizione del senato il processo iniziava con postulatio e delatio, presentata dall'accusatore ai consoli, il senato si riuniva nel giorno stabilito sotto la presidenza del

console e dell'imperatore, seguiva un dibattito e in seguito i senatori votano per *discessionem*, cioè per divisione nell'aula, la decisione finale veniva espressa tramite *senatoconsulto* che veniva depositato presso l'erario. Nelle varie province c'era però una giurisdizione diversa, le **province senatorie** erano governate da ex magistrati nominati dal senato; invece, le **province imperiali** dipendevano dall'imperatore che nominava i legati augusti pro praetore.

Dobbiamo affrontare un discorso differente per quanto riguarda la **Cognitio extra ordinem in materia criminale**, innanzitutto possiamo avere diversi giudici di prima istanza, il governatore della provincia coadiuvato da un *officium* e da un consigliere esperto di diritto l'*adsector*, per cause di minor rilievo invece i magistrati o funzionari e invece a partire dal VI sec. Il *defensor civitatis*, invece in caso di sospetta imparzialità del governatore interveniva il tribunale del prefetto del pretorio. All'evenienza poteva esserci un **appello** 1) contro le sentenze emanate da magistrati e funzionari delle città della provincia era competente il governatore; 2) contro le sentenze del governatore si faceva appello al prefetto del pretorio o al vicario a seconda che fosse più vicina la sede della prefettura o del vicariato; 3) contro le sentenze dei proconsules e dei vicarii l'appello era rivolto all'imperatore.

Attività dei Giuristi

All'epoca romana vi erano tre modi principali di manifestazione dell'operare dei giuristi, **Respondere**: soluzioni giuridiche riguardanti ogni genere di questioni negoziali o processuali per privati, magistrati, giudici; **Cavere**: cura di un interesse mediante atti (elaborazione di schemi di testamenti, *mancipationes*, *stipulationes*); **Agere**: composizione di schemi processuali elaborati su richiesta di magistrati o privati. Fino alla **fine del IV secolo a.C.** i giuristi erano pontifices che definivano le regole e avevano una conoscenza rituale giuridica (Gneo Flavio avrebbe pubblicato il calendario pontificale e un libro di azioni civili composto da Appio Claudio; Tiberio Coruncanio avrebbe introdotto l'uso di dare responsi in pubblico), vero la **fine del III secolo a.C.** avviene la **laicizzazione della giurisprudenza** e la divulgazione pubblica di consigli su: modi di agire in giudizio, forme rituali per contratti e *interpretatio morum et legum*. Agli **inizi del II secolo a.C.** viene avviata la redazione delle **prime opere giuridiche** letterarie per rendere la conoscenza del diritto accessibile e trasmissibile.

La vera svolta si ebbe con una generazione di prodigiosi giuristi identificati come veri e propri fondatori del *ius civile* **Manio Manilio** (console nel 149 a.C. III libri *iuris civilis*) **Giunio Bruto** (pretore nel 140 a.C. VII libri *iuris civilis*) **Publio Mucio Scevola** (console nel 133 a.C. X libri *iuris civilis*). **Quinto Mucio Scaevola** inoltre raggruppa tutta la materia del diritto civile romano nei 18 libri del *iuris civilis*. Nella **giurisprudenza classica** abbiamo una progressiva involuzione dell'agere (a causa della *cognitio extra ordinem*) e del cavere (per la standardizzazione dei formulari negoziali), fino a Vespasiano alcuni giuristi ricoprono magistrature e altri si dedicano solo agli studi. **Le scuole di diritto** più diffuse all'epoca erano due: i **Proculiani** (da Proculo e Cocceia Nerva, seguaci di Labeone) e **Sabiniani** (da Masurio Sabino e Cassio Longino, seguaci di Capitone). Secondo alcuni i Sabiniani prestano maggiore attenzione allo *ius gentium*, i Proculiani allo *ius civile*, per altri i Sabiniani seguono il metodo analogico, e si occupano maggiormente della costanza delle regole; i Proculiani invece sarebbero anomalisti, trattando le peculiarità dei singoli casi concreti, in realtà lo stesso collegamento dei singoli giuristi all'interno delle scuole sembra spesso quasi occasionale, la distinzione potrebbe essere puramente di natura politica, con Labeone e i suoi seguaci (Proculiani) considerati oppositori di Augusto, mentre i Sabiniani sarebbero filoaugustei. Tra le fila Sabiniane dobbiamo ricordare le figure di **Gaio** e **Salvio Giuliano**, il primo non ebbe il **ius respondendi** (autorizzazione introdotta da Augusto per emanare responsi), né cariche pubbliche. Fu insegnante di diritto. Non è mai citato dai suoi contemporanei. Autore delle *Institutiones* (in quattro libri, unica opera classica a noi pervenuta); di un *Commento* all'editto provinciale e un *Commento* alle XII tavole. Il secondo **Salvius Julianus** nato ad Hadrumetum (Africa), ma di famiglia italica, svolse la carriera senatoria sotto gli Antonini (fino al consolato), governatore della Germania inferior, di Spagna e Africa. Autore dei **Digesta** in 90 libri, e della codificazione dell'editto. Dopo di lui scompare l'antagonismo tra le due scuole di diritto (ormai con

Adriano i giuristi si identificano con l'apparato imperiale). Altri giuristi da ricordare sono **Papiniano, Paolo e Ulpiano**

Nel 426 d.C. venne emessa una costituzione da Valentiniano III per ridurre il numero di testi giurisprudenziali che si potevano produrre in tribunale, solo le opere di Paolo, Papiniano, Ulpiano, Gaio e Modestino possono essere utilizzate in giudizio, in caso di contrasto tra le opinioni, prevale la maggioranza, se vi è parità, prevale il responso di Papiniano; se questi non si è espresso, decide il giudice liberamente, successivamente Teodosio II stabilì che le opinioni di altri giureconsulti potevano essere usate solo se citate dai 5 giuristi.

L'impero assoluto

Una fase ulteriore della storia politica-costituzionale, e di conseguenza anche giuridica di Roma antica, si fa iniziare con l'avvento di **Diocleziano**, un militare illirico che esce vittorioso dall'ennesimo momento di crisi istituzionale e militare che fa seguito alla forte recessione economica della metà del III secolo. La descrizione del sistema costituzionale si può incentrare sulla persona di Diocleziano e le sue **riforme**. La prima mossa del nuovo imperatore fu di associare nell'esercizio del potere un altro valente soldato cioè **Massimiano** che inizialmente fu nominato Cesare ma in seguito **Augusto**, dunque, formalmente ciò rendeva un collega di Diocleziano a tutti gli effetti, in quanto portava lo stesso titolo, ma Diocleziano mantenne sempre una superiorità gerarchica, in un secondo momento Diocleziano divise maggiormente il potere istituendo una **Tetrarchia** cioè un governo a quattro, assegnò il titolo di **Cesare** a **Galerio** ed a **Costanzo Cloro**. Diocleziano governerà le province orientali insieme a Galerio, mentre Massimiano e Costanzo Cloro l'occidente, sotto la tetrarchia il governo restava formalmente indiviso nelle mani di Diocleziano, ma si ottenne un'amministrazione più vigile ed efficace, e anche una regolamentazione della successione con il matrimonio dei Cesari con le figlie dei due Augusti. Il nuovo governo apportò subito una nuova **riforma amministrativa**, la quale prevedeva che le province venissero ora riunite in diocesi rette da un vicario, ogni vicario era sottoposto al **prefetto del pretorio** che era il responsabile dell'amministrazione, la riforma diocleziana prevede una **separazione tra poteri civili e militari**, infatti le truppe stanziate nella diocesi erano sotto comando di un **comes rei militaris**, che dipendeva direttamente dal **magister militum** centrale che dipendeva a sua volta ai **duces**.

Diocleziano applicò anche diverse riforme in ambito fiscale, infatti introdusse un vasto sistema di tassazione basato sul potenziale del tributario dei singoli individui (**capita**) e sui terreni da ciascuno posseduti (**iuga**), e lo collegò a un nuovo censimento della popolazione dell'impero e della sua ricchezza da tenere regolarmente ogni quinquennio, della politica economica di Diocleziano, occorre considerare anche le riforme monetarie, che provarono a reagire a un importante **fenomeno inflattivo**, per contrastarne gli effetti, l'imperatore emise nel 301 d.C. l'**edictum de pretiis**, che era sostanzialmente un calmiera per la determinazione dei prezzi massimi delle merci e delle prestazioni, le conseguenze di questo editto furono sicuramente una diminuzione delle merci sul mercato, vendita di merci sotto banco a prezzi superiori rispetto a quello fissato dal calmiera e quindi un ulteriore aumento dei prezzi.

Diocleziano è anche tristemente ricordato soprattutto nella religione cristiana per la **politica religiosa** e più precisamente per le **persecuzioni dei cristiani nel 303** l'**editto di Nicomedia** sancì la chiusura delle chiese e la distruzione dei testi sacri, inoltre divenne un crimine gravissimo la semplice professione della fede. Nel **305** Diocleziano e Massimiano abdicano e con loro viene abolito il sistema tetrarchico, nel 312 Costantino sconfigge Massenzio, e nel **313** ricordiamo l'**editto di Milano** che accoglie il Cristianesimo come religione lecita. **Costantino** fu imperatore dal 306 al 337, egli introdusse una concezione assolutistica del potere imperiale, una monarchia di tipo dinastico, spostò la capitale a Bisanzio e la chiamò a suo nome **Costantinopoli**, introduce il "**cesaropapismo**" ovvero la chiesa riconosce all'imperatore la qualità di intermediario fra divinità e sudditi, Costantino preferisce statuire attraverso edicta o leges generales. Dopo la morte di Costantino la successione è caratterizzata da una divisione dell'impero tra i suoi tre figli, l'ultimo figlio riuscirà a ricomporre il potere imperiale e gli succede l'imperatore **Giuliano**, il quale cercò di

ristabilire il **culto pagano** come religione. Dopo Giuliano si succedettero Valentiniano, Valente e Graziano. Nel **392** l'imperatore sarà **Teodosio**, il quale ufficializza il Cristianesimo come religione dello Stato, inoltre impose nuove tasse e moltiplicò le cariche di palazzo, è ricordato anche perché è l'ultimo imperatore unico, poiché affidò l'Oriente al figlio Arcadio e l'Occidente all'altro figlio Onorio.

Dopo il regno di Diocleziano tra le costituzioni imperiali a carattere generale (**leges generales**) più utilizzate dagli imperatori furono gli edicta e le *pragmaticae sanctiones*. Gli **edicta** erano provvedimenti dell'imperatore ad efficacia generale, si applicavano anche nella *pars imperii* diversa da quella in cui erano stati emanati. Le **Pragmaticae sanctiones** invece erano una via di mezzo tra i rescritti e le *leges generales*, dirette a risolvere casi per lo più relativi alla materia amministrativa. Venivano emessi su iniziativa imperiale e su richiesta di privati e funzionari.

Dopo il regno di Diocleziano tra le costituzioni imperiali a carattere particolare (**leges speciales**) più utilizzate dagli imperatori furono i rescritti e le *adnotationes*. Costantino vietò che i rescritti potessero avere validità generale allorché contenevano principi contrari al diritto, affinché il rescritto fosse valido occorreva che le affermazioni del richiedente risultassero conformi a verità. Le **Adnotationes** si possono accostare ai rescritti, Consiste vano nella soluzione del caso concreto da parte dell'imperatore in sé per sé considerate, cioè prima di essere state rivestite della forma del rescritto.

I **Codici** invece sono raccolte private di *leges*, prevalentemente di rescritti i più importanti furono il **Codex Gregorianus** (compilato in Oriente, raccoglieva le costituzioni emanate dall'età dei Severi fino al 291-292 d.C.) e il **Codex Hermogenianus** (compilato in Oriente, comprendeva la legislazione diocleziana degli anni 293-294 d.C.). Un codice fondamentale per il diritto romano è il **Codice Teodosiano**, Teodosio II voleva pubblicare due codici, il primo destinato alla scienza, doveva contenere tutte le costituzioni a carattere generale da Costantino in poi, comprese quelle non più in vigore, il secondo codice, destinato alla prassi, doveva contenere le sole costituzioni in vigore, integrate da iura, il progetto fallì. Fu realizzato un codice, destinato a scienza e prassi, contenente anche le costituzioni ormai abrogate, e senza l'integrazione di iura.

Il Codice Teodosiano è composto da 16 libri, divisi in titoli, ciascuno con la sua rubrica, entrò in vigore il 1° gennaio 439 in tutto il territorio imperiale, il codice è una raccolta di sole **constitutiones principum**, suddivise in titoli e ordinate cronologicamente, aventi il carattere della generalità. A differenza dei due Codici precedenti fu una raccolta ufficiale.

Leggi romano-barbariche

Altro fenomeno della massima importanza che si verifica in questa fase è l'incontro e la progressiva fusione degli ordinamenti barbarici a matrice consuetudinaria con il diritto romano: ciò avviene con il decadere del potere dell'imperatore d'occidente e, tanto più, con la caduta dell'**impero occidentale**, con l'ultimo titolare, **Romolo Augustolo**, nel **476 d.C.**

Che effetto ha avuto il crollo dell'impero e l'occupazione germanica sul diritto romano? La premessa è che generalmente per le prime generazioni dopo la fine dell'ordinamento costituzionale occidentale, i popoli barbarici tendono a conservare il proprio diritto tradizionale non scritto, mentre lasciano ai romani l'uso delle loro risalenti regole consolidate nelle compilazioni tardoantiche, in primo luogo nel codice teodosiano. In un secondo momento verranno prodotte compilazioni ufficiali promulgate intorno al V-VI secolo dai sovrani Germanici, queste compilazioni spesso non hanno carattere innovativo e recepiscono inoltre frammenti di opere legislative e giurisprudenziali già diffuse in Occidente, tra le vari compilazioni ricordiamo la **Lex Romana Visigothorum** promossa da Alarico II nel 506, è denominata *lex* perché il sovrano si considerava indipendente dall'imperatore romano orientale, le norme erano destinate ai soli sudditi romani del regno visigoto, la *lex* inoltre riporta fedelmente l'indicazione delle fonti utilizzate (Teodosiano, Gregoriano, Ermogeniano, *Epitome Gai*, *Pauli Sententiae*). Nello stesso periodo Gundobado, re dei Burgundi, fece stilare agli inizi del VI secolo la **Lex Romana Burgundionum**, che riprende le stesse fonti della legge parallela visigotica, ma parafrasandole invece che restituendole nella tradizione originale, è

denominata *lex* perché il sovrano si considerava indipendente dall'imperatore romano orientale, le norme erano applicabili solo ai sudditi romani del regno burgundo.

Ricordiamo infine l'**Edictum Theodorici** voluto dal re Ostrogoto che ottenne il potere in Italia, in questo caso le disposizioni valevano sia per gli Ostrogoti che per i Romani, la produzione era un editto, e non *lex*, perché egli si considerava formalmente amministratore dell'Italia in nome dell'imperatore d'Oriente, Zenone.

Impero di Giustiniano

Giustiniano nato in Macedonia nel 482, di stirpe romano-illirica e di umili origini, salì al trono di Costantinopoli nel 527 d.C., prima come collega dello zio **Giustino I** da cui era stato adottato, poi solo, regnando fino al 565 d.C., anno della sua morte. Giustiniano voleva restituire all'impero i suoi antichi confini e allo stesso tempo preparare una legislazione conforme alle legislazioni del tempo, ma così aderente alla tradizione romana da presentarsi all'esterno come il coronamento dell'opera della giurisprudenza classica. E proprio grazie alle idee di **Giustiniano** prese forma il **Corpus Iuris civilis** che è sostanzialmente una raccolta di *leges imperiales*. Sotto l'impero di Giustiniano vennero prodotte le **Institutiones** cioè un manuale didattico, i **Digesta** che era una raccolta di iura, il **Codex repetitae praelectionis** che era una raccolta di *leges imperiales* e infine le **novellae**, una raccolta di *leges imperiales*. Il **Codex Iustinianus** raccoglie disposizioni imperiali vigenti nuove e già contenute nei precedenti codici, vieta, salvo eccezioni, utilizzo di disposizioni di legge non contenute nella raccolta, consente il richiamo a disposizioni normative contenute in opere giurisprudenziali purché non in contrasto con il Codex, consente l'eliminazione di cose simili, contraddizioni e la mutilazione del testo delle costituzioni, infine le costituzioni sono inserite in ordine cronologico con una *inscriptio* e la *subscriptio*. I **digesta** erano una raccolta di scritti di giuristi classici, consentono l'utilizzo delle sole opere dei giuristi più qualificati per credibilità, competenza e influenza, il materiale viene distribuito in 50 libri, divisi in titoli, muniti di rubrica, secondo l'ordine del Codice e dell'editto perpetuo, in ogni titolo sono contenuti i frammenti, ciascuno con una *inscriptio* che indica il nome del giurista, il numero del libro e il titolo dell'opera. La pubblicazione fu preceduta dalla costituzione bilingue del 16 dicembre 529. I **Digesta** sono un'opera vastissima compilata in un breve arco temporale, secondo Bluhme all'interno di ciascun titolo i frammenti non si susseguivano casualmente, le opere sarebbero state divise in tre gruppi o masse e affidate a diverse sottocommissioni (Massa sabiniana: con opere di *ius civile* Massa editale con opere di *ius honorarium* Massa papiniana basata su opere di casistica, Quaestiones, responsa Appendix o massa postpapiniana: con opere escerpate a lavori già iniziati). Secondo Hofman, Peters, nel V secolo sarebbero già esistite compilazioni private di iura ordinate per tema, infine Diódsi uno studioso ungherese ha parlato di fantasma del predigesto. Le **Institutiones** erano un manuale didattico, in quattro libri, ciascuno diviso in titoli e i titoli in paragrafi, si rifanno alle *Institutiones* di Gaio, hanno natura polivalente: contengono sia norme di diritto privato che un'appendice di diritto penale e come le altre opere del Corpus iuris hanno valore di legge. **Codex repetitae praelectionis** Il primo Codice rimane in vigore per circa 5 anni, nel mese di novembre dell'anno 529 Giustiniano ufficializza l'avvenuta compilazione del secondo Codice, il *Codex repetitae praelectionis* composto di 12 libri divisi in titoli, è un aggiornamento del primo Codice con l'aggiunta delle costituzioni emanate dopo la pubblicazione del primo Codice, al giorno d'oggi disponiamo della sola costituzione che enuncia il lavoro la **constitutio Cordi**, manca invece la legge delle citazioni presente nel primo Codice. Le **Novellae** invece provvedimenti 'nuovi' successivi a quelli contenuti nel Codex, in greco e latino emanati tra il 535 e il 565, pervenute tramite raccolte private, **Epitome Iuliani**: la più antica contiene il sunto latino di 124 costituzioni, **Authenticum**: raccolta venuta in di Irnerio, comprendeva 134 costituzioni fra il 535 e il 563, **Collezione greca**: comprendente 168 *novellae*.

I compilatori giustinianeî apportavano modificazioni ai testi chiamate **interpolazioni**. La **critica interpolazionistica** è una corrente scientifica che sa riportare i testi nella loro versione originale, nella letteratura più recente si sono ridimensionate le esagerazioni della critica interpolazionistica.

Da sottolineare è la **scuola dei glossatori**, cioè un indirizzo di studio che prende le mosse dalle glossae, ossia spiegazioni apposte alle singole parole, nella prima metà del XIII secolo fu pubblicata la **Magna Glossa** di Accursio tesa a porre ordine tra le glosse, è anche da citare il lavoro dei commentatori sostituirono al metodo analitico-esegetico di studio dei testi giustinianeî, la trattazione organica sotto forma di ampi commentari In questo modo si adeguò il diritto romano alle esigenze di una applicazione pratica.

IL DIRITTO DELLE PERSONE (CAPITOLO 3)

Dal punto di vista semantico, lo stesso vocabolo **persona** appare prevalentemente impiegato al pari di homo per indicare l'essere umano o l'individuo e solo a partire dalla dottrina ottocentesca il termine indicherà un soggetto di diritto con capacità giuridica. Essere una persona significa dunque avere titolarità di situazioni giuridiche, non tutti gli esseri umani nella Roma antica avevano questa titolarità, infatti i servi, i peregrini e i figli di famiglia erano privi di soggettività giuridica; dunque, la **capacità giuridica** non era un qualcosa di accessibile a tutti. I servi, i peregrini e i figli di famiglia potevano acquistare la soggettività giuridica erano "soggetti potenziali". Pertanto l'uomo romano poteva avere diversi **status**, lo **status libertatis** (essere uomo libero), **status familiae** (essere membro libero di una famiglia) e lo **status civitatis** (essere cittadino romano), se si faceva parte di un determinato gruppo si era **caput** di quel gruppo. Una persona nel corso della propria vita poteva subire dei cambiamenti di status giuridico, come ad esempio la **capitis deminutio maxima** la quale comportava la perdita della libertà (schiavitù), la **capitis deminutio media** la quale comportava la perdita della cittadinanza (si diveniva perciò peregrinus) e infine la **capitis deminutio minima** che consisteva nel mutamento del nucleo familiare ad esempio entrando a far parte di un'altra familia tramite adrogatio o adoptio.

La Schiavitù

A Roma si poteva nascere **Ingenui** e perciò liberi o si poteva diventare **liberi** o **libertini** cioè schiavi affrancati. Vi era poi la figura dello **schiavo**, lo schiavo è privo di capacità giuridica e non può essere titolare di diritti, è una **res Mancipi** e come tale ha una limitata capacità di agire. Lo status di servo poteva derivare da diverse situazioni, ad esempio si diveniva schiavi per effetto della **prigionia di guerra**, il soggetto poteva in seguito riacquistare il suo status con **postliminium**, infatti il prigioniero romano che fosse riuscito a rientrare nel territorio controllato da Roma, avrebbe recuperato immediatamente la propria situazione giuridica, con l'eccezione di due rapporti che si erano estinti per effetto della cattura cioè il **matrimonio** e il **possesso**. La seconda causa è la **nascita** da madre schiava. In età imperiale il condannato a morte o ai lavori forzati perdeva la libertà e tutti i suoi diritti divenendo **schiavo della pena**. Inoltre in base al sc. (senatoconsulto Claudiano) 52 d.C. il figlio procreato da una cittadina romana unita ad un servo altrui era servus. Si diveniva servus anche se si veniva venduti al di là del Tevere come conseguenza di insolvenza. La **condizione** del servus, non era certamente una condizione ottimale, infatti quest'ultimo era soggetto alla potestà del padrone, non poteva contrarre matrimonio, le unioni tra schiavi si identificavano semplicemente come contubernia, lo schiavo poteva compiere solo atti megoziali che procuravano un acquisto al dominus, era però dotato di un piccolo patrimonio (peculium) che poteva liberamente amministrare e accrescere. L'editto del pretore concesse delle azioni con le quali il dominus rispondeva degli obblighi assunti dal servus nell'ambito di attività commerciali compiute, configurando il regime dell **responsabilità adiecticia** (actiones adiecticiae qualitatis). In due casi di particolare rilievo, cioè esercizio delegato di un'attività commerciale terrestre e la gestione delegata del comando di una nave per il commercio marittimo, il pretore avrebbe concesso due azioni, l'actio institoria e l'actio exercitoria, con le quali il dominus veniva chiamato a rispondere degli obblighi negoziali assunti dallo schiavo nell'ambito dell'incarico ricevuto. nel caso in cui il servus dotato di dotato di peculium avesse concluso un negozio senza il consenso del padrone, il padrone doveva restituire per intero il profitto ottenuto e se non aveva ricevuto profitto era responsabile limitatamente al peculium, veniva così chiamata l' actio de peculio. Se il servus gestiva traffici commerciali aventi ad oggetto merci acquistate col proprio peculio, quando contraeva obbligazione il capitale e i guadagni venivano ripartiti tra i creditori e il dominus. I creditori insoddisfatti potevano agire contro il dominus mediante questa azione, chiamata actio tributaria. Quando il servus compiva un illecito avveniva la **noxae datio**, essa prevedeva che il dominus pagasse la domma di denaro a titolo di pena e che consegnasse lo schiavo alla vittima del reato.

Le Manomissioni

Come anticipato precedentemente a Roma liberi non solo si nasce ma anche si diventa, gli atti che consentivano la liberazione della schiavitù prendono il nome di **manomissioni**, che era dunque l'atto con cui il proprietario concedeva la libertà al proprio schiavo facendogli acquisire status libertatis cioè la libertà e lo status civitatis cioè la cittadinanza romana. Le manomissioni potevano avere forme solenni e quindi formali, che potevano essere a loro volta di diversi tipi, ad esempio per le formali vi era la manomissione **censu** per la quale il dominus richiedeva ai censori di iscrivere lo schiavo libero e cittadino nelle liste di censo, la **manomissione vindicta** un fiduciario del padrone dichiarava la condizione libera dello schiavo davanti al magistrato e questi, nel silenzio del padrone dichiarava la libertà dello schiavo toccandolo con una bacchetta, la **manomissione testamento** che prevedeva che il padrone nel suo testamento dichiarasse formalmente la libertà dello schiavo e infine la **manomissione fideicommissaria** che prevedeva che il testatore chiedeva all'erede di effettuare la manomissione. Vi erano poi come anticipato le **manomissioni informali**, esse erano manomissioni compiute senza il rispetto delle solennità richieste dalle manomissioni civili, con esse lo schiavo non acquistava la libertà ma versava in una situazione ambigua, ricordiamo la **manomissione in ecclesia** il dominus pronunciava una dichiarazione liberatoria informalmente davanti all'assemblea dei fedeli e in presenza di un'autorità ecclesiastica, **per epostulam** il dominus dichiarava la libertà dello schiavo tramite lettera, **Inter amicos** il dominus dichiarava la libertà dello schiavo davanti agli amici, **Per mensam**: il dominus dichiarava la libertà dello schiavo nel corso di un banchetto. Alla regolamentazione del fenomeno della manomissione vennero per presto prodotte in età augustea due leggi importanti, la prima è la **Lex Fufia Canina** del 2 a.C. la quale stabiliva una percentuale di schiavi che potevano essere manomessi per testamento e comunque non superiore a cento. La **Lex Aelia Sentia** del 4 d.C. regolamentò le manomissioni inter vivos, stabilendo l'età minima di vent'anni per il dominus che intendesse manomettere e che lo schiavo da manomettere per atto inter vivos non poteva avere meno di trent'anni, inoltre la legge stabiliva che se fosse stato liberato uno schiavo che si era reso responsabile di gravi colpe, costui non avrebbe acquistato la cittadinanza romana ma la condizione di peregrinus. Un'ulteriore legge, la **Lex Iunia Norbana** del 19 d.C. Stabilì che gli schiavi manomessi con le modalità pretorie avrebbero acquistato la libertà ma, per distinguerli dagli schiavi liberati non avrebbero avuto la piena cittadinanza romana. Con la manomissione si creerà un nuovo rapporto tra i protagonisti di essa, rapporto che prende il nome di **patronato**. L'ex proprietario assumerà la figura di **patrono** mentre l'ex servo diverrà **liberto**, la creazione di questo rapporto prevedeva obblighi reciproci tra le parti, anche se la reciprocità non risulta paritaria, essendo sicuramente prevalente la posizione del patrono, in ragione del dovere di gratitudine perenne posto in capo al liberto nei suoi confronti, pertanto il liberto sarà tenuto a manifestargli il proprio **obsequium**, entrambe le parti saranno obbligate a fornire la prestazione alimentare in favore dell'altra che versa in condizioni di indigenza, inoltre laddove il libertus è morto senza eredi legittimi, il patrono avrebbe avuto diritto all'eredità in mancanza di un testamento valido, in presenza invece di un testamento confezionato avrebbe avuto comunque diritto alla metà dell'asse ereditario.

Oltre ai liberini ci sono tre specie di persone, ovvero i **civis**, i **latinus** e i **peregrinus**.

Civis

Lo status optimus era quello di **civis romanus**, il civis è titolare del **ius commercii** e quindi può concludere negozi patrimoniali, il civis è anche titolare dello **ius conubii** cioè il diritto di contrarre nozze legittime, ha poi il **ius suffragii** cioè il diritto di voto nelle assemblee e il **ius honorum** cioè di candidarsi alle magistrature e ovviamente ha il diritto di provocare ad populum. La cittadinanza cioè il civis romanus poteva essere assunto in diversi modi cioè per diritto di nascita, con provvedimento di concessione e mediante la manomissione iusta ac legitima. Va ricordata a proposito della concessione della cittadinanza la **Constitutio Antoniana** del 212 d.C., questa costituzione imperiale emanata da **Caracalla** segnò una trasformazione epocale nella storia del mondo antico, cioè la concessione della cittadinanza romana a tutti gli abitanti dell'impero.

Reciprocamente, era possibile la perdita della cittadinanza romana il che dava luogo alla già citata **capitis deminutio media**. Ciò poteva accadere per cause involontarie (prigionia, condanna all'esilio) ma anche per situazioni volontarie come con l'esercizio del **ius migrandi** cioè il diritto di emigrare verso una diversa comunità o per trasferimento in colonia con il conseguente acquisto dello status di Latino in luogo di civis Romanus.

Latinità

Vi era poi la **latinità**, i latini in origine erano un gruppo etnico comprendente anche i romani, i latini avevano ius connubii con i romani e lo ius commercii. Prima della grande espansione romana vi era il Foedus Cassianum che era una **lega latina** alla quale roma era legata alle altre città della regione, nel 338 a.C. la lega latina viene sciolta e gli abitanti che ne facevano parte verranno chiamati poi **Latini veteres**. A questo primo nucleo di Latini si aggiunse la **Latinità artificiale** essa era formata dai **Latini coloniarii** che erano coloro che abitavano le nuove colonie fondate da Roma e avevano il ius commercii e il ius migrandi. Infine gli schiavi manomessi in forme non solenni acquistavano la libertà e diventavano latini, essi avevano il ius commercii solo per atti inter vivos, non avevano ius connubii, inoltre non potevano avere eredi e i loro beni andavano al patrono. Al di fuori dei confini della latinità si poneva l'universo dei peregrini, cioè gli stranieri, essi non erano cittadini e venivano divisi in diverse categorie, troviamo: i peregrini alicuius civitatis, nei rapporti interni usavano un diritto proprio, nei rapporti con i Romani il ius gentium, i peregrini dediticii che erano membri di comunità arresi ai Romani e infine i Dediticii Aeliani: servi liberati, che per aver commesso crimini durante la schiavitù, non acquisivano né la cittadinanza romana, né la latinità.

Status familiae

Lo status familiae è il terzo presupposto per il riconoscimento della capacità giuridica, esso fotografa la posizione di indipendenza dell'individuo rivestita dal singolo individuo rispetto ai vincoli potestativi di carattere familiare. La condizione dell'individuo titolare di status familiae viene infatti rappresentata dalla qualifica di **persona sui iuris**, tale qualifica riflette il senso di autonomia, di un'estraneità del soggetto dal potere degli altri (es. il pater familias che non abbia ascendenti maschi in vita), vi è poi la **persona alieni iuris** che è priva di status familiae ed è sottoposta al potere del pater familias. Il pater familias esercita la **patria potestas** sulla familia proprio iure, perciò sui figli nati da matrimonio legittimo, sui figli adottati o legittimati e sui discendenti, sulla moglie e sugli schiavi. Alla **patria potestas** sono connessi diversi poteri, ad esempio il **Ius vitae ac necis**: cioè il diritto di vita o di morte, il **ius exponendi** cioè la facoltà di esporre i figli neonati, il **ius noxae dandi**: cioè la facoltà di abbandonare il filius che avesse commesso un illecito al soggetto offeso. Infine il **ius vendendi** cioè la facoltà di alienare il filius ad un altro pater familias. La cessazione della patria potestas avveniva solo in alcuni casi quali: l'adoptio (Un filius familias (alieni iuris) passava da un nucleo familiare ad un altro, accordo del padre naturale che dava il proprio figlio, e del padre legale che lo riceveva, l'adozione si realizzava prima attraverso la emancipazione, fase estintiva della patria potestas tramite emancipatio; fase costitutiva attraverso in iure cessio Addictio dell'adottato all'adottante), **adrogatio** (Con la adrogatio si verificava una capitis deminutio minima di un pater familias, il soggetto sui iuris si sottoponeva alla patria potestas del suo arrogante, davanti ai comizi curiati, alla presenza dei pontefici. In epoca imperiale con rescriptum principis si verificava una successione a titolo universale dell'arrogante nei confronti dell'arrogato, l'arrogante doveva aver compiuto 60 anni e non avere figli), morte o capitis deminutio del pater familias, emancipazione o morte e capitis deminutio maxima o media del filius.

Capacità di agire e tutela

La capacità di agire si acquista quando c'è una maturità intellettuale, al raggiungimento della pubertà (per le donne si raggiunge a 12 anni e per gli uomini a 14 anni) essa può essere esclusa **per ragioni di età** per gli imberbes e i minori di 25 anni, per ragioni di sesso (donne) e per vizi nella

sfera mentale o nel comportamento (pazzi o prodigi). A questo proposito sono fondamentali le posizioni di **tutor** (impuberum e mulierum) per i soggetti sui iuris privi di capacità di agire e i **curator** (minorum, prodigi e furiosi). Esistono diversi tipi di **tutela** come anticipato, vi era la **tutela testamentaria** si tratta probabilmente della figura più antica di tutela, quella che meglio riflette la connotazione originariamente potestativa dell'istituto. Il pater familias degli impuberi, nel confezionare il proprio testamento, poteva prevedere la nomina di un tutore per il figlio, naturalmente nel caso in cui la morte fosse sopraggiunta quando il figlio era ancora impubere. Ricordiamo anche la **tutela legittima** in mancanza di un testamento provvedeva alla designazione di un nuovo tutore la legge delle XII tavole, la quale affidava la tutela degli impuberi al soggetto che chiamava alla successione legittima sul patrimonio dell'impubere (l'adgnatus proximus cioè parente in linea maschile più vicino era il tutore, in mancanza di adgnati era affidato ai gentiles), il quale sicuramente non avrebbe potuto avere come eredi i propri figli. Infine, ricordiamo la **tutela dativa** (introdotta dalla lex Atilia nel 186/185 a.C.) che rappresentò una svolta nella storia dell'istituto, nel caso in cui non vi fosse né un tutore testamentario né un tutore legittimo, il tutore veniva scelto da un magistrato (poi verrà designata una figura ad hoc cioè il **pretore tutelare**) per quanto riguarda la **tutela mulierum**, essa poteva essere testamentaria, legittima, fiduciaria e dativa. Vi erano alcuni individui che non potevano essere tutori, ad esempio gli schiavi, i peregrini, i latini Iuniani, gli impuberes, i milites e infine le donne (nel 390 fu consentito alle donne madre di essere tutori dei figli rimasti orfani di padre nei casi di mancanza di un tutor legitimus e testamentarius tutor). Il **tutore** aveva diversi **compiti** e **doveri**, L'infans fino a 7 anni è completamente sostituito dal tutor che ha il potere di rappresentanza del minor e agisce nel suo interesse a proprio nome. Si realizza una **rappresentanza indiretta** per cui gli effetti degli atti si producono nella sfera del tutor rappresentante che è obbligato a trasferire al pupillo cessata la tutela gli effetti utili, il fanciullo a partire dai 7 anni poteva compiere da solo gli atti incrementativi del proprio patrimonio ma non quelli che comportavano una perdita o la nascita di un'obbligazione. Per questi atti era necessaria l'assistenza del tutore (auctoritas tutoris). In mancanza dell'autorizzazione l'atto era nullo. In età antoniniana qualora il pupillo infantia maior avesse contratto obbligazioni senza la auctoritas si considerava come se avesse contratto un'obbligazione naturale. In origine i poteri del tutor erano illimitati in quanto attribuiti nell'interesse del gruppo agnazio, la tutela aveva carattere familiare e potestativo, i poteri cominciarono ad essere limitati con l'introduzione di forme di responsabilità, il tutor era tenuto a dar conto del suo operato e bisogna verificarsi che nella gestione abbia usato la diligentia del bonus pater familias. In caso di sottrazioni dolose di beni del pupillo il tutore con la **actio de rationibus distrahendis** era tenuto a presentare una contabilità (rationes erano i conti) del patrimonio del pupillo, se risultava danneggiato il patrimonio del pupillo il tutore era condannato al duplum e cioè al doppio del valore di quanto sottratto al patrimonio del pupillo. In caso di cattiva amministrazione del tutore, al termine della tutela, in origine solo quella dativa, poi in età classica per tutti i tipi di tutela, il pupillo poteva agire (tramite la **actio tutelae directa**) contro il tutore per la diminuzione patrimoniale subita per frode o anche per comportamento colposo, il tutore doveva rispondere dei danni dolosi e colposi. Nelle XII tavole fu previsto che chiunque avesse notizia di un comportamento sleale del tutore testamentario e dannoso per il pupillo potesse agire contro di lui (**actio suspecti tutoris**). Il tutore veniva così rimosso dalla sua funzione e come pena accessoria era qualificator infamis. Il pupillo poteva agire contro il magistrato negligente che non avesse chiesto la satisfatio al tutore (**actio subsidiaria**). Vi erano anche azioni che poteva compiere il tutor verso il pupillus come ad esempio l' **actio contraria tutelae** ovvero il tutor poteva agire nei confronti del pupillo per chiedere il rimborso di eventuali spese sostenute o il risarcimento di danni sofferti nell'esercizio dell'ufficio, esisteva anche la **satisfatio rem pupilli salvam fore** In età imperiale fu stabilito che per rafforzare la garanzia del pupillo il tutore legittimo dovesse prestare una garanzia di salvaguardia del patrimonio del pupillo, attraverso una promessa resa nella forma di una stipulatio con la quale si impegnava a fare del suo meglio per lasciare intatto il patrimonio del pupillo. In caso di pregiudizio doveva reintegrare il patrimonio del danno.

Per alcuni motivi poteva anche avvenire la cessazione della tutela, la tutela poteva venir meno per **abdicatio tutelae** (il tutor testamentarius poteva rinunciare all'ufficio, non poteva rinunciare invece il tutor legitimus (adgnatus proximus). La tutela poteva cessare anche tramite **excusatio** infatti il tutor dativo poteva chiedere di essere esonerato dalla funzione (condizione di salute, difficoltà economiche) e il magistrato poteva revocare l'incarico, e infine la revoca poteva avvenire tramite **nominatio posterioris** Il tutor poteva indicare un altro tutore più adatto a svolgere l'incarico e il magistrato poteva revocare l'ufficio al primo tutore.

La **tutela mulierum**: Quando le donne raggiungevano la pubertà acquistavano una capacità di agire parziale, in quanto sui iuris erano sottoposte alla tutela mulierum. Questa tutela era perpetua, fino alla morte, il tutor però non era un rappresentante della donna ma la assisteva nei negozi più complessi diminutivi del suo patrimonio dando la sua auctoritas. Ad esempio per l'assunzione di un obbligo contrattuale o per la aditio hereditatis. Il tutore poteva essere nominato per via testamentaria dal pater familias o dal marito se la moglie era sottoposta alla manus maritalis (**tutor testamentarius**) in mancanza di tutor testamentarius veniva nominato come tutor legitimus l'agnato della donna nel grado più prossimo (**tutor legitimus**). In altri casi il pater familias o il marito della donna potevano nel testamento concedere alla donna di scegliersi un suo tutore che veniva confermato dal pretore (**tutor optivus**). In mancanza sia del tutor testamentarius che di quello legitimus il pretore, su richiesta della donna sui iuris e pubere, poteva nominare un tutore (**tutela mulierum**). Anche la donna aveva il potere di tutelarsi contro un tutore che non agisse nel suo interesse tramite la **actio rationibus distrahendis**, in caso di sottrazioni dolose di beni della donna il tutore con questa azione era tenuto a presentare una contabilità (rationes erano i conti) del patrimonio della donna e a reintegrarla. Altro strumento di tutela era la **actio tutelae**: in caso di cattiva amministrazione del tutore, al termine della tutela, la donna poteva agire contro il tutore per la diminuzione patrimoniale subita per frode o anche per comportamento colposo, il tutore doveva rispondere dei danni dolosi e colposi. Augusto stabilì che la donna ingenua che avesse partorito tre figli, o la liberta che avesse partorito 4 figli, erano esonerate dalla tutela.

Curatela

Esistevano tre tipi di cura, **furiosi** (cura testamnetaria, legitima, decretalis) , **prodigi** e **minoris**. Nel 191 a.C. fu emanata una **lex Plaetoria** relativa alla circonvizione in danno di adolescenti che prevedeva una pena pecuniaria a carico di chi si fosse dolosamente approfittato di un adolescente facendogli concludere un negozio svantaggioso. La legge prevedeva una pena per l'approfittatore ma il negozio rimaneva valido e dunque il contraente poteva chiedere l'esecuzione della prestazione all'adolescente (actio legis laetoriae). Inoltre, l'adolescente al quale era richiesta l'esecuzione della prestazione nonostante la circonvizione poteva ottenere di essere assolto. Infine, il minore di 25 anni che aveva subito un pregiudizio poteva chiedere entro un anno di essere reintegrato nella situazione precedente alla conclusione del negozio (In integrum restitutio propter aetatem).

La **cura minoris** citata precedentemente, prevedeva che il minore di 25 anni nominava un curatore che lo assisteva nella conclusione dei negozi ma non si sostituisce a lui che era dotato di piena soggettività e capacità di agire. L'assistenza del curatore garantiva la controparte sulla efficacia, solidità e non rescindibilità del negozio concluso; dava inoltre maggiore sicurezza all'adolescente inesperto e ingenuo.

Alla fine dell'età imperiale fu concesso ai minori di 25 che ne avessero fatto richiesta di amministrare il proprio patrimonio (**venia aetatis**). Costantino stabilì che la **venia aetatis** potesse essere riconosciuta agli uomini di 20 anni, e alle donne di 18 anni.

Oltre la cura minori troviamo la **cura furiosi** le XII tavole stabilivano che il furiosus (infermo di mente) fosse sottoposto alla potestas di un curator che agiva nell'interesse della famiglia, egli era un rappresentante indiretto (negotiorum gestor) e concludeva i negozi a nome proprio salvo trasferirne gli effetti al furiosus. Vi era poi la **cura legitima** la quale veniva esercitata dal parente prossimo il linea maschile (adgnatus proximus) o dai gentiles.

La **cura decretalis** invece: in caso di mancanza del curatore legittimo il pretore poteva confermare la designazione stabilita nel testamento paterno. Troviamo poi la **cura prodigi** a riguardo le XII

tavole stabilivano che il soggetto afflitto dalla patologia dello sperpero (prodigus) fosse interdetto con provvedimento del magistrato, il prodigus poteva compiere solo atti acquisitivi, tutto ciò che era acquistato per successione legittima era gestito da un curator, il curator agiva come un negotiorum gestor e si sostituiva a lui nella gestione del patrimonio. In mancanza di curator legittimo il pretore designava un curatore dativo semmai confermando la designazione testamentaria. (**cura dativa**).

LA FAMILIA (CAPITOLO 4)

Il termine **familia** può avere diverse accezioni può indicare il patrimonio come oggetto della successione ereditaria, il complesso di individui uniti da vincolo parentale sottoposti al potere di un uomo solo vivente, **pater familias (familia proprio iure)** e infine il gruppo di famiglie autonome nate dall'unica familia proprio iure smembrata a seguito della morte del capostipite dava luogo alla **familia communi iure**. Nel diritto romano il termine familia è strettamente collegato al termine dell'**adgnatio** che è il legame tra soggetti della medesima famiglia indipendentemente da vincoli di sangue, dunque l'**adgnatio** è il rapporto di "parentela civile" che legava i vari componenti della familia e indicava perciò la discendenza da un comune capostipite maschio tramite altri maschi, il vincolo si costituisce per filiazione naturale (figli nati da iustae nuptiae, e i nipoti), per adrogatio, e per adoptio (diventavano adgnati del pater adottivo), il vincolo si costituisce anche con la moglie che sia unita in conventio in manu al marito (diventa adgnata del marito). Un altro importante legame di parentela era rappresentato dalla **cognatio**, esso rappresentava un legame di parentela tra soggetti tra loro consanguinei, il vincolo si estende alla discendenza matrilineare e si costituisce sui figli nati da matrimonio sine manu che diventano cognati di entrambi i genitori, il vincolo si costituisce sui figli nati da matrimonio cum manu che diventano cognati di entrambi i genitori, ma anche adgnati sia col padre che con la madre.

Il filius familias poteva essere titolare di un **peculium** che era un piccolo patrimonio di cui era titolare. Il peculium poteva essere **profectivum** o a pater profectum, cioè proveniente dal pater familias che ne rimaneva proprietario, per consentire al filius di provvedere alle sue necessità e per permettergli lo svolgimento di attività commerciali ed industriali. Il peculium era **castrense** cioè derivava da attività come bottino di guerra, stipendio militare, di cui il filius poteva disporre per atto mortis causa e poi anche per atto inter vivos, o nel caso del peculium **quasi castrense** esso comprendeva gli acquisti fatti dal figlio mentre ricopriva pubblici uffici o cariche ecclesiastiche o nell'esercizio di professioni liberali.

I figli nella Roma antica erano legittimi se nati da soggetti uniti da **iustae nuptiae**, ma erano figli legittimi anche i soggetti sottoposti alla patria potestas in quanto adottati e i soggetti sottoposti alla patria potestas di un pater tramite adrogatio.

Il **matrimonio** o le **nuptiae** seguiva in origine un complesso rituale che durava un giorno (dies nuptialis) e si concludeva con l'ingresso della donna nella domus del marito (**deductio in domum viri**), il matrimonio era possibile se entrambi i coniugi avessero la volontà continua dei coniugi ad essere marito e moglie e vivere monogamicamente come marito e moglie (maritalis affectio) e quindi con la coabitazione continuativa che con la donna ha inizio con l'atto di ingresso nella dimora del marito. Per dare vita a un **matrimonium iustum** dovevano rispettarsi diversi fattori come ad esempio quello di **status libertatis**, **consenso** (gli sposi devono manifestare il loro consenso, se alieni iuris è necessario l'assenso o la mancata opposizione del pater familias.), **età** (gli sposi dovevano essere puberi) e **conubium** (godevano del ius conubii i cives e i Latini, i senatori non potevano sposare una liberta e il magistrato provinciale non poteva sposare una donna della provincia). Gli **impedimenti** al matrimonio potevano essere molteplici ad esempio non era possibile il conubium tra parenti in linea retta, e in linea collaterale entro il sesto grado, non doveva esistere un matrimonio precedente, e deve vigere la regola della monogamia, e dev'essere rispettato il **tempus iugendi** cioè devono trascorrere almeno 10 mesi dallo scioglimento del precedente matrimonio e ci dev'essere infine l'idoneità fisica al matrimonio (ad esempio gli evirati). Il matrimonio poteva essere **sine manu** quindi fondato sulla affectio maritalis e **cum manu**. La **conventio in manum** comportava l'ingresso della moglie nella familia del marito attraverso lo scambio delle mani destre, la donna diveniva uxor in manu e la conventio in manum si realizzava attraverso: **usus** cioè quando la sposa rimaneva moglie e conviveva per un anno ininterrotto (salvo la trinoctii usurpatio), oppure la **confarreatio** cioè: le nuptiae erano celebrate con una solenne cerimonia col rito del farro (antico cereale) e infine la **coemptio** era una reciproca vendita fittizia degli sposi e la uxor veniva acquisita nella familia del marito. La **coemptio fiducia causa** era una

forma di *coemptio* la donna per evitare di essere assoggettata ad un tutore indesiderato, si assoggettava alla *manus fittizia* di un soggetto compiacente, fiduciario.

Dunque il matrimonio poteva essere ***iustae nuptiae sine manum*** se la donna era adgnata della sua famiglia di origine, i figli erano adgnati del e legati alla madre da *cognatio*. Poteva inoltre essere di **conventio in manum** cioè La donna diveniva adgnata del marito e assumeva la condizione giuridica di *filiae loco*, era soggetta alla *manus maritalis* e quindi soggetto alieni iuris del marito.

Gli sponsalia: I due nubendi si impegnavano con giuramento a future nozze (la donna assistita dal tutor), se le nozze non si concludevano si poteva agire con l'azione *ex sponsu*, la forza obbligatoria dell'accordo si produce fino al I secolo, il fidanzamento perde vincolatività e si risolve in uno reciproco libero consenso che fa sorgere un vincolo di *adfinitas* tra gli sponsi e i parenti dell'altro, **arrha sponsalicia**: caparra consegnata alla sponsa all'atto del fidanzamento, che veniva trattenuta dalla donna in caso di rottura degli sponsalia.

La **dote** è complesso di beni e diritti costituiti dal pater della futura sposa in favore del marito per gli oneri derivanti dal matrimonio, poteva essere **profecticia** (a *patre profecta*), **dos adventicia** (costituita da un estraneo) e **dos receptita** (da restituire in caso di scioglimento del matrimonio). La costituzione della dote avveniva in più passaggi: 1. **Dotis promissio**: attraverso uno scambio di interrogazione e risposta con parole solenni il pater o la donna (debitori) si impegnavano a trasferire al marito (creditore) la dote promessa, 2. **Dotis datio**: il pater o la donna sui iuris trasferivano i beni dotali (tramite *mancipatio* o in *iure cessio* se *res mancipi*; tramite *traditio* se *res nec mancipi*) al marito che ne acquistava la proprietà, 3. **Dotis dictio**: La donna se sui iuris, o il pater familias se lei era alieni iuris, assumeva con una promessa obbligatoria l'impegno di trasferire i beni dotali al marito che ne diveniva creditore. Scompare nel periodo del tardo impero.

Una volta stretto il vincolo matrimoniale subentrava l'**adfinitas** che era il vincolo di parentela (che sorgeva già con il fidanzamento) tra il coniuge con i parenti dell'altro coniuge e non si estendeva oltre i rapporti tra l'un coniuge e i parenti dell'altro coniuge (es. tra gli zii paterni e gli zii materni): questo vincolo permaneva per tutta la durata del matrimonio. Gli effetti del matrimonio erano molteplici e potevano essere di tipo **patrimoniale** (: il marito poteva agire contro la donna che avesse sottratto beni appartenenti al marito con l'*actio rerum amotarum*), **personale** (dovere di rispetto, fedeltà e assistenza materiale, era precluso esercitare contro il coniuge azioni penali e infamanti) e **processuale** (il marito godeva del *beneficium competentiae* rispetto ai debiti della moglie e quindi la condanna era limitata all'attivo patrimoniale del coniuge condannato).

Il matrimonio in epoca romana poteva anche essere sciolto in diversi modi, per **fatti volontari** come il **divortium**, fatti **naturali** come la **morte**, per **fatti giuridici** come vicende che incidevano sulla capacità giuridica di uno o entrambi i coniugi (*capitis deminutio maxima*; *capitis deminutio minima* se faceva venir meno il *conubium*). Come anticipato precedentemente il matrimonio poteva essere sciolto per fatti volontari come il **divortium** ossia lo scioglimento per venir meno della volontà di perseverare nell'unione di entrambi i coniugi o il **repudium** che invece era lo scioglimento per venir meno della volontà di perseverare nell'unione di uno solo dei coniugi, attraverso quindi un atto unilaterale, soffermandoci sul *repudium*, in età antica erano necessari specifici comportamenti della donna come ad esempio l'*audulerio*, l'*ubriachezza* e il *ripudio* ingiustificato era soggetto di riprovazione sociale nei confronti del marito, il repudiante ricorreva a certa verba per definire l'interruzione della convivenza e l'allontanamento del coniuge dalla casa maritale; con l'affermarsi di una società più evoluta il divorzio poteva essere richiesto anche senza motivo e anche dalle mogli, in età classica furono invece introdotte formalità esteriori come la presenza di sette testimoni; mentre in età postclassica si richiede un **libellus repudii** da inviare alla controparte e una **iusta causa divortii** (abbandono del tetto coniugale, adulterio ecc.).

Come anticipate il matrimonio poteva essere sciolto per cause come **morte** e **schiavitù**, in caso di morte come anticipato la vedova doveva rispettare il **tempus lugendi** (10 mesi dalla morte del marito) altrimenti la donna era considerata infamis. Invece in caso di **schiavitù** venivano meno gli effetti civili del matrimonio ma il vincolo rimaneva come **contubernium** (l'unione permanente di due schiavi, o di un libero con una persona di condizione servile.). Lo scioglimento poteva essere

diverso in caso di matrimonio **cum manu**, infatti esso se concluso tramite confarreatio si scioglieva con **diffareatio**, se concluso invece con coemptio o usus il marito era costretto ad effettuare una **remancipatio** della donna ad una persona di sua fiducia per liberarla della manus e renderla sui iuris. In seguito allo scioglimento avveniva la **restituzione della dote**, infatti in origine all'atto costitutivo di dote si affiancava una **cautio de restituenda dote** con la quale il marito si obbligava a restituire la dote in caso di scioglimento del matrimonio, in età giustiniana la dote andava restituita salvo che il matrimonio si fosse sciolto a causa della donna. La moglie poteva però applicare dei rimedi per ottenere la restituzione della dote come ad esempio l'**actio ex stipulatu, lascito mediante legato** e infine la **actio rei uxoriae** che viene concessa indipendentemente da una promessa di restituzione, in età giustiniana si denominò actio de dote ed era un'azione di buona fede. Inoltre in caso di perimento dei beni dotali per dolo o colpa del marito, questi poteva chiedere delle **retentiones**, le quali potevano essere di diverso tipo Retentio propter res donatas (se il marito aveva fatto dei doni alla moglie durante il matrimonio poteva chiedere che fosse scomputato l'importo relativo all'ammontare delle donazioni e regali), Retentio propter liberos (In caso di divorzio o morte della moglie, il marito poteva trattenere quanto necessario per il mantenimento dei figli che rimanevano a suo carico), Retentio propter res amotas (Qualora la moglie, in vista dello scioglimento del matrimonio, sottraesse beni dal patrimonio dotale, il marito poteva chiedere di trattenere l'ammontare di quanto sottratto), Retentio propter impensas (Il marito che in costanza di matrimonio avesse sopportato spese per evitare il deterioramento o per aumentare il valore dotale poteva trattenere l'ammontare delle spese sostenute.), Retentio propter mores (In caso di cattiva e riprovevole condotta della donna durante il matrimonio, il marito poteva trattenere un certo ammontare).

Oltre il matrimonio a Roma vi erano altri tipi di unioni denominate **convivenze non stabili** Il concubinatus da cubare (coricarsi) e cum (insieme) indica la materialità dello stare insieme ma senza volontà di considerarsi marito e moglie, esprimeva situazioni che non assurgevano a matrimonio, era il caso di unione con soggetto legato da un precedente vincolo coniugale, in caso di assenza di conubium (tra liberi e libertae, senatori e libertae, governatori e donne delle province ecc.) o in caso di mancanza di affectio maritalis. I figli di queste unioni potevano essere legittimati in diversi modi ad esempio la **subsequens matrimonium**, in caso di matrimonio possibile al momento del concepimento il concubinatus poteva trasformarsi in matrimonio e i figli acquistavano lo status di figli legittimi. Attraverso la **oblatio curiae** al figlio naturale offerto alla curia (decurione) fu concesso il diritto di succedere anche ab intestato al proprio padre, così la posizione successoria dei figli naturali oblato curiae fu avvicinata a quella di figli legittimi. E infine tramite **rescriptum principis** cioè se non era ammissibile il susseguente matrimonio si poteva chiedere la legittimazione dei figli nati da concubinatus con un provvedimento emanato dall'imperatore.

Vi era infine il **contubernium** anticipato precedentemente da cum (insieme) e taberna (bottega), si trattava di una relazione di fatto, i figli nati da questa relazione erano considerati vulgo quesiti e seguivano la condizione della madre, se l'unione era mista tra liberi e schiavi i figli nascevano liberi se la madre era libera, se la madre era schiava appartenevano al dominus della schiava, il legame di sangue tra genitori e figli era detto cognatio servilis. la loro condizione era peggiore rispetto a quella dei figli naturales.

IL PROCESSO (CAPITOLO 5)

Lo studio del processo è molto importante nell'ambito dell'esperienza giuridica, perché una norma non è giuridica se non è prevista una sanzione per il caso di violazione della stessa ed è necessario che sia un terzo imparziale ad accertare la violazione della norma, per procedere poi all'infrazione della sanzione. A seconda degli interessi protetti si distinguono due tipi di processo: quello **criminale**, con cui organi dello Stato perseguono la punizione di fatti illeciti lesivi di interessi pubblici e quello **privato**, col quale i privati chiedono che siano tutelati i loro diritti, ci soffermeremo sul privato.

All'interno del processo privato la moderna dottrina distingue azioni dichiarative o di cognizione, che tendono ad accertare la situazione giuridica controversa e a determinare le conseguenze per la sua violazione e azioni esecutive, che sono volte a infliggere materialmente la sanzione prevista dall'ordinamento, comportando così una modificazione del mondo naturale.

Nel corso della lunga esperienza giuridica romana si incontrano tre forme di processo privato, che in parte convivono uno con l'altro: nell'epoca arcaica si applica solo il processo delle **legis actiones**; nell'età preclassica alle **legis actiones** si affianca il nuovo **processo per formulas**, che gradualmente va a sovrapporsi al primo; nell'epoca classica la procedura che si applica per lo più è quella **per formulas**, ma già dal tempo di Augusto per alcune materie si utilizza il processo imperiale della **cognitio extra ordinem**, che sarà poi l'unico a sopravvivere in epoca postclassica.

Il processo delle *leges actiones*

Nell'antico diritto romano era lasciato ampio spazio all'autotutela; la prima forma di processo venne introdotta grazie all'attività giurisprudenziale dei pontefici interpreti degli antichi mores e fu poi confermata dalla legge delle XII Tavole, da cui deriva il nome di **legis actiones**. Non si trattava di un unico processo, ma di cinque riti processuali, ciascuno con diversa origine, natura e struttura, anche se presentano principi e caratteri comuni.

Esistevano tre *legis actiones* dichiarative e due esecutive.

Le tre *legis actiones* dichiarative sono quelle per sacramentum, per iudicis arbitrive postulationem, per conditionem: al loro termine, se il giudice riconosceva la fondatezza del diritto dell'attore condannava il convenuto, di solito a pagare una somma di denaro.

Le *legis actiones* esecutive erano invece la manus iniectio e la pignoris capio. In tutte dominava un esasperato formalismo orale e gestuale e si dovevano pronunciare **certa verba** cioè parole e gesti prestabiliti. Tutte le *legis actiones* iniziavano con la **in ius vocatio**, atto del tutto privato.

con cui una parte ingiungeva all'altra con parole solenni di seguirla in iure, cioè

nel tribunale. Le XII Tavole consentivano all'attore di usare anche la forza per

condurre davanti al magistrato l'intimato che fosse eventualmente recalcitrante; gli atti in cui le *legis actiones* si concretavano andavano compiuti alla presenza di entrambe le parti litiganti e

davanti a un organo della civitas in origine il re, poi i consoli e, a partire dal 367 a.C., il praetor

urbanus, il quale doveva controllare la legittimità dei rituali: questa attività venne detta ius dicere o, in forma sostantivata, iurisdictio e la fase in cui si svolgeva si chiamò in iure, ove ius ha il

significato di tribunale. Il magistrato poteva semplicemente ritenere incompleto il rito e chiederne

dunque l'integrazione ovvero poteva considerare mancanti i presupposti di validità dell'actio e

impedire di conseguenza la prosecuzione del processo. Ad esempio, qualora riscontrasse che per la stessa controversia si era già svolto o era già in corso un altro processo, avrebbe rifiutato la tutela

richiesta dall'attore, perché molto risalente è il principio per cui non si può ripetere un processo de

eadem re, cioè per la medesima controversia (**ne bis in idem**): è inutile e quindi giuridicamente non

consentito rem actam agere. La fase in iure definiva esattamente la situazione processuale e serviva a stabilire quale fosse l'oggetto del giudizio e quali le parti le loro rispettive posizioni all'interno del

processo (attore e convenuto), nonché la loro capacità e legittimazione all'azione: la sentenza si

sarebbe riferita solo a questi elementi. Al termine della fase in iure, se il magistrato avesse concesso

di procedere, le parti avrebbero rivolto ai testimoni l'invito a constatare e ricordare l'esistenza e i

termini della controversia per poterne rendere in seguito testimonianza: testes estote [siate testimoni], da cui deriva il nome di questo ulteriore momento processuale: la **litis contestatio**, che comportava la deduzione della causa in giudizio. Seguiva una seconda fase, molto meno formalistica, detta **apud iudicem**, che si svolgeva due giorni dopo, davanti a un iudex privato. In questa fase era possibile l'assenza di una delle due parti, ma chi non compariva entro mezzogiorno perdeva automaticamente la causa. Il dibattimento non poteva protrarsi oltre il calar del sole e si concludeva con la pronuncia della sentenza, che non poteva essere in alcun modo impugnata e perciò non occorreva che fosse motivata.

Legis actio per sacramentum

Essa era un'azione generale, che serviva cioè alla tutela di ogni diritto all'epoca esistente; aveva due applicazioni.

La **legis actio per sacramentum in rem** serviva a rivendicare la proprietà di una cosa, di alcuni diritti reali limitati o di un'eredità, nonché a tutelare la patria potestas, la manus e il mancipium, ed era utilizzata anche nei processi di libertà, quando un terzo (adsertor libertatis) affermava lo stato di libero di una persona ridotta in schiavitù.

Chi prendeva l'iniziativa, l'interessato al processo, l'attore, doveva portare in iure davanti al magistrato il bene conteso o un suo simbolo, ad esempio una zolla di terra del fondo e procurarsi la presenza dell'attuale possessore del bene, il convenuto. A questo punto l'attore effettuava la **vindicatio**: afferrava la cosa e affermava che essa gli apparteneva, ponendo al contempo sopra di essa un piccolo bastone (festuca o vindicta), a dimostrazione di quest'appartenenza e di essere pronto a lottare per essa.

Se il convenuto avesse taciuto, il magistrato avrebbe assegnato la cosa all'attore mediante addictio; quest'atto, detto **in iure cessio**, verrà in seguito utilizzato dai privati in forma simulata come atto di trasferimento della proprietà.

Se non voleva perdere la cosa, il convenuto doveva effettuare una **contravindicatio**, compiere cioè gli stessi gesti e pronunciare le stesse parole dell'avversario; affermava anch'egli che la cosa era sua, compiva il gesto di prenderla e sollevava il suo bastone, il quale andava a incrociarsi con quello dell'attore: si aveva

dunque, una sceneggiata di duello, le parti erano pronte a combattere per la cosa controversa. Si imponeva allora come necessario l'intervento del magistrato che impediva il ricorso alla violenza e ordinava a entrambi di abbassare i bastoni e lasciare la cosa.

Per arrivare alla soluzione della contesa, le parti si sfidavano reciprocamente a giurare di avere ragione (**sacramentum**); nel corso del tempo, il sacramentum divenne una scommessa giurata: entrambe le parti scommettevano di aver ragione e promettevano di pagare all'erario 50 o 500 assi a seconda che il bene valesse meno o più di 1000 assi.

A questo punto, il magistrato assegnava il possesso provvisorio del bene controverso alla parte che dava maggiori garanzie della sua restituzione per il caso di soccombenza e nominava il giudice che doveva decidere la causa, davanti al quale le parti si sarebbero ripresentate dopo due giorni.

L'oggetto del giudizio era la verità del sacramentum e solo in via indiretta l'appartenenza della proprietà; nell'epoca più antica, quando il sacramentum era un vero e proprio giuramento, è probabile che il compito di stabilire quale dei due giuramenti fosse iustum venisse affidato ai pontefici, i quali spesso decidevano in base a elementi soprannaturali, diretti a valutare più l'affidabilità delle parti che i fatti concreti.

Il giudice emanava la sentenza indicando quale sacramentum fosse giusto e di conseguenza, se il soccombente fosse stato colui che aveva ottenuto il possesso interinale, gli avrebbe imposto di restituire la cosa e i frutti da essa prodotti; qualora costui non eseguisse l'ordine, il vincitore poteva passare alla fase esecutiva contro i garanti.

La **legis actio per sacramentum in personam** tutelava le primitive forme di obbligazione, scaturenti da delitto o da atti leciti come un prestito di sementi, poi di denaro. I più antichi atti leciti erano attuati secondo forme rituali che assicuravano la notorietà del fatto, di modo che la persona che dava i beni o i soldi acquistava un diritto sulla persona che li

riceveva; sorgeva un vero e proprio vincolo corporale sulla persona che era tenuta alla restituzione. In questi casi vi era bisogno di tutela per l'ipotesi in cui il debitore non adempisse al suo obbligo. Anche qui in origine il sistema prevedeva una forma di autotutela, che portava a un vero e proprio processo solo quando sorgessero contestazioni.

Legis actio per iudicis arbitrive postulationem (mediante richiesta di un giudice o di un arbitro)

Si tratta di una forma processuale più recente virgola che si poteva usare solo per i casi espressamente previsti (divisione dell'eredità tra coeredi e per la tutela dei crediti nascenti da sponsio, e successivamente nel III secolo a.C. con la *lex licinia* introdusse la possibilità di utilizzare tale *legis actio* anche per la divisione della cosa in comproprietà) la procedura era simile a quella della *legis actio per sacramentum*, ma non vi era più traccia di violenza e non vi era neppure il *sacramentum*, quindi non si rischiava di pagare una penale per il caso in cui si perdesse la lite, Adesso si sostituisce però la richiesta di un giudice come strumento decisionale che dovrà giudicare direttamente sul fatto controverso.

Legis actio per condictionem (mediante intimazione)

Utilizzata per i crediti con oggetto una somma determinata di denaro oppure per crediti aventi a oggetto cose diverse dal denaro, ma pur sempre determinate. Alle affermazioni solenni delle parti seguiva un'intimazione a ricomparire in iure dopo 30 giorni per la nomina del giudice. La peculiarità di questa azione sta nella sua astrattezza infatti mentre con tutte le altre *actiones* bisognava agire nominata causa Con questa *legis actio* l'attore non doveva indicare il fondamento del suo diritto, ciò permetteva l'uso di questo strumento processuale per molteplici casi anche non espressamente previsti.

Legis actio per manus iniunctionem (mediante apposizione della mano)

Essa è la più importante azione esecutiva che rimarrà l'unica per il *ius civile*, presuppone un debito accertato avente a oggetto una somma determinata di denaro; quando il credito originario non riguardasse una somma di denaro, la *manus iniectio* doveva essere preceduta da un apposito *arbitrium litis aestimandae* diretto appunto a convertire in denaro la pretesa. Se 30 giorni dopo una sentenza di condanna, o dopo l'espressa ammissione del debito il convenuto non aveva ancora adempiuto, l'attore poteva chiedere che si desse esecuzione alla sentenza, tramite l'apposita azione esecutiva, la *legis actio per manus iniunctionem* (indicati) che prevede solo la fase in iure. Dinanzi al magistrato il creditore recitava un formulario col quale indicava la fonte e l'importo del suo credito, e contemporaneamente afferrava il debitore: da questo mettere le mani sul convenuto derivava uno stato di soggezione, dal quale il convenuto non poteva liberarsi da solo, diventando quasi come una *res*. Se non interveniva nessuno a liberarlo, il magistrato pronunciava l'**addictio** del debitore a favore del creditore, che poteva portarlo a casa propria: il procedimento proseguiva dunque in forma stragiudiziale secondo una normativa molto precisa prevista dalle XII Tavole. Il creditore poteva tenere il debitore per 60 giorni, legato o avvinto in catene, dandogli da mangiare un certo quantitativo di farro; doveva inoltre portare il debitore a tre mercati consecutivi nel foro davanti al pretore, esponendolo con l'indicazione del debito che costui doveva pagare, di modo che chiunque potesse pagare per lui e così liberarlo. Se non si arrivava a una transazione e nessun terzo lo riscattava, il creditore poteva venderlo come schiavo di là dal Tevere, che all'epoca delle XII Tavole era territorio straniero, perché nessun cittadino romano poteva essere fatto schiavo in patria. Il creditore avrebbe anche potuto uccidere il debitore e in caso di pluralità di creditori essi avrebbero potuto spartirsi il corpo del debitore, non necessariamente in proporzione all'ammontare dei rispettivi crediti.

Pignoris capio

Identificata come la quinta *legis actio*, non era né esecutiva, né dichiarativa, anzi non era neppure propriamente un atto giudiziario. Si compiva in assenza del magistrato e talvolta anche in assenza della controparte. Consisteva nel prendere, eventualmente con la forza, una cosa mobile di un altro soggetto, pronunciando contemporaneamente le parole rituali previste; il creditore poteva trattenere

tale bene finché non otteneva il pagamento della somma dovuta. Non si trattava di una vera procedura esecutiva perché l'impossessamento del bene aveva soltanto una funzione di coazione psicologica sul debitore che doveva pagare per poter riavere il bene, mentre il creditore non poteva soddisfarsi direttamente sul bene appreso.

Agere per suspensionem

Nel corso del III secolo a.C., la giurisprudenza introdusse una modalità alternativa di giudizio che permise al processo civile di cominciare a emanciparsi dal rigido formalismo, lo stratagemma era quello di sfidare l'avversario a promettere con una sponsio di pagare una somma di denaro per il caso in cui la cosa controversa risultasse appartenere all'attore. In questo modo l'attore poteva poi agire con una delle legis actiones in personam per fare formalmente accertare l'esistenza del debito in capo al convenuto, il cui presupposto però era la dimostrazione che proprietario del bene fosse l'attore. La sponsio era dunque praeiudicialis, serviva cioè soltanto a permettere di instaurare un processo con delle modalità più convenienti per entrambe le parti: infatti, il convenuto conservava il possesso del bene durante il processo e non era tenuto a provare alcun titolo di proprietà, se l'attore non riusciva a provare il proprio.

Abolizione delle legis actiones

Per circa un secolo il processo formulare convive con quello delle legis actiones, le quali venivano applicate sempre meno, perché scaturenti da un diritto ormai vecchio e inattuale e perciò vissuto come iniquo. Nel corso del II secolo a.C. la lex Aebutia abolì la legis actio per conditionem. Il passo successivo venne compiuto da Augusto, il quale fece approvare nel 17 a.C. la lex Iulia iudiciorum privatorum diretta ad abolire le restanti legis actiones, con eccezione della legis actio per manus iniectioem, della legis actio per sacramentum in rem solo per la prima fase del giudizio centumvirale in tema di

cause ereditarie e della legis actio damni infecti, che cadde però presto in disuso perché si preferiva utilizzare la cautio damni infecti. Tramite la lex Iulia il processo formulare venne ufficialmente riconosciuto come processo del ius civile e forse ciò spiega perché i rapporti nati con esso, in particolare quelli di buona fede, da situazioni di ius honorarium cominciarono a essere considerati rapporti di ius civile.

Processo formulare

Le legis actiones poco alla volta vennero in odio ai cittadini perché avevano vari difetti. Esse erano dominate da un impietoso formalismo, erano troppo rigide, si agiva, infatti, per certa verba, di modo che utilizzando una parola sbagliata si perdeva la causa. Inoltre, esse tutelavano solo alcuni diritti, quelli riconosciuti dal ius civile: la rivendica della proprietà, la divisione della comproprietà e soltanto alcuni tipi di diritti di credito. Infine, esse potevano essere utilizzate solo dai cives, e in particolare soltanto dai patres familias; ne erano esclusi dunque gli schiavi, i peregrini e i filii familias; le donne avevano bisogno dell'assistenza di un tutore. A partire dal 367 a.C. la giurisdizione fu affidata al pretore, collega minore dei consoli, magistrato cum imperio, eletto ogni anno dai comizi centuriati, che durava in carica un anno. Divenne necessario utilizzare delle modalità diverse da quelle delle legis actiones nel momento in cui venne istituito nel **242 a.C.** un secondo pretore, il **pretore peregrino**. Quando attore e convenuto di comune accordo chiedevano al pretore di utilizzare delle formalità processuali diverse, il pretore, in base al suo imperium poteva concederle e garantirne l'esecuzione. Egli dava istruzioni al giudice privato e garantiva lo svolgimento del processo. Queste istruzioni presero il nome di **formulae** cioè un breve documento scritto in cui era indicato il nome del giudice e i termini giuridici della controversia, così come erano stati concordati tra le parti e il magistrato, nonché l'attribuzione al giudice del potere di giudicare. La formula era indirizzata al giudice, il quale era invitato e autorizzato a condannare o assolvere secondo le modalità ivi indicate. Si agisce ora per concepta verba, parole formulate e combinate in vista di una data azione, flessibili e malleabili; si tratta di un meccanismo completamente diverso dai certa verba. In base all'imperium dei pretori si costruì un nuovo processo, il processo formulare: esso non apparteneva al ius civile perché non era un prodotto diretto delle sue fonti, ma rientrava comunque nell'ordinamento giuridico romano, perché il pretore

era un magistrato romano. Il fondamentale criterio normativo che serviva all'individuazione delle regole da applicarsi ai rapporti deferiti al pretore peregrino era la *fides bona*; A tali rapporti non poteva applicarsi la *fides propria* dei cittadini romani, concetto molto risalente nella storia del diritto romano, riconducibile all'idea di una promessa fondata su un patto religioso, la cui vincolatività è spesso espressa con la stretta della mano destra e garantita dall'omonima dea, ecco nascere allora la *fides del bonus vir*, dell'uomo medio, la correttezza standard che le persone di ordinaria diligenza usano nei loro rapporti. Questa è la *fides bona*: è la fedeltà alla parola data, la fiducia reciproca, la persuasione che occorre rispettare lealmente le regole del gioco. Era la giurisprudenza che precisava cosa si dovesse intendere per *fides del bonus vir* e ne faceva discendere gli obblighi che nel caso concreto si potevano pretendere; ne derivarono principi per molti aspetti rivoluzionari, come la tutela di tutti gli accordi informali, la persecuzione di ogni comportamento doloso, la compensazione, il diritto agli interessi, la responsabilità precontrattuale, l'eccezione di inadempimento. Tutti i nuovi rapporti ebbero nella buona fede la norma che fondava il vincolo e misurava la responsabilità; essi vennero a costituire il *ius gentium*, quel complesso di norme e istituti di diritto privato svoltosi e precisatosi in Roma nei rapporti tra romani e stranieri. Ben presto il pretore ritenne opportuno prevedere in via generale rimedi che intendeva concedere normalmente a chi gliene facesse richiesta e

cominciò a emanare un *edictum perpetuum* che aveva valore per tutto l'anno della sua carica. Grazie a ciò la *iurisdictio* del pretore non si esplicava in modo incontrollato, perché all'inizio dell'anno di carica il pretore pubblicava l'*edictum*, nel quale erano indicati i criteri secondo i quali avrebbe esercitato la propria attività; con ciò egli fissava un'autolimitazione preventiva all'esercizio discrezionale del proprio potere precettivo. Il pretore divenne pertanto il signore incontrastato del processo formulare nel quale esercita la giurisdizione con amplissima discrezionalità. Nacque così il *ius pratorium* o più in generale il *ius honorarium*, per comprendere anche le norme create dagli altri magistrati giurisdicenti: edili curuli e governatori delle provincie. Negli ultimi tempi della repubblica questa fonte di normazione divenne prevalente su tutte le altre, poiché costituiva il sistema più efficace per lo sviluppo e la trasformazione del diritto romano.

Caratteristiche generali del processo formulare

Il processo formulare era unitario, era costituito da un unico procedimento che poteva essere impiegato per esercitare tutte le varie azioni; non conosceva dunque la distinzione fra riti processuali differenti per ciascuna azione: si celebrava secondo un unico rito. Le azioni esperibili erano solo di cognizione e nella maggior parte dei casi si concludevano con una sentenza di assoluzione o di condanna; l'oggetto della condanna era sempre il pagamento di una somma determinata di denaro. Vi erano solo pochi casi di azioni costitutive.

Ancora

più rare erano le azioni di mero accertamento (*praeiudicia*), ad esempio quelle per appurare lo stato di libero o di schiavo di un soggetto al fine di ammetterlo al processo.

Il processo formulare era poi **non formalistico**: anziché rituali fissi da utilizzare per ogni forma d'azione, il magistrato poteva ora concepire un testo apposito in funzione del singolo caso concreto, ascoltando le parti che davanti a lui potevano esporre liberamente le proprie ragioni. Unico requisito di forma era dato dalla scrittura della formula: si agiva ora per *concepta verba*. A un ridotto tecnicismo procedurale si contrapponeva, tuttavia, un forte **tecnicismo sostanziale**: era importante individuare precisamente le pretese, facendole valere con la corretta qualificazione giuridica, la formula non ammetteva approssimazioni perciò era necessaria l'assistenza dei giuristi a tutte le parti del processo, compresi magistrato, avvocati e giudice.

Si tratta di una procedura **privatistica**, perché poteva essere impiegata soltanto se le parti erano d'accordo di adottarla. Senza l'accordo delle parti sulla formula il processo non poteva avere luogo: di conseguenza, non solo era indispensabile la presenza di entrambe le parti *in iure*, ma era anche fondamentale l'accettazione della *litis contestatio* in cui si

concretava l'accordo delle parti. La procedura formulare, infatti, **oltre che privatistica era magistratuale**, perché il processo era possibile solo se il magistrato lo accordava con un proprio atto; era sempre il magistrato che concedeva il giudizio e poteva anche rifiutarlo nel caso concreto, denegando l'azione richiesta, perfino un'azione civile.

Le partes formularem

In origine le parti e il magistrato redigevano ogni volta la formula che appariva più conveniente per il singolo caso, col passare del tempo, le formule si vennero tipizzando e al loro interno si individuavano distinte clausole, ciascuna con una particolare funzione, di modo che si crearono dei modelli di formule in astratto, quelle che venivano pubblicate ogni anno nell'editto.

In queste formule astratte i nomi delle parti erano indicati con dei termini convenzionali, Nelle formule in concreto tali nomi fittizi venivano sostituiti con i veri nomi dei contendenti. la formula aveva la struttura di un discorso ipotetico, in forma di imperativo rivolto al giudice, al quale si diceva di condannare solo qualora avesse ritenuto fondata la pretesa dell'attore, altrimenti doveva limitarsi ad assolvere. la formula in concreto si apriva sempre con la nomina del giudice.

L'intentio

La parte che non poteva mai mancare era l'**intentio** che conteneva l'enunciazione del rapporto dedotto in giudizio, l'espressione della pretesa vantata dall'attore, ciò che l'attore deve poi trovare davanti al giudice. In casi molto particolari poteva mancare l'intentio, Ad esempio in alcune azioni divisorie, in cui tra i comproprietari non vi fosse controversia sulla ragione oggettiva alla base della loro controversia. L'intentio poteva essere certa o incerta. Quella certa identificava immediatamente l'oggetto del rapporto dedotto in giudizio, in questo caso il giudice deve soltanto accertare se il rapporto, così come precisamente indicato, esistesse o meno; e rispondeva solo alla domanda "se". Ad esempio: Si paret hominem Stichum ex iure Quiritium Aulii Ageri esse ... [se risulta che lo schiavo Stico è di Aulo Agerio per diritto dei Quiriti ...]. Questa era l'intentio dell'azione di rivendica. Quando l'intentio era certa, l'attore doveva prestare attenzione a non chiedere più di quanto gli era dovuto o prima del termine o in un luogo diverso rispetto a quanto previsto, altrimenti incorreva in una **pluris petitio**, con conseguente perdita della causa e successiva impossibilità di riproporre in giudizio la sua pretesa in quanto vigeva il principio [non vi sia azione due volte per la stessa controversia]. Era possibile chiedere di più in quattro modi: re, quando l'attore pretendeva un oggetto maggiore di quello che gli spettava, ad esempio una somma più alta o l'intero bene quando era invece aveva diritto solo a una quota; tempore, quando il creditore esigeva il debito prima della scadenza di un termine previsto nel contratto; loco, quando il creditore pretendeva l'adempimento in un luogo diverso da quello pattuito; causa, quando il creditore di un'obbligazione alternativa chiedeva una sola delle prestazioni convenute, privando in tal modo il debitore della scelta che gli sarebbe spettata. Se invece l'intentio era **incerta**, al giudice era affidato un compito molto più ampio e delicato; non doveva solo accertare se il rapporto esistesse o meno, ma doveva preliminarmente stabilirne il contenuto, doveva cioè decidere quali obblighi producesse l'affare di tutto in giudizio; egli dovrà rispondere anche della domanda "che cosa".

La demonstratio

Tutte le volte che l'intentio era incerta doveva essere preceduta da un'altra parte la formula, la demonstratio, la quale si va proprio a indicare il fatto giuridico che giustificava la pretesa, gli elementi che la precisavano e che permetteva il giudice di compiere la valutazione richiesta dell'intentio.

La condemnatio

La condemnatio era quella parte che invitava e autorizzava il giudice a condannare, qualora ritenesse sussistenti le condizioni indicate dalla formula stessa, o in caso contrario ad assolvere il convenuto. Se l'intentio conteneva già una pretesa pecuniaria, la condemnatio era certae pecuniae e indicava proprio quella somma. Negli altri casi, la **condemnatio** era **incerta** ed era il giudice a valutare la somma cui condannare il convenuto; egli aveva dunque un ulteriore compito, quello di liquidare. tradurre in denaro la pretesa che aveva accertato esistere. In molte formule si diceva il giudice di considerare il **valore di mercato** della cosa, senza tener conto dell'interesse concreto

dell'attore ad avere la cosa. In altre formule, si adottava un criterio di valutazione completamente diverso, diretto a stimare non il semplice valore di mercato della cosa, bensì a convertire in denaro l'**interesse positivo** dell'attore alle prestazioni dovutegli.

L'adiudicatio

L'**adiudicatio** era utilizzata nei giudizi divisorii, per dare al giudice il compito e il potere di attribuire a ciascuno dei coeredi o comproprietari beni e diritti in proporzione alla misura in cui ognuno partecipava all'eredità o alla comproprietà.

La praescriptio

Infine, vi era la **praescriptio**, che non faceva propriamente parte della formula, perché era scritta prima, ancora prima della nomina del giudice. Era una sorta di premessa della formula, che imponeva al giudice di considerare come non avvenuta la *litis contestatio*, se accertava il fatto indicato nella *praescriptio*: in questo modo si evitava l'estinzione dell'azione e si permetteva di agire una seconda volta per la stessa causa.

Le exceptiones

L'*exceptio* era un rimedio a favore del convenuto che il pretore poteva inserire nella formula dopo l'intentio, dietro richiesta del convenuto stesso. Le *exceptiones* erano strumenti pretori, introdotti di solito allo scopo di correggere il *ius civile*. Esistevano anche delle eccezioni decretali, non previste dall'editto, ma concesse di volta in volta dal pretore dopo un sommario esame dei fatti. La formula aveva struttura ipotetica: poneva la questione se il diritto dell'attore esistesse o meno. In questi casi, si parla di **effetti ipso iure**, cioè di fatti che escludono di per sé l'intentio, di cui il giudice può tenere conto anche se nella formula non è detto espressamente. L'*exceptio* si rendeva necessaria, invece, quando il convenuto voleva far valere una circostanza che implicava un impedimento a esercitare il diritto, diritto che pur sarebbe stato esistente per *ius civile*; si trattava di quei casi in cui sarebbe stato iniquo giungere a una condanna, benché per diritto civile ce ne fossero tutti gli estremi. In relazione ai fatti che possono essere fatti valere solo opponendo un'eccezione si parla di **effetti ope exceptionis**. La distinzione tra *effetti ipso iure* e *ope exceptionis* esiste anche oggi: vi sono fatti che il giudice può verificare d'ufficio, di cui può tenere conto anche se il convenuto non li ha espressamente sollevati, come l'avvenuto pagamento o la nullità del contratto, mentre altri devono necessariamente essere fatti presente dal convenuto perché il giudice possa tenere conto, come l'avvenuta prescrizione. Riassumendo, quando la formula conteneva un'*exceptio*:

- 1) se l'attore non avesse provato la pretesa indicata nell'intentio, il giudice avrebbe assolto il convenuto;
- 2) se l'attore provava la pretesa indicata nell'intentio e il convenuto provava i fatti indicati nell'*exceptio*, il giudice assolveva il convenuto;
- 3) se l'attore provava la pretesa indicata nell'intentio e il convenuto non provava i fatti indicati nell'*exceptio*, il giudice condannava il convenuto. L'attore a sua volta poteva opporre all'eccezione dei fatti che, se provati, avrebbero fatto apparire iniquo dar seguito all'*exceptio*: chiedeva dunque l'inserimento nella formula di un'altra clausola, una *replicatio*, con cui rispondeva e superava le osservazioni del convenuto.

L'*arbitratus de restituendo*. Le azioni di stretto diritto, le azioni arbitrarie e le azioni di buona fede

L'**arbitratus de restitendo o clausola arbitraria** era un'appendice dell'intentio, con la quale si condizionava ulteriormente la condanna, in questo caso alla mancata restituzione, cioè alla mancata rimessione in pristino della situazione attorea, cioè alla restituzione dell'oggetto controverso, più eventuali frutti da questi prodotti, nonché un risarcimento di eventuali danni arrecati. Era formulata nel modo seguente:

...neque is homo arbitratus iudicis a Numerio Negidio Aulo Age.

rio restitatur ... è quello schiavo non sia stato restituito da Numerio Negidio ad Aulo Agerio secondo le modalità indicate dal giudice ...].

Quando la formula conteneva la clausola arbitraria, il giudice dopo aver accertato le circostanze indicate nell'intento e convintosi delle ragioni dell'attore, prima di condannare invitava il convenuto a restituere, indicandogliene le

modalità. A questo scopo, il giudice emetteva dei provvedimenti interlocutori: una pronuntiatio de iure, con la quale dichiarava la fondatezza della pretesa attorea, e un iussum de restituendo, con cui indicava al convenuto tutto quel che doveva fare per evitare la condanna. Tale iussum non aveva efficacia esecutiva, ma si limitava a offrire al convenuto un'alternativa alla condanna e al contempo dava una possibilità all'attore di riavere la cosa come se gli fosse stata restituita al momento della litis contestatio. In queste azioni il giudice aveva tre possibilità:

- 1) se non veniva provata la pretesa dell'attore, assolveva il convenuto;
- 2) se veniva provata la pretesa dell'attore e il convenuto adempiva alla restitutorio, lo assolveva;
- 3) se veniva provata la pretesa dell'attore e il convenuto non adempiva alla restitutio, lo condannava.

Le azioni che contenevano questa clausola erano dette **azioni arbitrarie** e il giudice era un iudex-arbiter perché aveva più poteri di un giudice chiamato a decidere con una formula che non contenesse l'arbitratus. Erano arbitrarie tutte le azioni in rem e pochissime azioni in personam (quelle di dolo, di metus e l'actio aquae pluviae arcendae).

Dal punto di vista dei poteri del giudice le azioni arbitrarie erano una via di mezzo tra quelle di stretto diritto e quelle di buona fede.

Le **azioni di stretto diritto**, chiamate anche rigorose perché risentivano alla cora della rigidità dell'antico ius civile, erano azioni in personam, come l'actio ex stipulatu e l'actio ex testamento, in cui l'obbligo del convenuto era descritto precisamente, di modo che al giudice risultavano attribuiti dei poteri molto limitati: egli doveva procedere all'accertamento dei fatti applicando le regole tradizionali e seguendo le precise indicazioni fornite dalla formula; non poteva, ad esempio, tenere conto di eventuali scorrettezze dell'attore, se il convenuto non avesse il processo privato fatto inserire l'apposita exceptio doli, né poteva condannare il convenuto al pagamento di interessi. Le **azioni di buona fede** davano, invece, al giudice poteri molto ampi: egli doveva stabilire quali fossero gli obblighi del convenuto seguendo i criteri della correttezza, con un'ampia discrezionalità di giudizio. Il giudice doveva valutare secondo il criterio della buona fede il complessivo comportamento delle parti e da ciò determinare le prestazioni che erano ancora dovute.

Altri tipi di azioni: azioni in rem e in personam

Le azioni formulari erano tipiche, cioè il loro numero in un dato momento storico era chiuso:

l'editto conteneva un elenco di azioni disponibili, ognuna a difesa

di una diversa situazione soggettiva, ognuna con una propria struttura, suddivisione fondamentale era quella che si fondava sul tipo di pretesa di cui si chiedeva la tutela; da questo punto di vista si distingueva, già dal tempo delle legis actiones, tra:

- a) **azioni in rem**: nell'intento l'attore afferma un potere assoluto in relazione a un bene, esprime dunque una pretesa erga omnes (nei confronti di tutti); per questo motivo vi compare solo il nome dell'attore e la cosa o il diritto vantati. Qualora il convenuto non voglia accettare il giudizio, il pretore concede una missio in rem, autorizza cioè l'attore a prendere possesso del bene controverso. Tutte le azioni in rem sono arbitrarie.
- b) **azioni in personam**: l'attore afferma un dovere giuridico del convenuto nei suoi confronti: la persona del convenuto è certa e determinata già prima dell'azione e il suo nome compare anche nell'intento. La legittimazione passiva è limitata al debitore e ai suoi eredi. Se il convenuto non vuole accettare il giudizio, il pretore concede una missio in bona, cioè autorizza l'attore a prendere possesso di tutto il patrimonio del convenuto.

Altra fondamentale distinzione era costruita sul fondamento dell'azione, sul tipo di ordinamento che la concedeva; da questa prospettiva si distinguevano:

1) **Azioni civili**: sono quelle fondate sul ius civile, azioni che il pretore non poteva non inserire nell'editto (perché spettavano di diritto ai cittadini), ma che nel caso concreto avrebbe sempre potuto denegare. L'intentio di queste azioni menzionava un diritto soggettivo o un rapporto giuridico appartenente al ius civile; erano tutte formule con **intentio in ius concepta**: la pretesa dell'attore era fondata sul diritto civile, si affermava l'appartenenza di un bene (dominium) o la spettanza di uno ius ovvero un oportere del convenuto.

2) **Azioni onorarie (o pretorie)**: sono azioni concesse dai magistrati giurisdicenti (in primo luogo i pretori, ma anche gli edili curuli e i governatori delle provincie), dirette a colmare le lacune del ius civile; esse tutelavano rapporti che altrimenti non sarebbero stati tutelati e rispondevano alla funzione integrativa del diritto civile. Il magistrato indicava, prima della formula in una clausola di promessa, le condizioni che dovevano esistere per la concessione di tali azioni.

Le azioni onorarie potevano avere varie strutture:

In factum conceptae: nell'intentio non vi è alcun richiamo al diritto, ma solo a certi fatti, che per il diritto civile sarebbero di per sé irrilevanti, ma che il pretore ritiene equo proteggere, dicendo al giudice che, se ne accerta l'esistenza, dovrà condannare.

In ius conceptae: qualora il magistrato volesse estendere a nuove situazioni una tutela che il diritto civile già conosceva, copiava una formula civile modellandola alle nuove esigenze.

a) **ficticiae (fittizie)**: il magistrato prendeva un'azione civile e vi aggiungeva una finzione, per cui il giudice doveva giudicare come se esistesse un elemento o una circostanza, in effetti inesistenti, ma indispensabili per agire civilmente.

b) **adiecticiae qualitatis (adiettizie o con trasposizione di soggetti)**: si trattava di azioni civili concesse a favore di soggetti o contro dei soggetti che non sarebbero stati legittimati all'azione secondo il diritto civile.

Infine, un'ultima classificazione delle azioni si basava sulla loro diversa funzione:

- le **azioni reipersecutorie** perseguivano una res, nel senso che erano finalizzate a ottenere il controvalore della cosa litigiosa o il risarcimento del danno arrecato all'attore con l'inadempimento di un'obbligazione; sono tali tutte le azioni in rem nonché le azioni in personam nascenti da atti leciti.

- le **azioni penali**, perseguivano una poenam, nel senso che avevano la funzione di punire il responsabile di un delictum, un illecito penale privato. Dal momento che il delictum non ledeva l'intera comunità, soltanto il soggetto offeso poteva esperire l'azione penale, chiedendo però non una semplice reintegrazione patrimoniale, bensì l'applicazione di una sanzione (una poena) al convenuto. Tale pena aveva comunque come contenuto il pagamento di una somma di denaro che il convenuto condannato doveva pagare all'attore e di solito consisteva in un multiplo del valore del pregiudizio subito.

Le azioni penali avevano alcune caratteristiche di regime che le distinguevano da quelle reipersecutorie.

Innanzitutto, esse erano **intransmissibili passivamente**, l'azione non poteva essere esercitata se non contro l'autore del delitto, l'unico che doveva essere punito: contro i suoi eredi si sarebbe tutt'al più potuta esercitare un'azione per recuperare ciò di cui essi si fossero arricchiti in conseguenza del delitto, ad esempio, in caso di furto, per quella parte della refurtiva che si trovasse presso di loro.

Le azioni penali, inoltre, erano caratterizzate dalla **cumulatività**, sia nel senso che si potevano utilizzare separatamente nei confronti di più rei, sia che concorrevano con un'eventuale azione reipersecutoria scaturita dallo stesso fatto. Quando più persone avevano commesso insieme il delitto, tutte andavano 'punite'; perciò, l'azione esperita vittoriosamente contro uno non impediva all'offeso di agire nuovamente contro gli altri correi per ottenere un'altra volta l'intero pagamento della pena: ne derivava quella particolare figura dell'obbligazione solidale cumulativa passiva. Infine, quando un delitto fosse stato compiuto da un soggetto a potestà, dal momento che non si poteva agire contro l'autore del delitto che era privo di capacità giuridica,

l'azione penale veniva esperita contro il suo avente potestà, dominus o pater familias, col regime della **nozialità**: era lasciata al convenuto la scelta tra pagare la pena oppure dare a noia il colpevole, cioè consegnare il soggetto a potestà all'offeso.

- **azioni miste**: Gaio dice che alcune azioni perseguivano sia una res che una poenam; rientravano in questa categoria le azioni che prevedevano la litiscrescenza, cioè il raddoppio della somma dovuta in caso di condanna per il caso di contestazione della lite, come per esempio l'actio iudicati, di cui si dirà tra poco.

La condanna riportata in alcune **azioni**, dette famosa o **infamanti**, comportava come effetto accessorio la sanzione dell'infamia, una disistima sociale che portava con sé pesanti conseguenze giuridiche: nel campo del diritto pubblico la perdita del diritto di voto attivo e passivo, in quello del diritto privato il divieto di rappresentare altri in giudizio e di farsi rappresentare in giudizio, nonché l'incapacità di esperire azioni popolari e di prestare testimonianza.

Capacità delle parti e rappresentanza processuale

Per poter essere parte in un processo era innanzitutto necessario essere liberi: chi si trovasse in servitù, ma pretendesse di essere libero, aveva bisogno di un adsertor libertatis, cioè di una persona libera che stesse in giudizio per sostenere le ragioni del presunto schiavo. Poteva trattarsi di un rappresentante necessario che sostituiva un soggetto privo di capacità d'agire, come gli impuberi, i furiosi e i prodighi interdetti, che stavano in giudizio tramite i rispettivi tutori o curatori; le donne, invece, potevano partecipare personalmente al processo e avevano bisogno dell'assistenza del tutore solo se si trattava di un iudicium legitimum. Gli enti immateriali, come il popolo romano, i municipi, le colonie e i collegia stavano in giudizio tramite un magistrato o un apposito actor che li rappresentava.

Era possibile, altresì, nominare un rappresentante volontario che sostituisse un soggetto capace d'agire, il quale non volesse o non potesse per vari motivi partecipare personalmente al giudizio. La figura più antica di rappresentante giudiziario fu quella del **cognitor**, persona di notoria onestà e solida posizione economica che il dominus litis nominava in presenza dell'avversario mediante un atto unilaterale solenne; egli agiva in nome del rappresentato in modo tale che l'azione esperita era dedotta in giudizio e quindi operava la preclusione processuale sia per il dominus litis che per il cognitor: la stessa azione non poteva essere più riproposta. Analoga a quella del procurator era la posizione del **defensor**, persona che poteva intervenire spontaneamente in difesa di una persona assente che venisse

chiamata in giudizio; il defensor era un gestore di affari altrui che poteva sostituire solo il convenuto.

Vi erano infine dei casi in cui un qualsiasi cittadino poteva agire nell'interesse dell'intera comunità e indirettamente nel proprio interesse; si parlava in proposito di **azioni popolari** o a legittimazione generale.

Procedimento di cognizione: la litis contestatio

contestualmente alla chiamata in giudizio l'attore doveva effettuare l'editio actionis, cioè indicare il mezzo processuale che avrebbe poi chiesto al magistrato, nonché la documentazione di cui intendeva servirsi (editio instrumenta). Qualora per il convenuto fosse difficile comparire immediatamente in giudizio, egli poteva accordarsi coll'attore per presentarsi davanti al magistrato in un

altro giorno, promettendo con stipulatio di pagare una penale se non fosse comparso nel giorno stabilito, attore e convenuto comparivano davanti al magistrato ed esprimevano liberamente le proprie ragioni. L'attore chiedeva al pretore l'azione

(**postulatio actionis**) e spiegava la propria pretesa. Il convenuto poteva tenere tre diversi atteggiamenti:

a) **confessio** = chi ammetteva in iure la fondatezza della pretesa attorea era parificato a chi fosse stato condannato, i fatti ammessi si consideravano definitivamente accertati tra le parti;

b) **indefensio** = se il convenuto non avesse accettato il giudizio, si sarebbe proceduto direttamente con i mezzi esecutivi in rem (se l'azione chiesta era in rem) o in bona (se l'azione chiesta era in personam);

C) **difesa** = più spesso il convenuto accettava il giudizio, ma contestava e pretese dell'attore: poteva contestarle in fatto, affermando ad esempio di aver già pagato il debito richiesto; oppure contestare in diritto, magari sostenendo che non era stata posta in essere la forma necessaria per rendere obbligatoria la promessa ovvero che il titolo di acquisto della proprietà fatto valere dall'attore era nullo perché rilasciato da un non dominus. formula creata apposta per quel caso, un'azione decretale.

A volte il magistrato, dopo aver effettuato una valutazione sommaria degli elementi della causa, poteva ritenere che le pretese dell'attore, pur avendo già riconoscimento giuridico, fossero sicuramente infondate o inique e poteva dunque

negare la tutela richiesta (**denegatio actionis**). In questo caso la pretesa dell'attore rimaneva impregiudicata, perché non era stata emanata alcuna sentenza e non vi era ancora stata neppure una litis contestatio; semplicemente quel pretore non permetteva di procedere, ma l'azione poteva essere richiesta nuovamente in futuro, davanti a un nuovo pretore. Più spesso, il magistrato concedeva l'azione richiesta (**datio actionis o iudicii**)

In base al testo sul quale si erano accordate le parti e procedeva alla nomina del giudice, anche in base alle indicazioni delle parti.

Procedimento di cognizione: la litis contestatio

Ottenuta la concessione della formula, l'attore doveva procurarsi l'adesione del convenuto alla prosecuzione del giudizio. Il carattere privatistico del processo formulare implicava che esso non potesse svolgersi senza la collaborazione del convenuto, ma il suo carattere magistratuale permetteva che la mancanza di tale collaborazione fosse sanzionata. Perciò, se il convenuto non avesse accettato la formula, sarebbe stato indefensus e il magistrato procedeva direttamente all'esecuzione.

L'atto con cui le parti manifestavano il loro accordo sulla formula autorizzata dal magistrato si chiamava litis contestatio e costituiva il momento finale della fase in iure, con il quale si stabiliva ufficialmente che vi era un processo tra quelle parti e per quell'oggetto. Non era più necessaria l'invocazione solenne dei testimoni, perché ora il testo della formula era scritto.

La litis contestatio produceva una serie di importanti conseguenze: l'effetto generale era quello di **rem in iudicium deducere**, cioè di sottoporre la controversia

a un giudice; la lite diventava oggetto di un giudizio, si instaurava un rapporto processuale tra quelle parti. Da questo effetto generale discendevano varie importanti conseguenze:

1) **effetto conservativo**: i termini della controversia erano fissati in modo non più modificabile né dalla volontà delle parti né da fatti sopravvenuti. La situazione veniva, per così dire, fotografata e il giudice riferiva a essa la propria sentenza;

si aveva la fissazione del rapporto giuridico al momento della litis contestatio, di modo che ogni evento successivo sarebbe stato irrilevante e non avrebbe pregiudicato la pretesa dell'attore.

2) **effetto preclusivo**: in relazione a determinate formule (in particolare in quelle in personam) la contestazione della lite comportava già la consumazione dell'azione, impediva (ipso iure se il iudicium era legitimum, altrimenti ope exceptionis) che potesse essere promossa nuovamente un'azione in ordine allo stesso rapporto (bis de ad rem ne sit actio) e tra le stesse parti. Non occorre dunque attendere l'emanazione della sentenza per aversi l'irripetibilità dell'azione.

3) **effetto estintivo**: la litis contestatio era un modo di estinzione dell'obbligo, simile a una novazione del rapporto, in quanto il preesistente si considerava cancellato e sostituito dall'obbligo del convenuto di sottostare alla futura sentenza del giudice.

Il procedimento di cognizione: la fase apud iudicem e la sentenza

La seconda fase del processo formulare si svolgeva davanti al giudice, che all'epoca non era un organo pubblico, bensì un privato cittadino che svolgeva una funzione pubblica.

Se attore e convenuto riuscivano a mettersi d'accordo sul nome di una persona che riscuotesse la fiducia di entrambe le parti, questa veniva nominata giudice nella loro causa; altrimenti, esistevano delle liste di giudici, dalle quali le parti potevano scegliere la persona che fosse meno sgradita tramite un complesso sistema di recusazioni reciproche. Ciò che era scritto nella formula fissava in modo immutabile la posizione di ogni parte: non era più possibile modificare i termini della pretesa o chiedere la considerazione di circostanze non specificate in apposite exceptiones.

L'**onere della prova** incombeva su chi affermava l'esistenza di un fatto (ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat: la prova dei fatti che costituiscono condizione della condanna compete a chi li adduce come esistenti, chi li contesta non deve provare che non esistono (prova che sarebbe molto difficile). Quindi, l'attore deve provare i fatti positivi che sono a fondamento dell'actio, ad esempio la fonte del suo crédito o il titolo della proprietà; il convenuto deve provare solo i fatti impeditivi o estintivi del diritto vantato dall'attore, ad esempio di aver già pagato il credito o di aver usucapito il bene conteso, nonché i fatti a fondamento dell'eventuale exceptio.

Il giudizio si concludeva con l'emanazione della sentenza, che il giudice pronunciava al termine del dibattimento: non era richiesta alcuna formulazione particolare, neppure la forma scritta, né alcuna motivazione. Il giudice poteva soltanto condannare o assolvere il convenuto.

Interdetti, Stipulazioni, immissioni nel processo

Gli interdetti erano ordini di fare o non fare qualcosa, emessi su richiesta di un privato contro un altro privato, previo sommario accertamento. Si trattava di 'ordinanze d'urgenza' con cui il magistrato ingiungeva determinati comportamenti,

benché questi non fossero prescritti dal ius civile, né fossero esigibili con azioni;

Gli interdetti si distinguevano in:

- **restitutori**: Il pretore imponeva di ristabilire una situazione di fatto che era stata modificata dal convenuto;
- **esibitori**: il pretore ordinava di esibire in giudizio una cosa o una persona;
- **proibitori**: il pretore vietava di usare la violenza per raggiungere un certo risultato;

Le prime due categorie erano di interdetti simplicia, in cui l'ordine era rivolto solo al convenuto; gli interdetti proibitori potevano essere simplicia ovvero duplicia, in cui l'ordine era rivolto a entrambe le parti presenti in iure.

L'editto prevedeva inoltre che il pretore potesse invitare una persona ad assumere una obbligazione mediante **stipulatio** nei confronti del postulante a scopo di garanzia, il convenuto doveva obbligarsi a pagare una somma di denaro per il caso in cui avesse compiuto una certa attività vietata o viceversa si fosse astenuto da un comportamento doveroso o ancora si fossero verificati eventi pregiudizievoli per il richiedente. L'eventuale disobbedienza all'invito del magistrato portava a sanzioni indirette.

Le **missiones in possessionem** (in rem e in bona) erano provvedimenti il pretore autorizzava l'immissione del richiedente nella disponibilità di un bene (in rem) o di un patrimonio (in bona) del convenuto, con poteri di controllo e di amministrazione. Tali atti potevano avere scopo di conservazione, per impedire diminuzioni e deterioramenti del patrimonio o della singola cosa, e/o scopo coercitivo, per indurre il convenuto al compimento di un atto giuridico o all'assunzione di un comportamento. La missio è una misura provvisoria che assicura solo la detenzione del bene o del patrimonio.

Qualora il pretore ritenesse che un determinato effetto giuridico già verificatosi pur essendo lecito in base al ius civile, fosse palesemente iniquo, poteva emanare un provvedimento con cui ripristinava lo stato di diritto anteriore al fatto, all'atto o al negozio che tale effetto aveva prodotto.

Nell'editto pretorio erano indicate varie situazioni in presenza delle quali si poteva chiedere una restitutio in integrum: ad esempio, il pretore riteneva equo rescindere i negozi che fossero stati attuati in base a una volontà viziata. Perciò concedeva la restitutio in integrum

propter aetatem al minore di 25 anni che avesse compiuto un atto per sé pregiudizievole, quella proptermetum a chi avesse concluso un contratto perché minacciato.

quella ob fraudem al creditore che avesse visto fraudolentemente ridotto il patrimonio su cui soddisfare la propria pretesa.

Actio iudicati

L'actio iudicati non rimetteva in discussione il merito della causa, non era un appello, perché l'oggetto del giudizio non era il medesimo: essa serviva solo per far accertare l'esistenza di una corretta obligatio iudicati, cioè per verificare che il giudicato esistesse davvero, non fosse affetto da vizi così gravi da renderlo nullo.

Il convenuto confessus o condannato al doppio in sede di actio iudicati veniva direttamente sottoposto alla **bonorum venditio**, cioè un'esecuzione che aveva per oggetto l'intero patrimonio.

La **bonorum venditio** o vendita dei beni era utilizzata anche per il caso di confessio nel giudizio principale; in ipotesi di indefensio o assenza e latitanza la si usava a scopo di coazione e garanzia ed era quindi revocabile. Il creditore, entrato in possesso dei beni, doveva farne un inventario e renderlo pubblico, dando in tal modo comunicazione che si era messa in moto la procedura esecutiva contro quella persona, per permetterla a eventuali altri creditori di partecipare e di soddisfarsi a loro volta sul patrimonio del debitore. Dopo trenta giorni dall'immissione nel patrimonio, il debitore diveniva infamis e veniva dichiarato fallito e i creditori potevano procedere alla vendita dei beni: a questo scopo sceglievano tra di loro, con l'autorizzazione del magistrato, un magister bonorum, che predisponesse le condizioni di vendita, indicando da un lato l'entità dei beni e dei crediti facenti parte del patrimonio e dall'altro l'ammontare dei debiti accertati, distinti in privilegiati e chirografari, cioè in possesso soltanto di documento attestante il loro credito, i quali venivano pagati solo dopo quelli privilegiati. Si procedeva normalmente a un'asta, i beni erano aggiudicati al migliore offerente detto **bonorum emptor**. D'altro lato, egli era tenuto a soddisfare i creditori nella misura pattuita, pagando subito i crediti già accertati e quelli che intendeva contestare.

Le **azioni Serviane** si utilizzavano quando il fallito fosse nel frattempo morto e contenevano la fictio che il bonorum emptor fosse erede civile del fallito.

Le **azioni Rutiliane** erano invece azioni con trasposizione di soggetti ed indicavano nell'intento il nome del fallito e nella condemnatio quello del bonorum emptor.

Benché lontana dalle durezze dell'antica manus iniectio, anche la procedura esecutiva pretoria era molto severa per il debitore, che non veniva toccato nella sua fisicità, ma veniva annientato dal punto di vista patrimoniale: era come se fosse morto, tanto che la bonorum venditio era considerata una successione universale tra vivi. In epoca classica il suo regime poteva essere mitigato grazie alla possibilità di utilizzare due istituti ad essa alternativi: la **cessio bonorum** e la **bonorum distractio**. La prima venne introdotta da Augusto ed era accordata al debitore cittadino romano, al quale l'insolvenza non fosse imputabile dal punto di vista morale: egli era autorizzato a cedere tutti i propri beni ai creditori, anch'essi cittadini romani, evitando in tal modo la conseguenza negativa della dichiarazione di infamia. L'infamia si evitava anche con la bonorum distractio, una vendita dei singoli beni fino al raggiungimento della somma dovuta ai creditori; questa si poteva utilizzare qualora il debitore fosse un incapace d'agire oppure una persona di rango senatorio.

A partire dal momento in cui la bonorum venditio divenne la forma ordinaria di esecuzione, il patrimonio del debitore iniziò a rappresentare la principale garanzia per i creditori, i quali sapevano che se il debitore non avesse adempito avrebbero potuto soddisfarsi su tutti i suoi beni. Talvolta il debitore, consapevole del rischio di insolvenza, cercava di diminuire dolosamente tale garanzia, alienando alcuni beni ovvero assumendo ulteriori obbligazioni.

Il pretore introdusse nell'editto vari strumenti con i quali i creditori potevano far venir meno l'efficacia di tali atti, quando fossero stati compiuti proprio con l'intenzione di frodare i creditori. I presupposti per l'applicabilità dei rimedi pretori erano:

1) l'**eventus damni**, l'atto doveva cioè avere oggettivamente ridotto il patrimonio in misura tale da rendere impossibile la soddisfazione di tutti i creditori (o ridurla ulteriormente);

2) il **consilium fraudis**, la cosciente volontà del debitore di arrecare pregiudizio ai creditori attuando quell'atto;

3) la **scientia fraudis**, cioè la consapevolezza della frode da parte del terzo acquirente a titolo oneroso, il quale doveva sapere che quell'atto era attuato proprio per ledere i creditori dell'alienante. Per il caso di assunzione di ulteriori obbligazioni il pretore avrebbe denegato l'azione al creditore fraudolento che volesse agire contro il bonorum emptor per riscuotere il credito.

Per rescindere eventuali alienazioni fraudolente, una volta avviata la procedura esecutiva, il curator bonorum poteva chiedere una **restitutio in integrum propter fraudem**; se il pretore la concedeva, il bene sarebbe stato inserito tra quelli oggetto della bonorum venditio, in modo che il bonorum emptor avrebbe potuto recuperare la cosa alienata fraudolentemente utilizzando una rivendica Rutiliana ulteriormente modificata dall'aggiunta della finzione che il bene non fosse stato alienato.

Era previsto anche un rimedio esperibile dopo la bonorum venditio, l'**interdictum fraudatorium** che ciascun creditore poteva chiedere per rientrare nel possesso dei beni alienati fraudolentemente.

La cognitio extra ordinem

Questa nuova procedura si affianca a quella ordinaria e viene chiamata cognitio in quanto in essa l'organo competente ha il potere di conoscere, cioè di accertare i fatti e riscontrare la loro rilevanza giuridica, quindi risolvere anche il merito

della causa: in questi procedimenti era attribuito al cognitor sia il potere di impostare in termini giuridici la controversia sia il potere di risolverla. In Roma il processo formulare continua a essere quello principalmente utilizzato per tutta l'epoca classica e le cognitiones extra ordinem lo affiancano solo per singole determinate materie; nelle provincie, invece, lo stesso processo formulare si snatura venendo presto svolto con modalità diverse che ne modificano i caratteri peculiari e lo riconducono al nuovo procedimento extra ordinem. Nelle provincie era competente il governatore, sia per il processo formulare che per quello straordinario. I procedimenti che avevano luogo presso ciascun organo erano diversi; perciò, si parla più propriamente di cognitiones, ma emergono alcuni principi comuni che portano il nuovo tipo di processo sempre più nella sfera pubblica, pur continuando a riguardare liti tra privati: si assiste a una statalizzazione del processo, viene meno quella forte impronta privatistica che aveva caratterizzato il processo formulare. Il processo si svolge ora tutto tramite atti scritti, che si conservano negli archivi degli uffici giudiziari.

Il procedimento assume un'impronta pubblicistica e autoritaria, tanto che si può giudicare anche senza il consenso della controparte, addirittura diventa possibile procedere in contumacia. La chiamata in giudizio, infatti, avviene ora con un ordine dell'autorità pubblica e non presentarsi in giudizio significa disobbedire all'ordine. Viene inoltre meno la tipica bipartizione in due fasi (rimane solo a livello terminologico) e il cognitor acquista maggiore discrezionalità e libertà di giudizio. Non si usano più le formule e le parti ora espongono in modo informale le loro pretese. Perde significato la distinzione tra azioni civili e pretorie e i rimedi pretori sono assimilati alle azioni: ciò porta alla fusione dei vari ordinamenti. Molte costruzioni che erano nate come riflessioni sul processo si svincolano da esso e diventano materia di diritto sostanziale; emerge la tendenza a prospettare il diritto soggettivo indipendentemente dalla corrispondente azione.

Processo e diritto sostanziale, saldamente compenetrati finché vigeva il processo formulare, acquistano reciproca autonomia e si pongono così le premesse per farne oggetto di separate discipline. La chiamata in giudizio assume ora carattere ufficiale, in quanto la citazione del convenuto è effettuata ancora dall'attore, ma dietro autorizzazione dell'organo pubblico. L'assenza del convenuto regolarmente convocato non avrebbe più impedito la continuazione del processo, perché non era più necessario che egli accettasse il giudizio; perdeva così di significato l'indefensio. Se presente, il convenuto poteva difendersi contestando le affermazioni dell'attore oppure adducendo a propria difesa ulteriori fatti rispetto a quelli indicati dall'attore: in questo secondo caso presentava un'exceptio, la quale non era più una clausola da aggiungere alla formula, ma un mezzo generale di difesa consistente nell'allegazione di

circostanze che avrebbero minato l'efficacia della pretea attorea, senza però contestare i presupposti di tale pretesa. Il processo non è più diviso nelle due fasi in iure e apud iudicem, ma viene svolto per intero davanti all'organo pubblico competente; a volte, quest'ultimo delega la fase istruttoria o anche quella decisoria a un iudex pedaneus, che non è più un giudice privato, bensì è considerato come un'emanazione dell'organo pubblico. Di conseguenza, la litis contestatio perde il suo significato e diventa solo il momento in cui si fissano le posizioni delle parti in ordine alla lite; La libertà di apprezzamento del giudice viene progressivamente limitata, nel senso che la valutazione delle prove non è lasciata alla sua completa discrezionalità, ma cominciano a imporsi dei criteri legali che attribuiscono maggior peso a determinati tipi di prove.

Al termine del procedimento, il giudice emanava, in presenza delle parti (salvo che nella procedura contumaciale), la sentenza definitiva, che ora è composta del provvedimento autoritativo (detto dispositivo) e della motivazione, in quanto è prevista la possibilità di presentare appello contro la sentenza di primo grado e la motivazione permette al giudice di secondo grado di verificare la correttezza del ragionamento che ha portato alla decisione.

Introduzione all'appello

Nel processo extra ordinem sorge per la prima volta la possibilità di chiedere un riesame della sentenza con l'istituto dell'appellatio, che consiste in una riconsiderazione ex novo dell'intera controversia, con possibilità di addurre fatti nuovi e nuove prove, ma non di proporre nuove domande. All'inizio, competente in grado d'appello era il Principe; col passare del tempo, egli inizia a delegare questa funzione ai suoi funzionari di grado più elevato: il praefechus urbi sarà competente per i processi svoltisi in Roma e il praefectus pretorio per quelli tenutisi in altre parti dell'impero. Una volta ottenuta una sentenza con forza di giudicato (o in grado d'appello o perché erano trascorsi i termini per la richiesta di appello), si poteva dare avvio alla procedura esecutiva con un'istanza al giudice che aveva pronunciato la sentenza, il quale la autorizzava, a meno che il convenuto eccepisse la nullità della sentenza o allegasse la già avvenuta esecuzione: in quest'ultimo caso si instaurava un ulteriore giudizio di cognizione senza rischio di litiscrescenza. Era ancora possibile un'esecuzione sulla persona, che si utilizzava qualora non ci fossero beni sui quali procedere. Nel caso in cui la sentenza avesse per contenuto l'ordine di restituire dei beni o di eseguire una data prestazione si poteva chiedere un'esecuzione in forma specifica (in ipsam rem), perché l'autorità che emana la sentenza ha il potere di imporne l'esecuzione forzata, manu militari. La sentenza, infatti, non è più emanata da un giudice privato e non basa più la propria efficacia sulla volontà delle parti che vi si sono sottomesse: la sentenza ora è il comando autoritativo di un'autorità pubblica.

In età postclassica, la cognitio extra ordinem, ormai unitaria, è l'unica forma di processo utilizzabile, sia in campo civile che criminale. Il procedimento si irrigidisce, nel senso che sempre più accentuata è la tendenza a non lasciare spazio all'esercizio di poteri discrezionali da parte del giudice: egli non è più vincolato dalla formula, ma lo è in tema di assunzione e valutazione delle prove, il cui valore probatorio è ora stabilito dal diritto. Si parla di prove legali: il documento scritto ha più valore delle testimonianze orali; per queste ultime si considera il ceto sociale di chi le fornisce; si introduce un regime di presunzioni che impongono al giudice di dedurre dall'accertamento di un fatto un altro fatto non accertato.

LA SUCCESSIONE A CAUSA DI MORTE (CAPITOLO 6)

Il fenomeno della successione a titolo universale comportava il subingresso di un soggetto (successor) in tutte le posizioni attive e passive inerenti ad un soggetto (antecessor), questo fenomeno era chiamato **successio in ius** e poteva essere **mortis causa** o **inter vivos**.

Poteva avvenire la **successio in universum ius inter vivos** nel caso della successione dell'adrogator nel patrimonio del soggetto adrogatus o bonorum emptor nei beni del fallito, nel caso che una donna sui iuris si fosse subordinata alla manus del marito, egli subentrava nel patrimonio della donna, o anche nel caso che un individuo avesse subito la capitis maxima o media.

L'**hereditas** romana era concepita come universitas, ossia come un complesso unitario, comprendente elementi attivi e passivi: l'**heres** acquisiva la titolarità dell'intero complesso o di una quota, l'hereditas poteva essere **ex testamento, ab intestato, contra testamentum**.

Altro elemento era la **vocatio ad hereditatem** cioè l'indicazione del soggetto chiamato a succedere nel complesso di situazioni giuridiche attive e passive facenti capo al **de cuius** poteva essere **vocatio ex testamento, vocatio ab intestato, vocatio contra testamentum**. Chi testava solo pro parte cioè solo per una parte del patrimonio escludeva la successione ab intestato per il resto: **nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest** (Nessuno può morire avendo testato per una parte del suo patrimonio e non avendo testato per il resto).

In caso di morte di un soggetto era possibile l'acquisto mortis causa di singoli suoi diritti da parte di un altro soggetto attraverso: **donatio mortis causa** e **mortis causa capiones**.

Con la **Donatio mortis causa (donazione a causa di morte)** si aveva trasferimento del dominium di singoli beni dal donante al donatario mortis causa e cioè con la funzione di arricchire il donatario in vista di un imminente pericolo di morte del donante, queste donazioni erano assimilate ai legati. Se il donatario premoriva al donante, o non si verificava la morte del donante, il donante poteva richiedere il ritrasferimento del dominium delle cose donate.

Con la **Mortis causa capio (guadagno a causa di morte)** ogni acquisto mortis causa, che non avvenisse a titolo di successione e non avesse carattere di donatio mortis causa: ad es., la somma di denaro versata ad un terzo dal soggetto istituito erede dal de cuius sotto condizione di beneficiare il terzo stesso

La chiamata successoria più usuale a Roma era per testamento (vocatio ex testamento), il testamento è un **negozio unilaterale** compiuto alla presenza di testimoni mediante il quale il de cuius, soggetto sui iuris, determinava la sorte del suo patrimonio per il tempo successivo alla sua morte. Vi erano diversi tipi di testamento: **Per aes et libram, Calatis comitiis, Iure praetorio factum** e **Tripertitum**.

Nel caso del **testamentum per aes et libram** il testatore mancipava in blocco il proprio patrimonio (familia pecuniaque) ad un acquirente di fiducia (familiae emptor) dandogli l'incarico di distribuirlo alla propria morte a persone da lui designate mediante una dichiarazione contestuale (nuncupatio). il familiae emptor doveva pronunciare a sua volta un solenne impegno a tenere il patrimonio in titolarità fiduciaria e quindi ritrasmetterlo al testatore se questi cambiasse idea, egli, quindi, diventava l'esecutore testamentario cioè il curatore dell'esatto adempimento delle disposizioni contenute del testamento.

Vi era poi il **testamentum calatis comitiis** che conteneva sempre e soltanto disposizioni a titolo particolare, mentre l'heredis institutio era caratteristica del testamentum per aes et libram. Questo testamento coincideva spesso con la adozione di un pater familias da parte di un altro pater familias, compiuta alla presenza dei comizi curiati, che venivano a questo scopo convocati dal pontifex maximus due volte all'anno (24 marzo e 24 maggio). Per effetto dell'adozione, l'adottato diveniva erede dell'adottante. Il testamentum produceva effetti soltanto dopo la morte dell'adrogator.

Troviamo poi il **testamentum in procinctu** era una particolare forma testamentaria diffusa in Roma sin dall'età arcaica e compiuta dai soldati durante le campagne belliche, dopo che erano stati presi gli auspici per la battaglia davanti ai propri commilitoni che ne avrebbero riferito il contenuto in caso di morte del testatore. Il soldato poteva disporre delle proprie armi e degli oggetti che aveva

più cari: per i restanti beni permaneva il diritto a succedere dell'heres suus o comunque, del soggetto designato come erede secondo le norme della successio ab intestato.

Il **testamentum iure prætorio factum** la possessio dei beni del defunto (bonorum possessio secundum tabulas) veniva concessa a chi era stato beneficiato in un testamento civilistico manchevole della solennità della mancipatio. Il pretore, infatti, ritenne che fosse sufficiente l'esibizione delle tabulæ munite dei sigilli di sette testimoni per concedere la possessio dei bona defuncti.

Infine il **testamentum tripertitum** con il quale la legislazione imperiale stabilì che il testatore e i testimoni dovessero sottoscrivere l'atto, indicandone la natura testamentaria laddove in precedenza erano richiesti solo i sigilli, la figura che si affermò derivava in parte dal diritto civile, in parte da quello pretorio ed in parte da quello imperiale: il testamentum venne così definito tripertitum. In epoca giustiniana, tale testamento era redatto il più delle volte da un notaio (tabularius), il quale dava forma giuridica alle dichiarazioni del testatore rese alla presenza dei testi.

Vi era poi un tipo di testamento speciale cioè il **testamentum militis** il quale fu di creazione postclassica: era un testamento privo di formalità rigorose, la cui confezione era consentita oltre che ai militari, anche ai civili che, in tempo di guerra, seguivano l'esercito.

Si aggiungono in qualità di testamenti speciali anche il **testamentum tempore pestis conditum**: era una forma testamentaria speciale, di creazione postclassica, cui si poteva far ricorso durante le pestilenze: era consentito ai 7 testimoni di apporre le proprie sottoscrizioni anche alla spicciolata e non contemporaneamente come era, invece, ordinariamente richiesto dal ius civile. Il **testamentum ruri conditum** sempre di creazione postclassica, caratterizzato dal fatto che i testimoni potevano anche essere analfabeti; erano tenuti, dopo la morte del testatore, a giurare che la volontà di quest'ultimo fosse stata fedelmente riprodotta, a causa dello spopolamento delle campagne, era ridotto anche il numero dei testimoni (cinque e non sette). Infine ricordiamo il **testamentum parentis inter liberos** di creazione postclassica (risalente, in particolare, all'epoca dell'imperatore Costantino): i genitori potevano fare testamento a favore dei propri figli senza che fosse richiesto l'intervento di testimoni, purché il testamento fosse fatto in forma scritta, con indicazione olografa della data, del nome degli eredi e delle quote attribuite a ciascuno.

Alcuni soggetti erano incapaci di testare cioè coloro che non avevano capacità di agire o giuridica, ad esempio gli **impubere**, i soggetti **alieni iuris** fino a che erano sotto la patria potestas del pater, i **furiosi** e i **prodighi**, le vittime di capitis deminutio maxima, era infatti nullo il testamento fino alla fictio legis Corneliae (Sullae) de captivis dell'81 d.C. che stabilì che il civis romano, morto in prigionia dovesse essere considerato defunto al momento della cattura, infine i **latini iuniani**.

Potevano ricevere testamento tutti i soggetti giuridici anche gli schiavi se nel testamentum fosse prevista anche la manumissio; i soggetti non ancora venuti in vita ma già concepiti (postumi). Bisognava essere inseriti nel testamento al momento della confezione di esso, al momento della morte del testatore e al momento dell'acquisizione successoria.

Era possibile revocare il testamento sino al momento della morte del testatore. Il testamentum per aes et libram poteva essere revocato solo mediante la confezione di un nuovo e diverso testamento a seguito del quale il precedente era considerato ruptum (infranto).

Esso era revocato quando o il testator procedeva a fare un altro valido testamentum, il testator lacerava deliberatamente il testamento, quando il testatore aveva pubblicamente dichiarato di voler revocare il testamento, quando nasceva un discendente che il testatore non aveva né istituito erede nel testamento, né diseredato.

Nei casi invece in cui nessuno dei soggetti vocati ad hereditatem si presentava per l'accettazione: ad es., nel caso in cui il soggetto istituito erede era premorto al testatore, oppure, se heres voluntarius aveva rifiutato di accettare il testamento era detto disertato e inefficace, il testamentum desertum era privo di efficacia, qualora il testatore avesse successivamente perso per capitis deminutio la testamenti factio attiva posseduta al momento della redazione del testamento, il testamentum era irritum (abbandonato) e privo di efficacia.

Pubblicazione del testamenti

Generalmente il testatore depositava il testamento presso una persona di fiducia o presso i sacerdoti addetti al *templum*. appena morto il testatore si procedeva all'apertura del testamento. La cerimonia si svolgeva a Roma davanti al pretore, oppure nelle province presso il preside. L'apertura delle tavole testamentarie aveva luogo tra il terzo e il quinto giorno successivo alla morte del testatore presso l'ufficio delle imposte (una *lex Iulia de vicesima hereditatum* della età di Augusto, aveva, infatti, introdotta una imposta successoria del 5%), alla presenza dei testimoni che avevano preso parte alla redazione del testamento per il riconoscimento dei propri sigilli: in assenza dei testimoni vi dovevano assistere persone rispettabili.

La **heredis institutio** era una disposizione testamentaria a carattere solenne e imperativo per mezzo della quale il *de cuius* attribuiva il titolo di *heres* ad uno o più soggetti. La formula tipica era *Titius heres esto* (Tizio sarà erede). L'*heredis institutio* poteva essere **in universum ius** ovvero su tutto il patrimonio oppure **ex asse** cioè rispetto ad una quota, inoltre **non** poteva essere **ex certa re** cioè solo rispetto ad una certa cosa e *excepta re*: esclusa una certa cosa, poteva essere subordinata a condizione sospensiva ma non a termine, perché acquistata la qualità di erede non si perdeva più (*semel heres semper heres*).

Alla *institutio heredis* doveva accompagnarsi l'espressa **exhereditatio** degli *heredes sui* che il testatore voleva escludere dalla successione a causa dell'indegnità. I figli dovevano essere diseredati *nominatim*, cioè specificatamente uno per uno, invece le *filiae* e i nipoti di ambo i sessi potevano essere diseredati *inter ceteros*, cioè con una formula generica complessiva (*ceteri exheredes sunt*). Da Costantino in poi, l'*exhereditatio* fu ritenuta ammissibile anche se compiuta con formule non solenni: la volontà di diseredare l'erede poteva essere espressa in qualunque modo. si trasformò, così, in una semplice dichiarazione testamentaria.

Affinché il successore acquistasse il patrimonio del *de cuius* era necessaria:

1. l'apertura della successione;
2. l'acquisizione da parte del chiamato.

L'apertura della successione implicava la trasformazione della chiamata (*vocatio*) in *delatio*, cioè messa a disposizione del patrimonio successorio. La *delatio* si riteneva verificata al momento della morte del *de cuius*.

L'acquisizione poteva essere *ipso iure* senza necessità di alcun atto del chiamato oppure a seguito di accettazione da parte del chiamato.

L'acquisizione *ipso iure* del patrimonio avveniva per gli *heredes necessarii*: nel caso di un *heres suus*, discendente in potestate del *de cuius* (*heres suus et necessarius*), era costretto ad accettare, oppure nel caso di un servo dichiarato con testamento libero ed erede (*heres necessarius*).

L'*aditio hereditatis* (accettazione) ricorreva nei confronti degli *heredes voluntarii*, mediante *cretio* (atto di accettazione a forma vincolata) oppure mediante *pro herede gestio* e cioè con il compimento di atti conclusivi (pagamento dei debiti), essa ricorreva nel caso di mancanza di *heredes necessarii* subentravano *extranei* (*adgnatus proximus, gentiles*) o in caso di *bonorum possessio*.

Il patrimonio successorio in attesa di essere accettato da un erede era *eredità giacente*, diversa dall'*eredità vacante*, cioè, rifiutata, o comunque non accettata da nessun erede (ed attribuita, pertanto, al *fiscus Caesaris*). In attesa di un'eventuale accettazione, l'*hereditas iacens* era suscettibile di incrementi (ad es. per la nascita dei figli degli schiavi, o per fruttificazione) e di diminuzioni (ad es. per la distruzione di beni). Fino a tutto il periodo classico era considerata *res nullius*, in quanto i rapporti facenti capo al defunto non appartenevano né al defunto stesso (la cui capacità si era estinta con la morte), né al futuro erede (che non aveva ancora accettato): chi se ne impadroniva non veniva considerato responsabile di furto.

Per ovviare agli inconvenienti di un'*eredità giacente* furono creati due istituti in attesa dell'acquisizione successoria: **Usucapio pro herede**: il possesso di una cosa appartenente alla *eredità giacente* protratto per un anno, avrebbe fatto acquistare non solo la proprietà della cosa posseduta, ma addirittura anche la qualità di erede e, di conseguenza, tutta l'*eredità*.

In iure cessio hereditatis: l'heres voluntarius poteva trasmettere ad altri la facoltà di accettare, mediante un finto processo di eredità: il cessionario, attraverso una finta rivendicazione, poneva in essere la in iure cessio e acquistava l'intera eredità. La in iure cessio era esperibile solo nel caso di hereditas legitima, non anche nel caso di hereditas testamentaria.

Per quanto riguarda l'**accettazione**, per evitare che fosse fatta dopo troppo tempo, l'heres voluntarius poteva rinunciare spontaneamente all'acquisto così l'eredità era delata ad altri, Il testatore imponeva un termine di 100 giorni per la cretio con la pena della diseredazione. I creditori potevano rivolgersi al pretore per far fissare un tempus ad deliberandum al chiamato. Poteva in alcuni casi Incapacitas ad acquistare, era l'inidoneità del successore ad acquistare i cespiti (beni caduchi: caduca), i celibi (non coniugati) e gli orbi (i coniugati senza figli) a partire dalla lex Iulia et Papia Poppea, il pater vedovo senza figli, le feminae probrosae: donne di malaffare.

L'**indignitas** era una causa impeditiva della successione mortis causa ed operava nei confronti del soggetto che si fosse macchiato di gravi colpe verso il de cuius: caso tipico era quello del soggetto che avesse ucciso il de cuius. Tutto ciò che era sottratto al soggetto indegno, era attribuito all'aerarium o, successivamente in età postclassica, al fiscus Cæsaris.

Secondo la **substitutio** Il testatore poteva designare un erede di riserva la substitutio poteva essere **vulgaris** per il caso che l'erede nominato per primo premorisse al testatore o non acquistasse l'eredità, oppure poteva essere **pupillaris** nel caso che un proprio discendente impubere potesse morire prima di raggiungere la pubertà e quindi prima di acquistare la capacità di disporre testamentariamente del patrimonio ereditato poteva essere nominato un heres da parte del testatore maschio.

Una volta avvenuta la **successio**, il successore acquistava tutti i diritti ma anche tutti i debiti gravanti sul defunto (debiti che si mescolavano con il patrimonio del defunto).

Cause limitative della commistione **separatio bonorum:** l'attivo ereditario doveva essere destinato, in primo luogo, al soddisfacimento dei creditori del defunto e dei legatari. I creditori dell'erede, potevano soddisfarsi solo sul residuo. **beneficium abstinendi:** consentiva agli heredes sui et necessarii di rinunciare ad un'eredità svantaggiosa, evitando l'acquisizione automatica del passivo ereditario **beneficium separationis:** in presenza di un'eredità svantaggiosa, qualora non fosse avvenuta confusione tra il patrimonio ereditario e quello dell'heres necessarius, gli acquisti futuri dell'erede erano sottratti all'azione dei creditori ereditari **beneficium inventarii:** per stimolare gli heredes voluntarii all'accettazione di una eredità prevedibilmente svantaggiosa, si consentì loro, entro 30 gg. dal momento della conoscenza della successione, di incaricare un notaio della redazione di un inventario dell'attivo ereditario, per poter accettare l'eredità soltanto se essa risultava attiva.

La vocazione ereditaria o **vocatio ad hereditatem** cioè l'indicazione del soggetto chiamato a succedere nel complesso di situazioni giuridiche attive e passive facenti capo al de cuius poteva essere **vocatio ex testamento, vocatio contra testamentum, vocatio ab intestato.**

La **vocatio contra testamentum** era una successione necessaria che ricorreva in tutti i casi in cui il fenomeno della successione a titolo universale per causa di morte avveniva, prescindendo dal testamento lasciato dal de cuius; vi rientravano le ipotesi di: **praeteritio** dei sui heredes o dei liberi e la violazione dell'officium pietatis.

La **praeteritio** era l'omessa menzione di un discendente nel testamento; in particolare, per quanto riguarda gli heredes sui, vigeva il principio che essi dovessero essere espressamente istituiti oppure diseredati (i filii maschi di primo grado esistenti e i postumi sui, figli maschi già concepiti). Gli altri discendenti in potestate dovevano essere diseredati cumulativamente, se l'omissione riguardava qualche altro heres suus, si riteneva che l'erede pretermesso concorresse, comunque, con gli altri eredi istituiti alla divisione del patrimonio del de cuius, invece la mancata diseredazione di un filius maschio comportava l'invalidità totale del testamento e l'apertura della successione ab intestato.

Il ius honorarium esigeva dal testatore che diseredasse individualmente tutti i discendenti liberi di sesso maschile sia sui che emancipati che non intendesse istituire, la omissione del figlio maschio in potestate implicava anche per il ius honorarium la nullità del testamento. Quindi i liberi che ne

facevano richiesta ottenevano la *bonorum possessio cum re* e cioè il possesso del patrimonio ereditario in mancanza di un testamento. In caso di omissione degli altri liberi a questi era concessa la *bonorum possessio contra tabulas* cioè contro le tavole del testamento con prevalenza sugli eredi civili.

Poteva talvolta avvenire una violazione dell'**officium pietatis** cioè il testatore aveva un dovere, dapprima solo morale, poi giuridicamente vincolante di contemplare, nel testamento i suoi parenti, se il testatore, senza giustificato motivo, non avesse beneficiato adeguatamente determinati congiunti, il testamento sarebbe stato considerato *inofficiosum*, cioè non conforme al dovere (*officium*) che il testatore stesso aveva verso i congiunti. Intorno al I secolo a tutela dei parenti che non avessero ricevuto alcuna attribuzione testamentaria fu introdotta la *querela inofficiosi testamenti* (reclamo contro il testamento pietoso).

Avveniva talvolta la **querela inofficiosi testamenti**, gli stretti parenti del *de cuius*, anche se espressamente diseredati, impugnavano il testamento, la *querela* poteva essere esercitata dai liberi, dai genitori del *de cuius*, dalle sue sorelle o dai fratelli, nel termine di cinque anni dall'acquisto dell'*hereditas*; il giudizio era rimesso alla discrezionalità del giudice, per quanto riguardava l'accertamento dell'effettiva violazione dell'*officium pietatis* (in linea di principio, si riteneva che il *de cuius* dovesse riservare ai parenti stretti almeno 1/4 di quanto sarebbe loro spettato in caso di successione *ab intestato*, quota legittima). L'esercizio vittorioso della *querela* valeva solo ad invalidare il testamento, provocando l'apertura della successione legittima; la soccombenza del querelante produceva, al contrario, la perdita di tutto ciò che gli era stato attribuito nel testamento. Altra *querela* da ricordare era la **querela inofficiosi donationis/dotis**, Gli stretti congiunti del *de cuius* potevano chiedere l'annullamento delle donazioni che il defunto avesse fatto in vita con ciò ledendo la quota di riserva, l'importo delle donazioni veniva quindi a riversarsi nel patrimonio successorio, gli stretti parenti del *de cuius* potevano chiedere l'annullamento della dote che il defunto avesse concesso in vita con ciò ledendo la quota di riserva. L'importo della dote veniva quindi a riversarsi nel patrimonio successorio.

Abbiamo poi, come anticipato la **vocatio ab intestato** che era una delle forme di successione a titolo universale per causa di morte e ricorreva nei casi in cui il defunto non avesse lasciato un testamento, o quest'ultimo fosse diventato nullo, oppure se nessuno degli eredi istituiti avesse accettato l'eredità.

A partire dalle XII tavole fu stabilito che al soggetto di sesso maschile morto senza lasciare testamento (*intestatus*) succedessero:

I suoi discendenti in potestate di primo grado (figli, *uxor*) e i postumi = *heredes sui*, l'*adgnatus proximus* (es. i fratelli); . in mancanza di *adgnati* i membri *sui iuris* della gens del defunto, o in ultimo grado l'*hereditas* diveniva *nullius*.

Il sistema civilistico divenne impopolare (si pensi che tra marito e moglie e tra madre e figli, se il matrimonio era *sine manu* non vi era alcun diritto di successione e che, inoltre, i figli emancipati erano esclusi dalla successione paterna), e quindi il pretore per correggerlo introdusse la *bonorum possessio*, in base al *ius honorarium* in mancanza di tavole testamentarie veniva concesso il possesso *paraereditario* del patrimonio (*bonorum possessio*) a quattro classi (*ordines*) di successibili, su domanda dell'interessato era concessa la *bonorum possessio* e si passava all'*ordo* successivo solo se erano esauriti tutti i gradi interni di quello precedente.

Le classi erano quattro: **ordo unde liberi** che comprendeva i discendenti *agnatizi* liberi del *de cuius*, e i postumi *sui*, troviamo poi la classe **ordo unde legitimi**: e cioè gli *heredes sui*, l'*adgnatus proximus*, e i *gentiles*; la classe **ordo unde cognati** che comprendeva i parenti di sangue sino al sesto grado, infine la classe **ordo und vir et uxor**: comprendeva il coniuge superstite del *de cuius*.

In età adrianea per valorizzare il vincolo di *cognatio* furono emanati due *senatoconsulti*: il *senatusconsultum Tertullianum* che stabilì che la madre (se fornita del *ius trium vel quattuor liberorum*) dovesse essere inserita tra i successori *ab intestato* del proprio *filius* (rientrando nella categoria degli *heredes sui*). Nel 178 d.C. fu emanato il *senatusconsultum Orfitianum* che stabilì che i soli figli discendenti di primo grado (non anche ulteriori discendenti) partecipassero alla

successione ab intestato della madre defunta, equiparati all'agnatus proximus: essi avevano la precedenza sugli altri collaterali agnatizi, che venivano, pertanto, esclusi.

Collatio bonorum

I coeredi, discendenti del de cuius erano giuridicamente obbligati a conferire alla massa ereditaria, prima della sua divisione, tutti i beni (doni, dote, etc.) ricevuti dal de cuius quando questi era in vita, vi erano tre diverse applicazioni: la **collatio emancipati**, **collatio dotis**, **collatio descendantium**.

La prima cioè la **collatio emancipati** si utilizzava nei casi di bonorum possessio contra tabulas e di bonorum possessio ab intestato unde liberi i figli emancipati erano tenuti a conferire, ai coeredi rimasti assoggettati alla potestà paterna, gli acquisti fatti dopo l'emancipazione, per poter essere immessi nella bonorum possessio. Esempio di collatio bonorum A è in potestate; B e C sono emancipati. Alla morte del padre B ha in proprietà 80, C non ha nulla. Il valore del patrimonio del de cuius è di 90. A, B, C sono liberi e possono chiedere la bonorum possessio ognuno per 1/3, ma B deve promettere ad A la metà della sua proprietà A ottiene 1/3 dell'eredità (30) e da B metà di quanto ha ricevuto in proprietà (40). Così ha in totale 70. B ottiene 1/3 dell'eredità (30) e mantiene metà della proprietà (40); così egli perde 10, perché in totale ha 70 C ottiene 1/3 dell'eredità (30). Per quanto riguarda la **collatio dotis** la figlia che avesse ricevuto dal pater una dote (dos profecticia) è tenuta a conferire la stessa alla massa ereditaria, a favore dei coeredi rimasti assoggettati alla potestà paterna.

Infine vi era la **collatio descendantium**, ciascun coerede aveva l'obbligo di conferire il controvalore di ciò che avesse ricevuto a titolo gratuito dal de cuius ascendente.

C'erano diversi rimedi a tutela del successore, ossia l'**hereditatis petitio** e la **interdictum quorum bonorum**.

L'**hereditatis petitio** era un'azione di rivendicazione dell'eredità, spettante all'heres contro chiunque pregiudicasse i diritti assoluti o relativi da lui acquisiti in seguito alla "successio", il contenuto poteva essere **possessor pro herede** cioè colui che possedeva il patrimonio ereditario affermandosi heres, **possessor pro possessore** cioè colui che possedesse il patrimonio con l'animus sibi habendi ma non come erede, e infine **fictus possessor** cioè colui che si fosse dolosamente liberato delle res hereditariae.

La **Interdictum quorum bonorum** era un interdetto restitutorio dato al bonorum possessor per ottenere da chi li possedesse la restituzione dei beni a lui attribuiti dal pretore.

La successione mortis causa poteva essere **in universum ius** e cioè in tutte le posizioni attive e passive inerenti al de cuius oppure **in singulas res** cioè in singole posizioni (legati e fedecommessi)

Legatum

Disposizione a titolo particolare mortis causa, con la quale il testatore attribuisce, a carico del patrimonio ereditario (e quindi a carico dell'erede, c.d. onerato), ed a vantaggio di altra persona (legatario od onorato che avesse la capacità testamentaria passiva), singoli beni, oggetto del legato potevano essere un diritto reale, un diritto di credito, la remissione di un debito, una quota di eredità, una rendita alimentare ed altro. Il legato era esigibile dal legatario dal momento dell'apertura della successione.

Vi erano quattro tipi di legato cioè 1. **L. per vindicationem** 2. **L. per praeceptionem** (questi primi due determinavano l'acquisto di un diritto assoluto sulla res legata;) 3. **L. per damnationem** 4. **L. sinendi modo** (questi ultimi due determinavano il sorgere di un diritto di credito del legatario verso l'erede).

Per quanto riguarda il **legatum per vindicationem (legato per rivendicazione)**, il de cuius (onerato) trasmetteva direttamente la proprietà (o il diritto che ne era oggetto) al legatario: di conseguenza se il legatario non riceveva ciò che gli spettava, poteva esperire contro l'erede la rei vindicatio a proposito del legatum per vindicationem è da ricordare il sc. Neronianum de legatis cioè un senatoconsulto ispirato da Nerone stabilì che se oggetto del legato per vindicationem erano cose non appartenenti al testatore, il legato non era nullo (così come si riteneva in precedenza), ma doveva esser considerato come per damnationem, con la possibilità di esercitare l'actio ex

testamento (l'esercizio di questa actio si fondava su di una fictio, cioè sulla finzione che le cose fossero state legate per damnationem).

Vi era poi il **legatum per praeceptionem**, il de cuius (onerato) trasmetteva direttamente la proprietà (o il diritto che ne era oggetto) ad uno dei coeredi, il quale poteva impossessarsi della cosa prima della divisione ereditaria, sottraendola alla stessa. Se il legatum per praeceptionem era disposto a favore di un estraneo, non coerede, per i Sabiniani ne discendeva la nullità, mentre per i Proculiani il legato era valido come legato per vindicationem.

Il **legatum per damnationem (per imposizione di obbligo)** aveva per effetto la creazione di un'obbligazione a carico dell'erede e a favore del legatario; la formula utilizzata era: "heres meus damnas esto dare", pertanto, affinché il legatario acquistasse la proprietà sulla cosa legata, occorreva che l'erede gliela trasferisse con apposita mancipatio, in iure cessio o traditio, perché venisse liberato del debito occorreva che l'erede compisse una solutio per aes et libram, non potevano, altresì, esser legate (per incompatibilità logica) le cose già in proprietà del legatario. Infine ricordiamo il **legatum sinendi modo (con prescrizione di permettere)** consisteva nell'ordine rivolto all'erede, di sopportare che il legatario facesse alcunché; da esso, quindi, nasceva un rapporto obbligatorio tra erede e legatario, per effetto del quale il primo era tenuto ad un pati. Oggetto di tale legato poteva essere anche la possibilità di prendere una cosa che fosse in proprietà del testatore o dell'erede al momento della morte del de cuius.

Era possibile che il testatore esaurisse tutto il suo patrimonio in legati, per cui all'erede non restava altro che il nudum nomen, per ovviare a tali inconvenienti furono introdotte, a partire dall'epoca repubblicana, varie limitazioni alla facoltà del testatore di disporre legati, a tal proposito furono emanati diversi provvedimenti come la **lex Furia testamentaria** databile intorno al 200 a.C., vietò i legati superiori ai mille assi, la **lex Voconia** del 169 a.C., dispose che al legatario non potesse essere attribuita una parte maggiore di quella spettante al meno favorito tra gli eredi e infine la **lex Falcidia** del 40 a.C. stabilì che agli eredi testamentari dovesse in ogni caso essere riservato un quarto dell'attivo netto (quarta Falcidia).

Impedimenti all'acquisto:

1. Mancata acquisizione successoria da parte dell'erede istituito
2. Invalidità iniziale del testamento o della singola disposizione di legato
3. Invalidità sopravvenuta dopo la confezione del testamento (morte del legatarius prima del testatore)
4. Ademptio legati: revoca del legato da parte del testatore («non do non lego», «heres meus ne dato»)
5. Translatio legati: traslazione del legato ad altro onerato o a carico di altro onerato disposta nel testamento.

Fideicommissum

Era una disposizione di ultima volontà, di per sé inidonea a produrre effetti secondo il ius civile, con la quale il testatore, in forma non di comando, bensì di preghiera (rogatio), si rivolgeva a colui che aveva istituito erede, o legatario, affinché compisse, dopo la sua morte, una data attività a favore di un'altra persona o trasferisse un cespite ricevuto ad un terzo, l'onerato aveva un impegno d'onore non un dovere giuridico, Augusto stabilì che, nel caso di inadempimento particolarmente riprovevole, il beneficiario del fedecommesso potesse agire extra ordinem rivolgendosi ad uno speciale pretore, il praetor fideicommissarius. Giustiniano equiparò i fedecommessi ai legati.

LA PROPRIETA' E LE ALTRE FORME DI APPARTENENZA

CAPITOLO 7

La classificazione delle res: esistono diverse categorie di res, come ad esempio la **res in patrimonio**: cose nel patrimonio di un soggetto e **res in commercio** e le **res extra patrimonio** cioè cose non suscettibili di appartenere a privati e di essere scambiate (**res extra commercium**) o prive di un proprietario ma **res in commercio** (Res communes omnium, Res publicae, Res nullius o res derelictae),

Le **res extra patrimonium** erano: **res humani iuris: publicae** o **privatae** (Res Mancipi e nec Mancipi e Res corporales e nec incorporales) e **res divini iuris** (Res sacrae, Res religiosae, Res sanctae).

Le **res communes omnium** erano nella disponibilità di tutti, e non appartenevano al singolo.

Le **res publicae** erano invece i beni appartenenti al popolo Romano destinati all'uso di tutti i cittadini.

Vi era poi una distinzione tra **res corporales** e **incorporales**, le prime sono le cose che si possono toccare quae tangi possunt come i fondi, gli schiavi, l'oro, l'argento. Le seconde invece sono le cose che non si possono toccare (quae tangi non possunt), come le servitù, l'usufrutto.

Un'altra distinzione è data dai beni **mobili** e **immobili**, i primi sono i beni che si possono trasportare, i beni immobili che sono inscindibilmente inserite nel suolo (sono beni immobili il suolo, le sorgenti e i corsi d'acqua, gli alberi, gli edifici e le altre costruzioni, anche se unite al suolo a scopo transitorio, e in genere tutto ciò che naturalmente o artificialmente è incorporato al suolo, Sono reputati immobili i mulini, i bagni e gli altri edifici galleggianti quando sono saldamente assicurati alla riva o all'alveo o sono destinati ad esserlo in modo permanente per la loro utilizzazione.)

Un'altra categoria di res sono le **ceterae res** che erano quelle cose che non fossero fundi ed aedes e cioè le servitù rustiche, le mogli: tutte cose che si acquistavano con l'esercizio per un anno.

Un dominum poteva effettuare acquisti a titolo **originario** (Occupazione, Invenzione, Accessione Incrementi fluviali, Specificazione. Confusione e commistione. Assegnazione giudiziale, Fruttificazione) o **derivativo** (Traditio, In iure Cessio, Mancipatio)

La **traditio** era la consegna materiale della cosa (inizialmente solo la res nec Mancipi, poi anche Mancipi) dall'alienante all'acquirente. La cosa doveva trovarsi nel dominum ex iure Quiritium del tradente. In età giustiniana era l'unico modo di trasferimento della proprietà i requisiti per aversi trasferimento, oltre alla materiale consegna della res, erano: Una iusta causa traditionis: una circostanza oggettiva tale da giustificare il trasferimento della proprietà sulla res, tra le giuste ragioni c'era **causa solvendi**: quando la consegna era effettuata per estinguere un'obbligazione o la **causa donationis**: quando la consegna era effettuata per arricchire la controparte. Un altro requisito era l'intento del tradens di trasferire la res in dominio dell'accipiens e la volontà dell'accipiens di accettare la res.

Nel corso dell'età preclassica e classica il requisito della consegna della res subì delle attenuazioni. Si considerava valida la **traditio longa manu** come traditio di cose situate ad una certa distanza, la semplice indicazione delle cose stesse dall'alto.

Invece la **traditio symbolica** si considerava valida per traditio di merci contenute in un magazzino con la consegna delle chiavi del magazzino stesso.

Mancipatio

La forma solenne di trasferimento delle res Mancipi era chiamata **mancipatio**, si realizzava attraverso un rito solenne in presenza di 5 testimoni, cittadini romani e puberi, con l'assistenza di un libripens che aveva in mano una bilancia per la pesatura di bronzo non coniato (aes rude), l'acquirente tenendo in mano un pezzetto di bronzo pronunciava la solenne vindicatio dell'oggetto; il libripens invitava il Mancipio accipiens a toccare la bilancia col suo raudusculo (rauduscolo che veniva consegnato dall'alienante all'acquirente a simbolo di prezzo).

Vi era poi la **cessione davanti al magistrato o in iure cessio** che era un modo di acquisto della proprietà sia di res Mancipi che nec Mancipi, era un negozio di natura processuale, una lite fittizia che iniziava in iure, alienante e acquirente si recavano davanti ad un magistratus; l'acquirente tramite rei vindicatio fingeva di rivendicare come suo l'oggetto che intendeva acquistare, toccandolo con una festuca e l'alienante taceva, se, sollecitato dal magistrato a contro-rivendicare, l'alienante continuava a tacere, perdeva la lite e il magistrato assegnava la cosa all'acquirente attraverso un riconoscimento giudiziale della fittizia proprietà. Da citare inoltre è la figura del **legato per vindicazione (legatum per vindicationem)**, era un negozio mortis causa attraverso il

quale un testatore ordinava che un singolo bene o un complesso di beni di sua proprietà fossero alla sua morte sottratti dall'asse ereditario e assegnati alla persona da lui indicata (legatario).

Stima della lite (Litis aestimatio): Quando il giudice privato pronunciava la condanna pecuniaria del possessore ingiusto nel valore della cosa in lite attraverso giuramento e il convenuto, anziché restituire la cosa ne pagava la aestimatio, acquistava la proprietà della cosa litigiosa, dunque l'acquisto a titolo derivativo si verificava per una sorte di accordo cioè per effetto di uno iusiurandum dell'attore e del pagamento del convenuto.

DIRITTI REALI (Diritto di proprietà, Servitù prediali, Usufrutto, Uso, Abitazione, Superficie, Enfiteusi).

Tra i limiti derivanti da norme di diritto privato debbono menzionarsi quelli relativi alle distanze fra le costruzioni (ambitus, spazio di 5 piedi), o ai limiti tra i fondi: attraverso la delimitatio intorno ai fondi veniva lasciata una striscia di terreno larga 5 o 6 piedi (limes) che era cosa di nessuno (res nullius), nei fondi non limitati i confini erano definiti attraverso pietre, siepi, argini, fossi ecc.

La proprietà ha subito nel tempo importanti mutamenti ed evoluzioni. Abbiamo tre forme di proprietà, **Dominium ex iure Quiritium, Proprietà provinciale, In bonis habere (proprietà pretoria o bonitaria)**.

Il **dominium ex iure Quiritium** era la forma più antica di proprietà, poteva avere ad oggetto sia cose mobili che immobili (ma poteva trattarsi solo di fondi in agro romano e italico), la titolarità poteva appartenere solo ai cittadini Romani (cives) non ai peregrini, era esente ogni forma di tributo ed assorbiva tutto ciò che era incorporato alla res.

La **proprietà provinciale** invece era un tipo di rapporto assoluto affine al dominium che aveva ad oggetto le res immobiles che non potevano costituire oggetto di dominium e cioè fondi che si trovavano fuori della penisola italica, che facevano parte del territorio provinciale, questi terreni erano sottoposti ad una potestà dello 'stato' che usava concederli in godimento (uti, frui, habere possidere) ai cittadini privati dietro pagamento di un canone (che si diceva stipendium nelle province senatorie e tributum nelle province imperiali).

Nell'ultimo caso di proprietà cioè **in bonis habere** l'ipotesi tipica era costituita dalla alienazione di una res Mancipi realizzata senza le formalità richieste (senza Mancipatio e ricorrendo alla traditio), il ius honorarium trovava equo proteggere chi si fosse comportato correttamente sul piano sociale e non fosse divenuto dominus per vizi di carattere formale. Esso fu considerato un rapporto assoluto a carattere provvisorio ed a carattere sostitutivo del dominium ex iure Quiritium, il pretore tutelò l'acquirente con l'**exceptio rei venditae et traditae** (eccezione di avvenuta alienazione e vendita) attraverso la quale l'acquirente tratteneva la cosa senza essere condannato, il pretore concedeva questa exceptio contro il dominus se gli risultava che la cosa rivendicata era stata oggetto di un compravendita ed era stata consegnata al compratore mediante traditio (quest'ultima non trasferiva il dominium ex iure Quiritium, ma solo il possesso, per cui sulla res gravavano, insieme, il dominium del cedente e l'in bonis habere dell'acquirente). Un'altra tutela era l'**actio Publiciana**, che l'acquirente poteva essere attuato se veniva spossessato dall'alienante o da altri, quest'azione posta a tutela del soggetto che, avendo acquistato una res Mancipi a seguito di mera traditio e non avendone, quindi, conseguito il dominium ex iure Quiritium, ne fosse stato spossessato prima di averla usucapita. In tale caso, l'acquirente (possessore in buona fede) poteva, attraverso l'actio Publiciana, chiedere la restituzione della res nei confronti di chi gliela aveva sottratta, era una actio ficticia in quanto, per il suo esercizio, il praetor fingeva che fosse trascorso, a favore dell'acquirente, il periodo di tempo necessario ad usucapire la res.

Possiamo distinguere i modi di acquisto delle proprietà in due categorie, come anticipato precedentemente a **titolo originario**, la proprietà si acquista in modo autonomo o per un atto del solo acquirente (Occupazione, Invenzione, Accessione, Incrementi fluviali, Specificazione.

Confusione e commistione. Assegnazione giudiziale, Fruttificazione), un altro modo di acquisto era a **titolo derivativo**, si realizzano attraverso un passaggio della proprietà dall'uno all'altro soggetto (Traditio, In iure Cessio, Mancipatio).

Parlando dei titoli originario, analizziamo i vari tipi, come primo troviamo l'**occupazione**. Per aversi occupazione erano necessari: a. la presa di possesso del bene; b. l'intenzione di farlo proprio (animus occupandi). L'occupazione poteva realizzarsi sulle cose mobili che non risultavano mai appartenute ad alcun soggetto (c.d. res nullius), oppure su quelle abbandonate dal precedente proprietario quale rifiuto o perché da questi ritenute non più utili (c.d. res derelictae). Erano considerate res nullius: 1. isola emersa dal mare; 2. le cose ritrovate sul litorale marino (pietre, conchiglie); 3. le cose a disposizione di tutti; 4. gli animali selvatici occupati per mezzo di caccia o pesca; 5. le cose prese al nemico come bottino, in ordine alla caccia e alla pesca: alcuni giuristi pensavano che l'acquisto si realizzasse al momento della materiale presa di possesso dell'animale (questa teoria prevalse), altri giuristi sostenevano che bastasse avere ferito l'animale. Gli animali selvatici ma addomesticati non potevano essere cacciati. Per le **res derelictae** invece secondo i Sabiniani esse erano res nullius fin dal momento del loro abbandono da parte del proprietario; secondo i Proculiani invece la proprietà si perdeva con la dismissione della cosa (derelictio) con l'intento di far acquistare il dominio al soggetto che la raccoglieva e che la faceva sua nel momento dell'occupatio.

Per quanto riguarda invece l'**invenzione** essa è paragonabile al ritrovamento di un tesoro, infatti l'invenzione è il ritrovamento delle cose mobili di pregio (denaro, preziosi) nascoste in un luogo segreto da tempo immemorabile e dunque per le quali non è possibile identificare il proprietario, il tesoro scoperto in un fondo privato apparteneva al proprietario del fondo nel quale si trovava, se rinvenuto da costui; se invece era ritrovato nel fondo altrui per puro caso, spettava per metà al proprietario del fondo e per metà al ritrovatore. A partire da Adriano (II d.C.) fu stabilito che se l'inventore era il dominus il tesoro diveniva suo; se l'inventore trovava il tesoro per caso, ed era una persona diversa dal proprietario del fondo, il tesoro veniva diviso in parti uguali tra i due; se l'invenzione avveniva in seguito a ricerche su fondo altrui la proprietà era di colui che aveva ritrovato il tesoro.

L'**accessione** invece è quel fenomeno in base al quale la proprietà di una cosa si estende a quello che si unisce ad essa, per il fatto dell'incorporazione materiale, indipendentemente dalla scienza o dalla volontà del proprietario, il proprietario della cosa principale acquista anche la proprietà della cosa accessoria (accessorium sequitur principale). Essa può essere di cosa mobile a cosa mobile o di cosa mobile a cosa immobile, nel primo caso possiamo parlare di Pictura, Textura, Scriptura, Tinctura, Ferruminatio, Adplumbatio. Quanto al requisito dell'accessorietà: nella scelta tra le due cose mobili congiunte quale fosse da considerarsi prevalente e quale accessoria, la soluzione prevalente era quella secondo cui la cosa principale dovesse considerarsi non la cosa di maggior valore o volume, ma quella che imprimeva al tutto la funzione economica (l'anello rispetto alla gemma). Nel caso della **piombatura** o (**adplumbatio**), in caso di congiunzione temporanea o separabile di due parti metalliche mediante uno strato intermedio di piombo, la proprietà della cosa accessoria non si estingueva ma versava in uno stato di quiescenza fino a che il proprietario della cosa accessoria ne otteneva la separazione con l'actio ad exhibendum preordinata alla rei vindicatio. Nel caso di **saldatura** (**ferruminatio**), in caso di congiunzione definitiva e inseparabile come nella saldatura di due cose metalliche il dominus della cosa principale acquistava il dominium della parte accessoria (es. il braccio saldato con procedimento autogeno ad una statua).

Nel caso di **tintura** o (**tinctura**) il proprietario della stoffa attintata (cosa principale) acquistava la proprietà dei materiali usati (porpora) per la colorazione della stoffa.

Nel caso di **tessitura** (**textura**) ricorreva quando i fili venivano intessuti in una tela o stoffa altrui. In tal caso il proprietario della stoffa acquistava la proprietà dei fili, ma nel caso in cui i fili erano di maggior valore per esempio d'oro, il proprietario dei fili poteva agire con l'actio ad exhibendum.

Nel caso di **pittura** (**pictura**): quando con colori altrui veniva dipinta la propria tela, o con colori propri una tavola di un terzo si discuteva se il proprietario della tavola dipinta acquistasse la proprietà dell'opera pittorica (Sabiniani) o se l'opera spettasse al pittore salvo indennizzo del valore della tavola al proprietario (Proculiani). Giustiniano stabilì che il quadro appartenesse al pittore.

Nel caso di **scrittura (scriptura)** con inchiostro altrui sul proprio materiale scrittorio (pergamena, tavoletta cerata) il proprietario della cosa principale (materiale scrittorio) acquistava la proprietà delle materie altrui (inchiostro) utilizzate per scrivervi.

Vi era infine l'accessio di cose mobili a cose immobili (satio, implantatio, inaedificatio).

Nel caso della **seminagione (satio)** operata in un fondo agricolo con sementi altrui il proprietario del fondo (res principalis) diveniva proprietario delle sementi e dei germogli (quidquid plantatur solo, solo cedit).

Nel caso della **inedificazione (inaedificatio)** cioè di costruzione di un edificio su un fondo con materiale edilizio altrui il proprietario del suolo acquistava il dominium dell'edificio sia che la costruzione fosse fatta dal proprietario del fondo sia dal proprietario dei materiali che da un terzo che non fosse né proprietario dei materiali né proprietario del fondo.

Nel caso di **incrementi fluviali**, i proprietari rivieraschi di un corso d'acqua si avvantaggiavano di ogni incremento che il corso d'acqua aveva arrecato ai propri fondi (Alluvio, Insula in flumine nata, Avulsio, Alveus derelictus).

Un **Alluvione (Alluvio)** si verificava quando i detriti lentamente e insensibilmente si accumulavano sulle sponde del fondo frontista, per effetto della corrente del fiume il fondo si accresceva e il proprietario acquistava le porzioni di terreno accresciutesi al suo fondo.

Nel caso di **isola nata nel fiume (insula in flumine nata)** cioè quando una parte dell'alveo di un fiume rimaneva in secco o emergeva per l'azione della corrente si riteneva che spettasse ai proprietari rivieraschi e fosse divisa secondo la linea mediana del fiume.

Nel caso di **letto del fiume rimasto all'asciutto (Alveus derelictus)** cioè quando un fiume cambiava letto o prosciugandosi lasciava scoperto il suo alveo, si riteneva che i proprietari dei fondi frontisti ne acquistassero la proprietà, il letto del fiume rimasto all'asciutto veniva diviso tra i proprietari rivieraschi secondo la linea mediana del fiume.

Nel caso di **Avulsione (Avulsio)** cioè se per l'impeto della corrente di un corso d'acqua una parte considerevole di terreno si staccava da un fondo accrescendo un altro fondo, il proprietario della porzione di terra non ne perdeva il dominium per il solo fatto del distacco. Quando però si realizzava l'incorporamento della parte avulsa con l'altro fondo (presa delle radici arboree) il proprietario del fondo accresciuto acquistava la proprietà della porzione di terreno avulsa.

Vi era poi la **specificazione (specificatio)** avveniva se un soggetto realizzava attraverso una stoffa altrui e senza incarico un manufatto, ad esempio, un abito e quindi una cosa nuova e diversa. Per i Sabiniani la nova species apparteneva al proprietario della materia prima, per i Proculiani davano preferenza al lavoro dello specificatore e quindi attribuivano a lui la proprietà della cosa risultante. Una media sententia risolse la questione così: se la nova species era reversibile allo stato primitivo si riteneva che appartenesse al proprietario della materia; altrimenti spettava allo specificatore.

Vi era anche la **confusione o commistione** cioè quando due masse omogenee liquide (ad esempio vino con olio, in questo caso si verifica una confusione) o solide (oro con argento, in questo caso si verifica commistione) appartenenti a proprietari diversi sono state unite o mescolate in modo da formare un tutto unitario e non sono separabili, la proprietà ne diventa comune (condominio) in proporzione del valore delle cose mescolate.

L'**assegnazione giudiziale (adiucatio)** si trattava di un provvedimento del giudice di divisione mediante il quale si assegnava il dominium singolo ad un soggetto su una cosa comune.

Questo provvedimento veniva adottato in tre giudizi divisorii:

1. Actio communi dividundo tra i condomini;
2. Actio familiae erciscundae tra coeredi;
3. Actio finium regundorum per il regolamento dei confini tra proprietari di fondi limitrofi.

La **fruttificazione**: Il dominus delle cose fruttifere (capaci di produrre frutti: fiori, latte) acquistava i frutti al momento della separazione del prodotto dalla res produttiva. Se in luogo del dominus altri aveva la detenzione o il possesso della cosa fruttifera (ad esempio un usufruttuario) questi acquistava il dominium sui frutti mediante l'apprensione (perceptio) degli stessi. La proprietà dei frutti non percetti spettava al dominus della cosa fruttifera.

Azioni a difesa della proprietà

Vi erano diverse azioni a difesa della proprietà, ad esempio la **rei vindicatio**, quest'azione mirava a far riconoscere la proprietà della cosa controversa contro chi la possedesse illegittimamente, nel diritto arcaico il processo si svolgeva nella forma della legis actio sacramenti in rem; - in età classica il processo si svolgeva con la procedura della legis actio per iudicis postulationem poi detta per sponsionem. Quest'azione poi prese il nome di formula petitoria in cui si fronteggiavano un petitor (attore non possessore) e un possessor (convenuto che disponeva della cosa).

Un'altra azione difensiva era la **actio negatoria**, il proprietario del fondo agiva per far dichiarare l'inesistenza di un diritto reale di godimento sul suo bene, il proprietario doveva dimostrare di essere dominus, colui che esercitava il diritto di godimento doveva provare l'esistenza del suo diritto. Troviamo poi l'**actio finium regundorum**, nei fondi arcifinii in cui esisteva un confine che separava i fondi contigui, il proprietario che ritenesse violato il confinium ed utilizzato per scopi diversi dal passaggio o dalla svolta dell'aratro, poteva chiedere che fossero riapposti i termini o che fosse determinato un diverso confine. Un'altra azione era la **cautio damni infecti**, su richiesta dell'interessato il magistrato imponeva al proprietario dal cui fondo si temeva un danno per quello vicino di promettere al proprietario di risarcire il danno eventualmente verificatosi.

Comunione

Quando la proprietà spettava a due o più soggetti insieme si aveva condominio (communio pro indiviso), ciascun condomino aveva l'intero diritto di proprietà sull'intera cosa, ma avendo ciascun condomino lo stesso diritto, si creava una sorta di divisione ideale in quote tra i diversi condomini in proporzione al valore dell'oggetto, quando i diritti di proprietà di più soggetti incidevano su cose materialmente distinte ma funzionalmente connesse (communio pro diviso) ciascuno aveva la proprietà solitaria su una parte individuata della cosa. Ci poteva essere **comunione volontaria** che derivava dal libero accordo di due o più soggetti e ci poteva inoltre essere la **comunione incidentale (tra più eredi o legatari)** derivava da cause estranee alla volontà dei condomini.

La più antica forma di contitolarità di situazioni giuridiche oggettive era la **consortium ercto non cito**, vi erano poi la **consortium fratrum suorum** cioè una situazione di comproprietà in cui venivano a trovarsi più fratelli alla morte del pater familias e il patrimonio familiare ereditato non veniva diviso, ma gestito in comune dai filii maschi e la **consortium ad exemplum fratrum suorum** cioè comunione (volontaria) posta convenzionalmente tra coloro che avessero voluto porre in comune un complesso patrimoniale.

Nel condominio ciascuno dei condomini aveva la facoltà di disporre da solo della sua quota (pars quota), ciascun condomino poteva usare della cosa secondo le regole definite nel regolamento tra i condomini o in mancanza liberamente, ma rispettando e non modificando la destinazione economica della res, ciascun condomino partecipava agli oneri e agli utili in proporzione alla sua quota. Un comproprietario poteva opporre il veto ad attività individuali di altri condomini che potevano incidere sulle sorti della cosa comune (**ius prohibendi**), inoltre quando uno dei condomini rinunciava o abbandonava la sua quota la proprietà si ri-espandeva e le quote degli altri condomini si accrescevano automaticamente in proporzione a quelle degli altri condomini (**ius adcrecendi**).

A proposito del condominio esistevano delle **azioni divisorie** come ad esempio l'**actio familiae erciscundae** che fu disciplinata dalle leggi delle XII tavole, essa era, in particolare, esperibile, da uno (o più) dei coeredi, contro gli altri coeredi, per ottenere la divisione di un complesso patrimoniale indiviso, attribuito a titolo di successione mortis causa a più soggetti (comunione incidentale: consortium). L'**actio communi dividundo** che era un'azione generale per lo scioglimento della communio, ed era liberamente esperibile da ciascuno dei soggetti in comunione, contro gli altri. Vi era poi l'**actio finium regundorum** il iudex ristabiliva con precisione l'attribuzione delle 'quote' di titolarità del confine tra i fondi.

Possessio

Il possesso di res nec mancipi era inizialmente considerato un rapporto fattuale (una res facti) connesso con la capacità di trattenere presso di sé la disponibilità materiale della cosa. Il possesso temporaneo di ager publicus concesso dal pater dava la possibilità di goderne e disporre fino a

che ne avesse avuto la disponibilità e fino a che non fosse richiesta la restituzione con un semplice cenno (ad nutum). Nel diritto tardoantico furono configurate una serie di ipotesi in cui un soggetto in principio possessore sia col corpus che con l'animus potesse essere considerato ancora possessore sebbene in seguito avesse solo l'animus e non la materialità della cosa (**possessio solo animo**). Per l'acquisto del possesso è essenziale l'**elemento materiale (corpus)** e inoltre l'**animus (elemento psicologico)** cioè l'intenzione di tenere per sé la cosa.

La **detentio** era la situazione di chi doveva curare la custodia di qualcosa (depositario), la **possessio** colui che ha presso di sé la cosa la tiene con animus rem sibi habendi.

La **possessio** può essere **civilis** o **naturalis**, nel caso di **possessio civilis** essa è fondata su una iusta causa, vale a dire su di un rapporto riconosciuto dal ius civile idoneo a trasferire il dominium, poiché, col decorso del tempus ad usucapionem, la possessio civilis comportava l'acquisto del dominium ex iure Quiritium, si parlava anche di **possessio ad usucapionem**.

Nel caso di **possessio naturalis** essa corrisponde all'odierna detenzione e spettava al soggetto che avesse ricevuto una res dal relativo proprietario, obbligandosi alla restituzione della stessa. Il soggetto detentore, pertanto, riconosceva la signoria giuridica del proprietario sulla res (spettava al conduttore, al depositario, al comodatario, nonché alle persone incapaci, come lo schiavo e un infante).

INTERDETTI

Gli **interdetti** erano ordinanze di urgenza emesse dal magistrato cum imperio, in contraddittorio tra due parti, allo scopo di evitare la litis contestatio e il procedimento apud iudicem di fronte a certe fattispecie relativamente semplici, il magistrato ingiungeva al convenuto, su richiesta dell'attore, di compiere l'azione, positiva o negativa, da quest'ultimo reclamata...". Gli interdicta si distinguevano a seconda dell'oggetto in: **exhibitoria**: ingiungevano alla parte di esibire un oggetto che si teneva nascosto, **restitutoria**: volti a ripristinare lo status quo alterato e restituire la res, **prohibitoria**: implicavano un'astensione da un certo comportamento, **possessori** e **non possessori**.

Interdictum quorum bonorum: chiunque possedeva come erede, o come possessore, una res attinente ad un'eredità il cui possesso fosse stato attribuito ad un altro soggetto, doveva restituirla a quest'ultimo. L'**interdictum sectorium**: i beni del debitore erano attribuiti in blocco, dietro il pagamento di un corrispettivo, ad un soggetto (bonorum sector), il quale provvedeva successivamente a venderli separatamente, traendo un guadagno, il più delle volte, notevole.

L'**interdictum Salvianum** era concesso dal pretore al locatore per consentirgli di immettersi nel possesso delle cose prestate in garanzia dal conduttore (invecta et illata), qualora si trovassero ancora presso di lui e nel caso di mancato pagamento del canone.

Interdictum uti possidetis: fu concesso in un primo tempo a tutela del possesso di case e successivamente degli immobili in genere. Esso vietava l'uso della forza a danno del possessore attuale, ma eccettuava il caso della possessio vitiosa, cioè ottenuta dall'avversario a titolo di precario o sottratta in maniera violenta o clandestina (vi, clam, precario).

Interdictum utrubi era concesso a tutela del possesso di uno schiavo prima, e di qualsiasi altra cosa mobile poi: era accordato a chi avesse posseduto il bene nec vi nec clam nec precario nell'ultimo anno per un maggiore periodo di tempo rispetto all'avversario. Questo interdictum, quindi, non proteggeva necessariamente il possesso attuale del bene.

Interdicta recuperandae possessionis: veniva accordato dal pretore quando un soggetto fosse stato spogliato del possesso di una cosa con violenza. Occorreva, peraltro, che il soggetto spogliato (spoliatus) non avesse posseduto a sua volta la cosa vi, clam aut precario (con violenza, di nascosto od a titolo precario).

a. **Interdictum unde vi**: presupponeva lo spoglio violento avvenuto senza l'uso di armi: esso era accordato, se richiesto entro un anno dallo spoglio, per ottenere la reintegrazione nel possesso, a chi possedeva nec vi nec clam nec precario. Se il suo possesso era viziato, lo spogliato non poteva chiedere l'interdetto;

b. **Interdictum de vi armata**: supposeva una violenza grave (vis atrox) ed era accordato senza limiti di tempo a qualsiasi possessore, anche se iniustus.

Usucapio

L'**usucapione** poteva costituirsi a favore di un soggetto cittadino romano che avesse il dominium della res e sulla res che potevano essere oggetto di dominium, si consolidava con il possesso di due anni per i fondi e un anno per tutte le altre cose, in età classica per aversi un usucapione era necessaria una **iusta causa** di acquisto, la **bona fides** dell'usocapiente, la "**res habilis ad usucapionem**" e il possesso ininterrotto per un certo periodo. L' usucapione è quindi l'annessione di una res al proprio dominium mediante il possesso continuato per un tempo stabilito.

DIRITTI REALI PARZIARI (CAPITOLO 8)

Servitù prediali

Le **servitù prediali** sono diritti reali di godimento, il proprietario di un fondo servente era tenuto nei confronti del proprietario di un fondo dominante a non esercitare un'attività (servitù negative) sul proprio fondo o a permettere al proprietario del fondo dominante che svolgesse sul fondo servente un'attività che altrimenti gli era proibita (servitù positive).

(1 principio della servitus in faciendo consistere nequit) Il proprietario del fondo servente in caso di servitù negativa deve astenersi dal fare alcunché, in caso di servitù positiva il titolare del fondo servente deve sopportare che il proprietario del fondo dominante eserciti sul suo fondo una data attività.

Fra le attività positive c'è la manutenzione di tutto o parte del fondo servente (**servitus oneris ferendi**): diritto di appoggiare il proprio muro a quello vicino costruendo in aderenza.

(2 principio della nulli res sua servit) Nessuno può essere titolare di una servitù su un bene di cui sia proprietario.

(3 principio della servitus servitutis esse non potest) Non è possibile costituire una servitù di una servitù.

(4 principio della servitus civiliter exercenda est) La servitù deve comportare un vantaggio per il fondo dominante e non deve essere nociva per il proprietario del fondo servente.

(5 principio della utilitas) La servitù deve comportare un vantaggio oggettivo per il proprietario del fondo dominante.

Le servitù prediali potevano essere di due tipi, ossia **rustiche** (iura praediorum rusticorum) o **urbane** e (iura praediorum urbanorum).

Le servitù rustiche soddisfacevano esigenze tipiche dell'agricoltura. Le più antiche prediali rustiche (servitutes praediorum rusticorum) erano res mancipi ed erano servitù positive, esse erano: iter, via, actus, aquaeductus. La prima cioè la **servitus itineris** (di cammino), prevedeva che il proprietario del fondo dominante avesse il diritto di passare (da ire andare) a piedi o su un quadrupede attraverso il fondo; la **servitus actus** prevedeva invece che il proprietario del fondo dominante potesse condurre o guidare (agere) attraverso il fondo servente; la **servitus viae** prevedeva che il proprietario del fondo dominante avesse il passaggio attraverso una strada (le cui dimensioni furono stabilite dalle XII tavole in 8 piedi nei rettilinei e 16 piedi nelle svolte: latitudo legitima) sul fondo servente; la **servitus aquaeductus** comportava il diritto di far scorrere attraverso il fondo servente le acque di afflusso o deflusso necessarie per l'utilizzazione del fondo dominante;

Queste erano le principali servitù alle quali man mano se ne aggiunsero altre, ad esempio, la **servitus aquae haustus** che prevedeva che il proprietario del fondo dominante potesse accedere al fondo servente e attingere acqua nel fondo servente; vi era poi la **servitus pecoris ad aquam adpulsus** decretava che il proprietario del fondo dominante potesse portare (adpellers) il proprio bestiame (pecus) nel fondo servente per l'abbeverata. Troviamo poi la **servitus pecoris pascendi** che prevedeva che il proprietario del fondo dominante potesse portare il proprio bestiame nel fondo servente per pascolare; la **servitus cretae eximendae** il proprietario del fondo dominante potesse prelevare creta dal fondo servente; **servitus calcis coquendae** prevedeva che il proprietario potesse impastare calcina sul fondo servente. Infine, ricordiamo la **servitus harenae fodiendae** che prevedeva che il proprietario del fondo dominante potesse prelevare sabbia dal fondo servente.

Le **servitù urbane** erano quelle che soddisfacevano esigenze tipiche dei centri urbani, la qualifica non aveva rapporti con la ubicazione dei fondi in territorio urbano o extraurbano. Tra le prime elaborate ricordiamo la **servitus oneris ferendi** che prevedeva che il proprietario del fondo servente dovesse sostenere l'edificio dominante tramite una struttura muraria (parete o colonna); la **servitus tigni immittendi** che prevedeva che il proprietario del fondo dominante avesse il diritto di infiggere travi o altri materiali costruttivi nel fondo servente; la **servitus proiciendi e protegendi** il proprietario del fondo dominante avesse il diritto di far sporgere il proprio tetto, oppure i propri balconi al di sopra del fondo servente in modo da coprirlo in parte. La **servitus stillicidii e fluminis** che prevedeva che il proprietario del fondo dominante avesse il diritto di riversare l'acqua piovana

dal proprio tetto sul fondo servente (goccia a goccia, stilla stilla o mediante grondaie artificiali, flumina); la **servitus altius non tollendi** che prevedeva che il proprietario del fondo dominante pretendesse che il proprietario del fondo servente non elevasse oltre una certa altezza; la **servitus ne luminibus, ne prospectui officiat** prevedeva che le costruzioni erette dal proprietario del fondo servente non dovessero arrecare pregiudizio alla luminosità offerta dalle aperture o alla veduta del fondo dominante; la **servitus cloacae** prevedeva che il proprietario del fondo dominante potesse far passare le proprie fogne di scarico sul fondo servente. Che modo si acquistava una servitù?

Poteva essere acquistata tramite **mancipatio** per le antiche servitù rustiche, res mancipi, tramite **adiudicatio** il iudex assegnava la servitù ad uno dei dividendi in sede di divisione.

La servitù poteva essere costituita anche **in iure cessio** infatti le servitutes nec mancipi si costituivano mediante un processo fittizio di vindicatio esercitata dall'acquirente e di cessio in iure da parte dell'alienante. Quando la proprietà di due fondi appartenenti ad un unico proprietario veniva alienata e permaneva fra le parti del fondo uno stato di asservimento dell'uno all'altro, corrispondente al contenuto di una servitù, questa si costituiva nominatim (espressamente), lo stato di cose esistente tra i due fondi, da cui risultava un vincolo fattuale a carico dell'uno e a vantaggio dell'altro, si trasformava in servitus solo al momento della separazione dei fondi e, quindi, della scissione della titolarità, quando il proprietario alienava mediante un atto di vendita, di donazione o di disposizione mortis causa uno dei fondi (**destinazione del padre di famiglia**). Inoltre fino ad una lex Scribonia di epoca tardo repubblicana, le più antiche servitù mancipi potevano acquistarsi per **usucapione**. Vi era poi il caso della **pactio e stipulatio**, la quale inizialmente era prevista solo per le servitù provinciali, essa consisteva in un accordo tra proprietario del fondo dominante e del fondo servente. La **longi temporis praescriptio** cioè il lungo esercizio di fatto di una servitù reso apparente da opera costruite sul fondo servente da tempo immemorabile.

La servitù poteva anche subire un'**estinzione**, ciò poteva avvenire per vari motivi quali **confusione** ovvero quando due fondi su cui insisteva una servitù venivano a riunirsi nella stessa persona la servitù si estingueva, la **distruzione** cioè in caso distruzione o alterazione del praedium. Inoltre, le servitù rustiche positive si estinguevano per **non uso** protratto per un biennio, poteva avvenire un'estinzione anche per mezzo della **usucapio libertatis** infatti per le servitù urbane negative l'estinzione richiedeva che il proprietario del fondo servente compisse un'attività contraria all'esistenza della servitù e che il proprietario del fondo dominante rimanesse inerte per il periodo necessario al verificarsi della prescrizione acquisitiva, se la servitù consisteva in un prohibere l'estinzione si verificava quando il proprietario del fondo servente poneva in essere precisamente quella forma e quel tipo di attività che il proprietario del fondo dominante poteva proibire e ometteva tale prohibitio per il tempo previsto. Infine in caso di **remissio servitutis** ossia il proprietario del fondo dominante rinunciava alla servitù a lui spettante, attraverso una in iure cessio della servitù di fronte all'esercizio di una finta actio negatoria esercitata dal proprietario del fondo servente.

Vi erano inoltre molteplici **azioni** a tutela della servitù, cioè l'**actio confessoria** ovvero il titolare del fondo dominante poteva far dichiarare, confessare al convenuto la sussistenza della servitù sul suo fondo, era una actio in rem che poteva essere esperita verso chiunque impedisse l'esercizio della servitù al proprietario del fondo dominante, vi era poi l'**actio negatoria** ossia il proprietario del fondo che si sostenesse gravato di servitù poteva contestare l'esistenza della servitù e far dichiarare che il fondo era optimus maximus e infine gli **interdetti** infatti il pretore poteva concedere interdetti proibitori (de itinere actuque privato) volti a impedire che fosse ostacolato l'esercizio della servitù.

Per quanto riguarda le **servitù personali** ne troviamo di diversi tipi: l'**usufrutto** era un diritto reale di godimento legato alla persona del titolare, consisteva nel diritto di usare (ius utendi) e fruire dei frutti (ius fruendi) di un bene altrui (inconsumabile) senza modificarne la destinazione economica (salva rerum substantia), l'usufrutto era a tempo, se la scadenza non era fissata, cessava con la morte dell'usufruttuario. L'usufrutto poteva essere costituito in diversi modi:

1. **In iure cessio** fittizia dell'usufruttuario tramite vindicatio.

2. **Deductio ususfructus**, il proprietario infatti alienando un fondo si riservava l'usufrutto su di esso.

3. **Adiudicatio**: il iudex assegnava l'usufrutto di un fondo ad uno dei conviventi in sede di divisione.

4. **Legatum per vindicationem ususfructus**

5. **Quasi traditio**: accettazione non formale da parte del nudo proprietario della concessione dell'usufrutto del proprio fondo

6. **Pactio and stipulatio**

Anche l'usufrutto poteva subire un'**estinzione**, qualora l'usufruttuario morisse o subisse la capitis deminutio l'usufrutto passava ad altra persona designata dal nudo proprietario, nell'usufrutto ad tempus costituito con legato, o in iure cessio o adiudicatio l'usufrutto si estingueva alla scadenza, la mancata utilizzazione da parte dell'usufruttuario determinava l'estinzione dell'usufrutto, quando l'usufruttuario diventava proprietario della cosa in usufrutto, l'usufrutto si estingueva (**consolidatio**), infine se la cosa oggetto di usufrutto si distruggeva l'usufrutto si estingueva.

A **difesa** dell'usufrutto ricordiamo diverse azioni, l'**actio confessoria**, che prevedeva che l'usufruttuario potesse agire con la vindicatio nei confronti del nudo proprietario che non rispettasse i propri obblighi, l'**actio negatoria** la quale prevedeva che il nudo proprietario potesse far cessare un illegittimo uti frui sul proprio fondo, infine ricordiamo l'**interdictum quem usumfructum**, il pretore poteva infatti concedere un interdetto restitutorio (quem usumfructum) all'usufruttuario nei confronti del nudo proprietario.

Invece l'**uso** consisteva nel solo diritto di usare una cosa altrui (inconsumabile) entro i limiti dei bisogni propri o della propria famiglia.

L'**abitazione** era un rapporto assoluto di godimento in forza del quale un soggetto attivo aveva il diritto di dimorare in una casa altrui ed eventualmente anche di darla in locazione.

L'**operae servorum** era un rapporto assoluto di godimento in forza del quale un soggetto attivo aveva il diritto di valersi dell'attività di schiavi altrui.

L'**enfiteusi** era un rapporto assoluto reale in forza del quale un soggetto (emphyteuta) poteva godere e disporre in modo perpetuo o per lungo periodo del fondo rustico di proprietà di un altro soggetto (concedente) con l'obbligo di pagargli un canone annuo (reditus), l'enfiteuta non era tenuto a migliorare il fondo, nel caso di mancato pagamento da parte dell'enfiteuta per tre anni del canone, il concedente poteva con la **devoluzione** far valere l'estinzione del rapporto, l'enfiteusi poteva essere trasmessa agli eredi dell'enfiteuta, ma il concedente poteva esercitare un diritto di opzione per cui a parità di condizioni era preferito nel riscatto del fondo. **Ius in agro vectigali** prevedeva il diritto di godimento di terreni rustici appartenenti a municipia o coloniae (pubblici) da parte di privati coltivatori dietro pagamento di un vectigal, i terreni 'statali' si distinguevano in **fundi rei privatae** ovvero la res publica concedeva un ius perpetuum e cioè concedeva la proprietà di terre di sua pertinenza con l'obbligo di pagare un canone periodico, questo diritto non era revocabile. Vi erano poi i **fundi patrimoniales** ossia quando le terre di pertinenza del princeps erano concesse a privati (ius emphyteuticarium) dietro pagamento di un canone periodico, era possibile rinnovare periodicamente la concessione o ritoccarne le clausole.

Le **superficies** invece erano un rapporto assoluto reale in forza del quale un soggetto (superficiarius) poteva costruire e mantenere su suolo altrui in perpetuo o per lungo periodo, un edificio, con l'obbligo di pagare al proprietario del suolo un canone periodico (solarium), spesso per la concessione superficiaria i privati si servivano del contratto di locatioconductio.

A tutela della superficie vi era l'**actio in rem**, che prevedeva che il superficiario potesse agire nei confronti di chi gli avesse strappato il godimento della superficie e cioè del soprasuolo altrui, altra tutela era l'**interdictum de superficiebus** che prevedeva che il superficiario potesse reagire ad attacchi da parte di altri al suo diritto, purché non conseguito con violenza, clandestinamente o precario (si configurava come possessor ad interdicta), infine l'**interdictum de loco publico fruendo**.

Dunque come anticipato precedentemente i **diritti reali** potevano essere **di godimento**, i quali già abbiamo trattato, oppure **reali di garanzia** che ci apprestiamo a trattare.

Il primo è quello della **fiducia** che aveva molte complicazioni e poteva essere nel **diritto delle persone** (1a. **Coemptio fiduciae causa**, 1b. **Adoptio**, 1c. **Emancipatio**) o nel **diritto delle cose** (2a. **Fiducia cum creditore**, 2b. **Fiducia cum amico**).

1a. **Coemptio fiduciae causa**: la donna per non essere sottoposta ad un tutor sgradito, attraverso una vendita fittizia veniva mancipata dal pater familias, venduta tre volte e assoggettata ad un soggetto di fiducia compiacente (tutor fiduciarius).

1b. **Adoptio**: quando il filius era mancipato due volte, la terza volta una terza persona (fiduciarius) remancipava il figlio che non poteva rientrare nella famiglia originaria, ma era adottato da una nuova famiglia.

1c. **Emancipatio**: il filius veniva mancipato dal pater familias al fiduciarius che dopo la terza mancipatio (remancipatio) lo liberava dalla patria potestas del pater e lo rendeva sui iuris.

2a. **Fiducia cum creditore**: Veniva prima concluso un negozio di trasferimento del dominium di una res mancipi dal fiduciante al fiduciario in funzione di garanzia di un'obbligazione, il fiduciario si impegnava (pactum fiduciae) a ritrasferire la cosa al fiduciante ove si verificassero certe condizioni, il pretore introdusse un'actio fiduciae esperibile dal fiduciante contro il fiduciario per la restituzione della cosa mancipata, questo istituto si estinse in periodo postclassico.

2b. **Fiducia cum amico**: Veniva prima concluso un negozio di trasferimento del dominium di una res mancipi dal fiduciante al fiduciario, il fiduciario si impegnava (pactum fiduciae) a ritrasferire la cosa al fiduciante ove si verificassero certe condizioni.

La fiducia poteva avvenire:

- a. per fini di deposito o comodato;
- b. per donazione mortis causa;
- c. per fini di manumissio.

Il **pegno** era basato sull'effettiva consegna (datio pignoris) di una res corporalis dal garante al creditore (creditor pigneraticius) che diveniva possessor ad interdicta di quella res fino a che non avesse ottenuto l'adempimento della sua obbligazione o comunque la satisfatio, il creditore acquistava la possessio della res ma non poteva usufruire dell'oggetto, se usava la res pignerata commetteva furtum, il creditore pignoratizio poteva alienare il dominium della res pignerata a terze persone in caso di inadempimento (ius distrahendi) e soddisfarsi sul ricavato restituendo al garante l'eventuale supero, il creditore pignoratizio aveva diritto di appropriarsi dell'oggetto in caso di inadempimento, il patto commissorio prevedeva che in caso di inadempimento la proprietà della cosa oppignorata passava al creditore. A partire da Costantino questo patto fu vietato, fu però previsto che il creditore che non riuscisse a vendere la cosa pignorata facesse richiesta all'imperatore per acquistarla (impetratio dominii).

Se parliamo di **pegno dato (datio pignoris)** esso era basato sulla effettiva dazione della cosa oppignorata (cosa mobile), se invece parliamo di **pegno convenzionato (conventio pignoris)** o **hypotheca** esso era basato su un accordo tra garante e creditore (cosa mobile o immobile).

Le azioni a difesa del pegno erano la **actio pigneraticia directa**, una volta adempiuta l'obbligazione il debitore poteva agire con quest'azione se il creditore non restituiva spontaneamente la res. La **actio pigneraticia contraria** invece era un'azione concessa a tutti i creditori pignoratizi contro chiunque si impossessasse della cosa oppignorata loro spettante.

L'**estinzione del pegno** poteva avvenire tramite:

1. La confusione tra creditore pignoratizio e oppignorante
2. La rinuncia al pegno da parte del creditore
3. Acquisto della res da parte di un terzo in buona fede
4. Se la res si distruggeva
5. Se il debito era estinto

Per quanto riguarda l'**ipoteca** essa avveniva se più persone erano titolari di diritti nascenti dalla conventio pignoris, aveva preferenza colui il quale avesse ottenuto prima degli altri al costituzione a

suo favore dell'ipoteca (**prior tempore potior iure**), il creditore al quale fosse concessa un'ipoteca posteriore aveva il diritto di essere surrogato nella posizione del creditore precedente (**ius offerendi**), essa poteva essere costituita per legge o volontariamente dal garante.

Le azioni a salvaguardia dell'ipoteca erano l'**interdictum Salvianum** che prevedeva che il locatore di un fondo rustico potesse entrare in possesso della cosa vincolata a garanzia del canone mediante conventio pignoris in caso di inadempimento del conduttore, l'**actio serviana** era invece un'actio in rem concessa al locatore di un fondo rustico per ottenere la condanna di chiunque (affittuario o terzo) in caso di inadempimento, si fosse impossessato della cosa costituita in garanzia mediante conventio pignoris.

LE OBBLIGAZIONI (CAPITOLO 9)

Atti giuridici di autonomia

Esistono gli atti di **autonomia pubblica**, posti in essere per l'attuazione di fini di interesse pubblico e poi gli atti di autonomia **privata (negozi giuridici)** posti in essere da privati per interessi privati che producono effetti costitutivi, modificativi, estintivi dei rapporti giuridici.

Gli elementi essenziali del negozio giuridico sono la **forma**, la **voluntas** e la **causa**.

La **forma** è la manifestazione esteriore della volontà e rende conoscibile agli altri soggetti dell'ordinamento la volontà interna, la forma rendeva riconoscibile all'esterno il negozio giuridico., il negozio poteva essere a **forma libera** cioè le parti erano libere di manifestare le loro volontà nel modo che preferivano (orale, gestuale, scritto), oppure a **forma vincolata**: 1. **ad probationem** (per finalità di prova); 2. **Ad substantiam**: come elemento costitutivo del negozio (in mancanza di quella forma il negozio era invalido).

Vi erano diversi tipi di **negozi formali**, ad esempio i **negozi liberali** derivanti dalla vindictio e dalla mancipatio, i **negozi documentali** costituiti da una forma scritta vincolata (expensilatio), i **negozi verbali** cioè con pronuncia di espressioni orali inderogabili (certa verba, ad es. stipulatio) e infine i negozi a **forma complessa** negozi per la cui formazione concorrevano formalità di diverso tipo (es. testamentum per aes et libram).

Il secondo elemento essenziale in un negozio è la **voluntas** è necessario che la volontà sia correttamente manifestata e si sia liberamente formata, occorre che la volontà esteriore sia pienamente corrispondente a quella interna, la volontà poteva promanare da un solo soggetto (**negozio unilaterale**) oppure dalla volontà di due o più persone (**negozio plurisoggettivo**).

Questa volontà poteva inoltre manifestarsi non correttamente, ossia si poteva avere una discordanza tra volontà interna e volontà manifestata esternamente, essa poteva aversi a causa di molteplici possibilità ovvero: mancanza di serietà, violenza fisica, malinteso, riserva mentale, accordo simulatorio.

Poteva avvenire talvolta la **simulazione** ossia un accordo simulatorio volto a attuare un negozio apparente (**negozio simulato**), ma in caso di simulazione assoluta le parti in realtà non volevano alcun negozio (**simulazione assoluta**), In realtà le parti volevano un negozio diverso (**simulazione relativa**). Il negozio simulato tra le parti non aveva effetto, ma aveva effetto il **negozio dissimulato** se aveva tutti gli elementi richiesti, per i terzi svantaggiati dalla simulazione il negozio simulato non aveva effetto, per i terzi avvantaggiati il negozio simulato valeva.

Il **consensus** era valido solo se la persona aveva la capacità giuridica e di agire (ne erano esclusi i minori, o i furiosi ecc.), esso doveva essere libero e manifestato senza vizi.

Qualora la volontà si sia formata a causa di un vizio l'autore del negozio giuridico può chiedere l'annullamento del negozio per vari motivi ossia **violenza morale** (minaccia di un male notevole e ingiusto che spinga il soggetto passivo per timore a concludere il negozio giuridico), **dolo** (forde, raggirato posto in essere per indurre un'altra persona deceptus a volere il negozio giuridico), **errore di fatto** (error in negotio: : errore nel tipo di negozio concluso ad es. una vendita invece di locazione, error in corpore errore sulla identificazione dell'oggetto giuridico, error in quantitate errore sulle dimensioni quantitative dell'oggetto, error in substantia errore sulle qualità essenziali dell'oggetto, error in persona errore sull'identificazione del soggetto giuridico).

Ultimo elemento fondamentale di un negozio è la **causa** essa indicava il motivo della volizione, la fonte del negozio giuridico o la funzione del negozio, la causa rilevava per la qualificazione del negozio come lecito o illecito (la causa era illecita quando era contraria ai principi del ius privatum e alle regole del buon costume). In questi casi il negozio era nefarium (contro il fas) o iniustum.

Quando la causa era contraria alle leges: la contrarietà diretta ossia **negotia contra legem** comportava l'inutilitas del negozio e la contrarietà a leges perfectae. Invece la contrarietà indiretta ossia i **negotia in fraudem legis**, il negozio era apparentemente lecito ma destinato ad aggirare un divieto di legge.

La causa serviva per distinguere negozi a prestazioni corrispettive o non corrispettive e per distinguere negozi di gratificazione o corresponsione.

Nel negozio potevano esserci elementi accidentali, clausole che in alcuni casi non incidevano sulla efficacia del negozio (**modus** nei negozi a titolo gratuito) e in altri casi, influivano sulla efficacia del negozio (**condizione e termine**) e non potevano apporsi agli **actus legitimi** (es. mancipatio, institutio heredis no termine). Termine = dies: l'efficacia del negozio giuridico dipendeva da una circostanza futura ma certa nel verificarsi.

a. **Dies a quo (termine iniziale)** 'il giorno dal quale', il giorno a partire dal quale il negozio produrrà i suoi effetti, fino a che non si verifica l'evento dedotto il negozio è sospeso, pendente (es. ti vendo la mia casa il 20 dicembre).

b. **Dies ad quem (termine finale)** 'il giorno fino al quale', il negozio produce i suoi effetti fino al verificarsi dell'evento (es. prendo in locazione l'appartamento fino al 31 dicembre, fino al momento in cui morirai, l'evento si verificherà con certezza).

Era un evento futuro ed incerto al cui verificarsi era subordinata l'efficacia di un negozio giuridico, gli effetti per il diritto classico si producevano **ex nunc**, e cioè dal momento in cui si era verificata la condizione; per il diritto giustiniano, invece, essi retroagivano e si verificavano **ex tunc**, cioè dal momento in cui il negozio era stato stipulato.

a. **Condizione sospensiva** al verificarsi della quale il negozio giuridico inizia a produrre effetti giuridici, fino a che non si verifica l'evento dedotto il negozio è sospeso, pendente (es. ti vendo la mia casa se mi sposo).

b. **Condizione risolutiva** ammessa solo a partire dal periodo giustiniano. Quando si verificava l'evento dedotto in condizione il negozio giuridico cessava di produrre effetti giuridici (es. abiterò con te fino a quando non saranno terminati i lavori a casa mia).

Una condizione poteva essere **positiva o negativa**, a seconda che la condizione fosse legata al verificarsi o meno di un evento.

Una condizione poteva essere **potestativa**: se il verificarsi dell'evento dipendeva dalla sola volontà di una delle parti (es.: se compirò quell'impresa; se vorrò); **casuale** se il verificarsi dell'evento dipendeva dal caso o dalla volontà di un terzo (es.: se piovierà; se la mia nave giungerà dall'Asia); **mista**, quando il verificarsi dell'evento dipendeva in parte dal caso o dalla volontà di un terzo e in parte dalla volontà di una parte (es.: se avrò figli).

Una condizione poteva essere **impossibile** se per motivi naturali o giuridici non poteva realizzarsi.

In caso di condizioni impossibili il negozio era nullo (vitiatur et vitiat); tale regola però subiva deroghe: per i negozi mortis causa, tali condizioni furono considerate come non apposte, per conservare in vita il negozio (vitiatur sed non vitiat). Nel diritto giustiniano alle condizioni impossibili erano equiparate quelle **illicite** (contra ius, contrarie al diritto) e quelle **turpi** (contra bonos mores, contrarie al buon costume).

Il negozio poteva essere concluso anche da una interposta persona, pertanto poteva esserci una **sostituzione materiale** cioè quando un soggetto si fa sostituire da un altro individuo o **sostituzione giuridica (rappresentanza)** ossia quando un individuo pienamente capace compie il negozio per conto e nell'interesse di un altro soggetto giuridico. La rappresentanza poteva essere **diretta**: quando il rappresentante agiva in nome e per conto del rappresentato, gli effetti giuridici ricadono direttamente nella sfera giuridica del rappresentato, oppure la rappresentanza poteva essere **indiretta**, ovvero quando il rappresentante agiva per conto del rappresentato ma in nome proprio, gli effetti ricadevano sul rappresentante che doveva trasmetterli al rappresentato.

Obligatio

Il termine obligare deriva da ob- e ligare (legare). Il debitore era tenuto al compimento di una prestazione. obligare rem = legare una cosa, pignus or hypotheca = dare una garanzia, obligare personam = imporre un dovere a una persona.

L'obbligazione era, nel diritto romano, il vincolo giuridico che una persona (obligatus) contraeva obbligandosi ad eseguire una determinata prestazione nei confronti di un'altra persona (creditor), oggetto della obbligazione era la prestazione, ossia il comportamento che il debitore doveva tenere per soddisfare la pretesa del creditore e poteva consistere in un facere, dare o praestare.

Giustiniano divise le obbligazioni in **civili e pretorie**, l'**obligatio civilis** era stabilita dalla legge, l'**obligatio honoraria** era creata dal pretore ex sua iurisdictione, un'altra classificazione era tra **obligationes civiles** munite di azione, **obligationes naturales** prive di azione.

L'**obbligazione naturale** era un rapporto obbligatorio vincolante solo nella comune coscienza sociale e pertanto privo di rilevanza giuridica, pur avendo la struttura dell'obbligazione e carattere patrimoniale, era sfornita di azione e in genere di mezzi per costringere il debitore all'adempimento: essa produceva soltanto effetti giuridici limitati, se il debitore, pur non essendo giuridicamente vincolato, adempiva ugualmente, il creditore naturalis aveva la c.d. soluti retentio, cioè il diritto di trattenere il pagamento spontaneamente fatto dal debitore, e di respingere la condictio indebiti eventualmente proposta per ottenere la restituzione di quanto indebitamente pagato.

Le obbligazioni naturali erano quelle contratte da schiavi, filii familias, pupilli senza l'auctoritas del tutore, prodigi e furiosi senza l'auctoritas del curatore, il libertus che si obbligava a prestare le operae al patronus.

Per quanto riguarda i **negotia contratti da schiavi**, i Romani negavano che potesse esistere una obligatio a carico di uno schiavo, a causa della sua incapacità giuridica patrimoniale e processuale, successivamente si ammise che lo schiavo potesse contrarre debiti, sia verso il **dòminus** che verso i terzi: se lo schiavo pagava, il **pecùlium** diminuiva e il dominus non poteva ripetere quanto lo schiavo aveva pagato.

Per quanto riguarda i **negotia contratti filius familias**, le obbligazioni contratte dal filius familias, nei limiti del peculio, verso i terzi oppure, indipendentemente dal peculio, verso il rispettivo pater familias o verso un altro filius sottoposto alla medesima potestas erano dette naturali. Se il filius pagava il terzo, il pater non poteva ripetere quanto pagato. Il senatusconsultum Macedonianum negò l'azione per i mutui contratti dal filius familias, anche dopo che questo fosse diventato sui iuris: si stabilì che il filius che avesse pagato non potesse agire per la ripetizione, appunto perché il debito non si riteneva esistente.

Parliamo di **obbligazioni parziarie**, in caso di pluralità di soggetti attivi e passivi la prestazione spettava a ciascun creditore o gravava su ciascun debitore in proporzione alla sua parte individuale (obligatio pro parte), dunque l'obbligazione si intendeva ripartita in tante obbligazioni per quanti erano i soggetti attivi e passivi.

Parliamo di **obbligazioni cumulative** quando in una obbligazione formalmente unica si cumulavano tante obbligazioni identiche per quanti erano i soggetti attivi o passivi, la prestazione era dovuta per intero (in solidum) da ciascun condebitore al creditore (cumulatività passiva) oppure dal debitore a ciascun concreditore (cumulatività attiva). il creditore poteva pretendere tante prestazioni per quanti erano i debitori: nei casi di delictum privato commesso da più persone, tutti i partecipanti dovevano pagare la poena stabilita dalla legge e chiesta dal danneggiato con l'actio poenalis, tutti i danneggiati potevano pretendere da ciascun responsabile, il pagamento dell'intera somma: l'actio poenalis poteva essere esercitata contro tutti i colpevoli e da tutti i danneggiati creditori.

Le **obbligazioni solidali** rappresentavano un'obbligazione con più soggetti, dal lato attivo o passivo, derivante da un unico fatto giuridico, nella quale ogni creditore aveva diritto di pretendere la prestazione per intero (solidarietà attiva), oppure ogni debitore ha l'obbligo di eseguire l'intera prestazione (solidarietà passiva), il pagamento eseguito da uno dei debitori, ovvero dall'unico debitore, in favore di uno qualsiasi dei creditori estingueva l'intera obbligazione, era inconcepibile il regresso o la rivalsa da parte di chi aveva pagato: il debitore in solidum non poteva rivolgersi contro gli altri condebitori per ottenere una parte di quanto pagato, così come il creditore solidale non doveva versare agli altri creditori una quota della prestazione ricevuta, in quanto la solidarietà non comportava reciproca garanzia, il regresso era possibile solo in base ai rapporti intercorrenti tra i vari debitori o creditori solidali (società, mandato, comunione). Le obbligazioni solidali potevano nascere da **norme giuridiche** (più raramente) o per volontà dei soggetti.

Le **obbligazioni ambulatorie** erano invece quelle obbligazioni in cui non era inizialmente determinata la persona del creditore o del debitore ma l'individuazione del debitore era rimandata al

momento dell'adempimento. L'ammissibilità di queste obbligazioni è ristretta a pochissimi casi ad esempio il legato a favore del primo fra i parenti che si fosse presentato ai funerali del testatore. Erano ammesse le obbligazioni propter rem, oneri reali gravanti su chiunque si trovasse ad avere in proprietà o in possesso una certa res (ad esempio il superficiario e l'enfiteuta avevano l'obbligo di pagare i canoni relativi al diritto acquistato).

La prestazione poteva consistere in un **facere** ossia in una specifica attività del debitore, in un **dare** cioè nel trasferimento di una cosa in proprietà o in possesso, in un **non facere**, ovvero nell'astensione del debitore da una specifica attività e infine nel **praestare** ossia sta garante. La prestazione doveva essere **determinata** o **determinabile**, possibile dal punto di vista giuridico e materiale, **lecita** ovvero compatibile con le norme dell'ordinamento e della morale e infine **valutabile economicamente**.

Eccezionalmente poteva oltre al capitale essere prevista la prestazione di un tanto in più del capitale in denaro ricevuto in prestito (usurae) che veniva pagato proporzionalmente all'ammontare del capitale e alla durata dell'utilizzazione da parte dell'obligatus, le usurae erano convenzionali cioè derivavano da esplicite convenzioni tra le parti. Le XII tavole stabilirono che le usurae non potevano pattuirsi in misura superiore ad un'uncia (1/12) del capitale per ogni mese (fenus unciarum). Giustiniano vietò la produzione di interessi da parte di interessi (anatocismo).

Le obbligazioni possono essere classificate nel seguente modo:

1. Divisibili (in dando)
2. Indivisibili (in faciendo e in non faciendo)
3. Positive (comportamento di dare o facere)
4. Negative (comportamento di non facere)
5. Di specie (di cosa individuata)
6. Di genere (la scelta spettava al debitore)

Per quanto riguarda le **obbligazioni generiche**, la prestazione non poteva mai diventare impossibile perché era impossibile che perissero tutte le cose di una categoria (genus numquam perit), ad esempio tutto il vino.

Erano **obbligazioni alternative** quelle che avevano ad oggetto due o più prestazioni il debitore aveva il diritto di scelta (ius eligendi) e nel caso la scelta fosse stata fatta dal creditore o dal terzo, il debitore poteva mutare decisione (ius variandi). *Duae res, vel plures, sunt in obligatione, una autem in solutione*: due o più prestazioni sono previste nell'obbligazione, ma basta eseguirne una.

Nelle **obbligazioni facoltative** la prestazione era una soltanto ma il debitore poteva sostituirla con una diversa. *Una res est in obligatione, duae autem in facultate solutionis*: l'oggetto dell'obbligazione è unico, ma due possono essere oggetto dell'adempimento. Se la prestazione di base diventava impossibile per causa non imputabile al debitore l'obbligazione si estingueva.

L'**Adempimento** indicava il comportamento cui era obbligato il debitore nei riguardi del creditore (solutio) che ne era soddisfatto (satisfactio), l'adempimento doveva essere esatto nel tempo e nel contenuto, il soggetto attivo dell'adempimento era il debitore (soggetto passivo dell'obbligazione), mentre il soggetto passivo dell'adempimento era il creditore (soggetto attivo dell'obbligazione).

Il pagamento aveva ad oggetto un qualcosa per un'altra cosa (aliud pro alio) ma solo se il creditore vi acconsentiva.

Quando il creditore non accettava l'adempimento il debitore non doveva corrispondere interessi e non era tenuto a adempiere se l'obbligazione diveniva impossibile per causa a lui non imputabile, parliamo in questo caso di mora del creditore o **mora accipendi**.

L'**inadempimento** era definitiv: quando la prestazione diventava impossibile per causa non imputabile al debitore o il creditore non aveva interesse ad un adempimento tardivo, se l'impossibilità sopravvenuta era imputabile al debitore il creditore poteva chiedere comunque soddisfazione (perpetuatio obligationis).

Il ritardo si verificava quando il debitore non avesse adempiuto ad un'obbligazione ancora possibile. Il momento iniziale era **nelle obbligazioni a termine fisso**, dal momento della scadenza del termine e quindi non è necessaria la richiesta formale del creditore, si ha **mora ex re**, invece

nelle obbligazioni senza termine fisso dal momento della richiesta di adempimento da parte del creditore (interpellatio). Si ha così **mora ex persona**. Gli effetti della **mora solvendi** era la protrazione dell'obbligazione (perpetuatio obligationis) sino al giorno dell'effettivo adempimento con la responsabilità del debitore in caso di perimento della cosa (obligatione sin dando) anche per caso fortuito, il debitore inoltre era obbligato al pagamento degli interessi di mora (usurae moratoriae).

I criteri di imputazione erano molteplici: **criterio di responsabilità oggettivo**: impossibilità imputabile al debitore, **criterio di responsabilità soggettivo**: inadempimento volontariamente causato dal debitore (dolo: volontarietà del comportamento), **criterio di responsabilità oggettivo**: la condotta del debitore ha comportato inadempimento per violazione delle regole di diligenza (culpa: imperizia, imprudenza, negligenza), **custodia**: nei casi in cui il debitore teneva a proprio vantaggio una cosa altrui ne rispondeva ad esempio per furto o danneggiamento, **culpa**.

La culpa consisteva, genericamente, in un comportamento volontario contrario alle norme di diligenza, prudenza e perizia, la culpa costituì, nelle sue varie gradazioni, criterio generale di imputazione della responsabilità, contrattuale o per fatto illecito, insieme al dolo, come criterio di responsabilità, la differenza tra dolus e culpa, secondo il diritto classico, era che: se l'obligatio era sorta per esclusivo interesse del creditore, il debitore era responsabile solo se l'inadempimento era dipeso da dolus; se, invece, l'obligatio era sorta anche nell'interesse del debitore, questi era responsabile anche se l'inadempimento fosse dipeso da culpa. C'erano diversi tipi di culpa ovvero, **culpa levis** (colpa lieve), **culpa lata** (colpa grave), **culpa levissima** essa era in relazione alla responsabilità contrattuale, costituì criterio di imputazione eccezionale e si concretò nella mancata prestazione, da parte del debitore, di una diligenza particolarmente intensa, ai fini dell'adempimento. Al debitore era richiesta, nell'adempimento, una diligenza ben superiore, più intensa, rispetto a quella del bonus pater familias. In relazione alla commissione di un fatto illecito, la culpa levissima era criterio di imputazione ordinario: anche una lieve negligenza era sufficiente ad integrare gli estremi della responsabilità.

L'**estinzione** delle obbligazioni può avvenire in vari modi, quali l'**adempimento**, **solutio per aes et libram/acceptilatio** la **confusione**, **compensazione**, **patto di non esigere**.

La **solutio per aes et libram** (**scioglimento per mezzo di atto liberale**) consisteva in una mancipatio integrativa mediante la quale il creditore (mancipio dans) acconsentiva in cambio dell'adempimento a che il debitore (mancipio accipiens) pronunciasse una formula di vindicatio della propria libertà dal vincolo obbligatorio anche prescindendo da un pagamento effettivo di un quantitativo di bronzo o effettuando il pagamento simbolico di una sola monetina (nummo uno). L'**acceptilatio verbis** invece consisteva nello scambio contestuale di una domanda con la quale il debitore chiedeva al creditore se avesse ricevuto l'adempimento e di una risposta affermativa del creditore senza l'intervento dei testimoni e del libripende.

Era inoltre possibile che l'obbligazione originariamente possibile divenisse **impossibile** per cause sopravvenute, o nel caso di **confusione** quando nello stesso soggetto si riunivano la qualità di creditore e debitore.

La **compensazione** consisteva in un conguaglio tra obbligazioni reciproche di due soggetti (ad esempio un soggetto che poteva richiedere un credito di 100 verso un altro soggetto che vantava a sua volta verso il primo un credito di 70). era inutile ricorrere a due pagamenti reciproci per cui si affermò che il creditore della quantità minore fosse tenuto a pagare all'altro creditore il saldo cioè la differenza fra le due quantità.

Il **pactum de non petendo** era il patto tra creditori e debitori con il quale il creditore si obbligava a non esigere l'adempimento mai più o per un certo determinato periodo di tempo, era un modo di remissione del credito.

Troviamo poi alcuni fatti estintivi e modificativi relativi alle obbligazioni, essi possono essere **novazione** e **delegazione**, la **novazione** poteva essere **soggettiva** e **oggettiva**, essa consisteva nella sostituzione di una prima obbligazione con un' obbligazione parzialmente nuova nel suo contenuto (aliquid novi), dunque la precedente obbligazione si estingueva tutte le volte in cui la nuova

obbligazione fosse riferibile allo stesso rapporto di debito-credito, per far sì che la novazione avvenisse era necessario che le parti fossero intenzionate a novare, inoltre era necessario che la prima obbligazione fosse valida, che la seconda fosse validamente costituita, che la seconda fosse identica alla prima salvo un aliquid novi nei soggetti o nell'oggetto. Gli effetti della novazione erano l'estinzione della prima obbligazione, l'estinzione delle garanzie reali e personali della prima obbligazione e infine comportava l'improponibilità delle eccezioni che si sarebbero potute opporre alla prima obbligazione.

La **delegazione** invece era un negozio unilaterale di designazione da parte di un soggetto del rapporto obbligatorio di un altro soggetto in qualità di proprio sostituto (delegatus), Il delegato poteva essere nella posizione del creditore (**delegazione attiva**); il delegato poteva essere nella posizione di debitore (**delegazione di debito**); il delegato poteva essere nella posizione di accipiente del pagamento (**delegazione di pagamento attivo**); il delegato poteva essere nella posizione di solvente (**delegazione di pagamento passivo**).

L'**ordine delegatorio (iussum)** dal delegante al delegato, se il delegato decideva di eseguire il iussum lo portava a conoscenza del delegatario che era tenuto ad accipere e solvere (delegazione di pagamento), se il delegato decideva di eseguire il iussum lo portava a conoscenza del delegatario che era libero di decidere se accettare o meno la nuova controparte (nella delegazione di credito o debito).

I fatti **modificativi** principali sono due cioè la **cessione del credito** e la **cessione del debito**.

Per quanto riguarda la **cessione del credito**, il cedente (creditore originario) cedeva il proprio credito ad un terzo (cessionario) nei confronti del debitore (ceduto), Il creditore nominava procurator il terzo cessionario dandogli il potere di perseguire il debitore per l'adempimento.

L'azione del procurator in rem suam era esercitata mediante una formula con trasposizione di soggetti: nell'intentio figurava il nome del creditore, mentre nella condemnatio il beneficiario era il procurator. Nella cessione operata a titolo di compravendita, il cedente doveva garantire al cessionario (l'acquirente) la sola esistenza del debito ceduto, il nomen verum (si parlava, in proposito, di cessio pro soluto). Non era, invece, dovuta la garanzia del sicuro adempimento del debitore (nomen bonum; si parlava, in proposito, di cessio pro solvendo).

La **cessione del debito** non fu mai espressamente riconosciuta come autonomo negozio giuridico, se non in presenza del più ampio fenomeno della successione universale mortis causa, il fine pratico della cessione del debito poteva, tuttavia, esser raggiunto indirettamente: facendo ricorso ad una expromissio di un soggetto, che diventava il nuovo debitore: il debito era assunto da parte di una persona diversa dal debitore, ciò determinava l'estinzione del debito originario (per effetto di una novatio), nonché di tutte le garanzie reali e personali ad esso relative.

Fonti delle obbligazioni

Divisibili in **contratto, quasi contratto, delitto, quasi delitto**.

Le **obbligazioni da contratto** principali sono i **contratti unilaterali** ovvero sorgeva un'obbligazione solo a carico di una parte ad es. il mutuo, ricordiamo poi i **contratti bilaterali** ossia entrambe le parti sono obbligate reciprocamente (es. compravendita), troviamo infine i **contratti bilaterali imperfetti** cioè all'obbligazione originaria può seguire una secondaria che sorge solo da atti esecutivi del contratto (es. deposito). Le obbligazioni da contratto nascevano inoltre da negozi giuridici bilaterali, i contratti erano di 4 tipi ossia **reali, verbali, letterali e consensuali**.

Contratti reali

Le **obligationes re contractae (obbligazioni reali)** appartenevano alla categoria delle obligationes ex contractu, in esse il vincolo obbligatorio nasceva attraverso l'accordo tra le parti o anche con la consegna effettiva e materiale della cosa oggetto dell'obbligazione, il creditore effettuava una consegna volontaria a favore del debitore che era tenuto a restituire la cosa al dante.

Il **nexum** era la più antica figura di prestito di consumo. Il debitore, per garantire un debito, sottoponeva sé stesso al potere del creditore, fino a che il debito non fosse stato adempiuto; eseguita la prestazione il debitore riacquistava la propria libertà (nexi liberatio), il nexum rientrava tra i gesta

per *æs et libram* e rispecchiava concezioni arcaiche primordiali, la sua pratica è da collocarsi intorno al V sec. a.C., quando cominciò un forte indebitamento fra i ceti plebei in Roma e il *nexum* offriva maggiori garanzie di adempimento alle poche famiglie più ricche, la *lex Poetelia Papiria* del 326 a.C. ne mitigò notevolmente le disumane conseguenze per i soggetti che vi erano assoggettati, disponendo che i cittadini sottoposti al *nexum* non potessero esser tenuti in catene.

I più importanti tipi di contratti reali sono senza dubbio il **mutuum** (mutuo) o il **commodatum** (comodato).

Il **mutuo** è il volontario trasferimento della proprietà di una somma di danaro o di una quantità di altre cose fungibili da un soggetto (mutuante) ad un altro (mutuatario). Quest'ultimo assumeva l'obbligo di restituire al primo una quantità uguale di cose dello stesso genere e qualità (*tantundem eiusdem generis*), di qui la natura di contratto gratuito. Il termine *mutuum* deriva da *mutare* e significa cambiare. Era un contratto unilaterale in quanto nasceva solo un'obbligazione del mutuatario di restituire l'altrettanto nei limiti della dazione. Non era possibile inserire nel mutuo l'obbligo di pagare interessi (*usurae*) per la somma mutuata in quanto il mutuo era essenzialmente un contratto gratuito. tuttavia era possibile con un apposito negozio, la *stipulatio contestuale* alla dazione a mutuo, stabilire il pagamento di interessi. In tal caso il mutuatario si impegnava a pagare una certa percentuale sul capitale a titolo di interessi. In epoca classica il patto con il quale il mutuatario si impegnava a pagare interessi sul capitale fu considerato un'obbligazione naturale e quindi se il debitore pagava gli interessi spontaneamente non ne poteva chiedere la restituzione. Il mutuatario era sempre responsabile per inadempimento ed era considerato in mora quando scaduto il termine previsto per l'adempimento non avesse ancora eseguito la prestazione. Vi erano inoltre alcune azioni a tutela del mutuante quali l'**actio certæ creditæ pecuniæ** che prevedeva che il mutuante potesse agire contro il mutuatario con l'*actio certæ creditæ pecuniæ* per ottenere la restituzione del *tantundem eiusdem generis* relativamente a somme di danaro date in mutuo; altra tutela era rappresentata dalla **condictio certæ rei** che prevedeva che il mutuante potesse agire contro il mutuatario con la *condictio certæ rei* (detta *condictio triticaria*) per ottenere la restituzione del *tantundem eiusdem generis* relativamente a cose fungibili. Importante è il **Senatusconsultum Macedonianum** che fu emanato nel I sec. d.C., e stabilì il divieto di dare somme di danaro, a titolo di mutuo a *filiis familiarum*, il pretore rese operante il divieto mediante la concessione di un'*exceptio senatusconsulti Macedoniani* da opporre all'azione intentata dal terzo mutuante contro il *filius* e mediante la *denegatio* dell'*actio de peculio* esercitata dal mutuante contro il *pater familias*, il divieto era inoperante se il *pater* avesse dato il proprio consenso al mutuo, nonché se il *filius*, divenuto *sui iuris* lo avesse ratificato, se, peraltro, pur in presenza del divieto, il *filius* effettuava il pagamento, operava il principio della *soluti retentio*: pertanto, il pagamento effettuato dal *filius* si configurò come un caso di *obligatio naturalis*. Il termine *fenus* indicava il frutto del capitale prestato, il **fenus nauticum** era una particolare figura di mutuo e consisteva nella dazione di una somma di danaro che doveva essere trasportata per mare e utilizzata per l'acquisto di merci oppure utilizzata per l'acquisto di merci da trasportare per mare, il mutuatario era tenuto alla restituzione della somma solo allorché il danaro o le merci pervenissero a destinazione, pertanto il rischio del trasporto ricadeva interamente sul mutuante, il quale, in cambio, aveva diritto ad elevati interessi appositamente pattuiti, se la navigazione andava a buon fine il *nauta* ripagava il finanziatore con il doppio della *pecunia* da lui ricevuta.

Il **commodatum** si perfezionava mediante la consegna di una cosa da un soggetto (comodante) ad un altro (comodatario) affinché quest'ultimo la usasse gratuitamente, assumendo l'obbligo di restituirla, oggetto del *commodatum* doveva essere una cosa corporale ed inconsumabile; una cosa consumabile poteva darsi in comodato solo per un uso diverso da quello normale (che non ne comportasse la consumazione), il **commodatum** dunque era un contratto reale che si perfezionava mediante la consegna di una cosa da un soggetto (comodante) ad un altro (comodatario) affinché quest'ultimo la usasse gratuitamente, assumendo l'obbligo di restituirla. Il comodante aveva la mera detenzione della cosa e poteva usarla nei limiti imposti dal comodante; nel caso in cui eccedeva tali limiti commetteva un *furtum usum*. Oggetto del comodato potevano essere solo cose mobili e

immobili inconsumabili. Eccezionalmente potevano essere date in uso anche cose consumabili a patto che non fossero consumate ma venissero utilizzate per scopi diversi da quelli normali, ad esempio, quando venivano prestate delle monete affinché il comodatario delle stesse ne facesse bella mostra senza però spenderle (ad pompam o ad ostentationem). Le azioni a tutela erano l'**actio commodati** che prevedeva che comodante in caso di mancata restituzione della cosa avesse un'**actio commodati directa**. Il comodatario aveva un'**actio commodati contraria** contro il comodante o i suoi eredi in caso di revoca del comodato intempestiva o di difetti della cosa di cui il comodante fosse a conoscenza (la damigiana comodata era fessurata e ne è uscito tutto il vino che il comodatario vi aveva versato). L'**actio furti** era applicabile quando il comodatario usava la cosa al di là dei limiti stabiliti dal comodante, il comodante poteva agire nei suoi confronti con una **actio furti**.

Altri tipi di contratti reali sono il **depositum** e il **pignus e fiducia** (già affrontato).

Il **depositum** si perfezionava con la consegna di una cosa mobile che una parte (depositante) faceva all'altra (depositario), con l'obbligo per quest'ultima di custodirla gratuitamente e di restituirla a richiesta del depositante, la consegna comportava il trasferimento al depositario della mera detenzione della cosa, oggetto del depositum doveva essere una cosa mobile ed infungibile, dunque il deposito era un contratto reale, tipico, perfezionantesi con la consegna di una cosa mobile che una parte (depositante) faceva all'altra (depositario), con l'obbligo per quest'ultima di custodirla gratuitamente e di restituirla a richiesta del depositante, la consegna (traditio) comportava il trasferimento al depositario della mera detenzione della cosa (possessio naturalis), oggetto del deposito doveva essere una cosa mobile ed infungibile, si trattava di un contratto gratuito, poiché il depositario non riceveva alcun compenso per la custodia, se fosse stato previsto un sia pur minimo compenso, non si aveva più deposito ma locazione. Il depositario aveva diversi obblighi ossia:

1. Il contratto di deposito è essenzialmente gratuito;
2. Il depositario doveva custodire la cosa ricevuta in deposito;
3. Il depositario doveva restituire la cosa al depositante;
4. Il depositario acquista la detenzione della cosa;
5. Il depositario non può pretendere alcun compenso per l'attività prestata;
6. Il depositario può pretendere il rimborso delle spese necessarie per la conservazione della cosa.

Le azioni a tutela del deposito erano l'**actio depositi** consisteva che il depositante in caso di mancata restituzione della cosa dipesa da dolo del depositario avesse un'**actio depositi directa** (actio in factum), tale azione era in ius per ogni inadempienza del depositario anche per mancata custodia, però sempre dipendente da dolo. Il depositario aveva un'**actio depositi contraria** con la quale egli poteva far valere, contro il depositante, le pretese relative all'indennizzo delle spese sostenute per la manutenzione della cosa e al risarcimento dei danni arrecati dalla cosa depositata. Esistevano tre diversi tipi di deposito ossia il **depositum miserabile**, il **depositum in sequestrem** e il **depositum irregolare**.

Per quanto riguarda il **depositum miserabile** la consegna del bene veniva effettuata dal depositante in occasione di tumulto, incendio, rovina, naufragio. In tale ipotesi si prevedeva una più grave responsabilità del depositario, in caso di rifiuto di restituzione del bene; infatti, l'**actio in factum** concessa dal pretore era in duplum del valore della cosa depositata.

Per quanto riguarda il **depositum in sequestrem** esso ricorreva quando più persone depositavano in solido la cosa, con l'obbligo per il depositario di custodirla e restituirla a colui che, in seguito, si fosse trovato in una determinata situazione legittimante (ad es.: a chi vinceva la lite relativa alla cosa stessa), mentre il depositario era considerato semplice detentore, il sequestratario era considerato possessore e poteva esercitare gli interditta a tutela della possessio.

Infine il **depositum irregolare** che prevedeva la consegna di cose fungibili (generalmente somme di danaro) effettuata dal depositante al depositario, con l'obbligo per quest'ultimo di restituire il tantundem eiusdem generis (altrettante cose dello stesso genere) ad una certa scadenza oppure a richiesta. Secondo i giuristi dell'età classica tale figura era da considerarsi come contratto di mutuo, poiché si prevedeva per il depositario una facoltà (quella di usare la cosa) estranea al contratto di

deposito, la differenza era che nel mutuo l'interesse era di chi riceveva il denaro di cui aveva bisogno invece nel deposito irregolare l'iniziativa e l'interesse prevalente erano del deponente.

Contratti letterali

Per quanto riguarda i **contratti letterali** le parti (debitore e creditore) si impegnavano non solo mediante accordo ma con precise scritturazioni (*litterae*) fatte da entrambe o da una sola parte generalmente in un'obbligazione di dare una somma di denaro o cose fungibili, per la loro costituzione era necessario il solo compimento delle formalità della scritturazione, con l'indicazione dei soggetti e della prestazione che ne formava oggetto.

I negozi costitutivi di obbligazioni letterali erano tre, distinti in due categorie, parliamo della **expensilatio**, in cui la forma scritta era richiesta per l'esistenza del contratto, e poi **sygraphae** e **chyrographa**, nei quali la forma scritta era richiesta per l'esistenza (*ad substantiam*) e per la prova del negozio (*ad probationem*).

I contratti letterali potevano essere di vario tipo, come ad esempio i **nomina transcripticia** (**credito trascritto**), essi avevano sempre ad oggetto una somma di danaro già dovuta in base ad una obbligazione preesistente e si fondavano sulle risultanze del *codex accepti et expensi* cioè del libro contabile che il *pater familias* teneva per annotarvi le somme ricevute o versate a seguito di rapporti di credito, la registrazione d'uscita di una erogazione patrimoniale che faceva il creditore a favore dell'*obligatus* obbligava quest'ultimo alla restituzione nei termini indicati dal creditore, le somme ricevute erano riportate nella rubrica dell'*acceptum* e quelle versate in quella dell'*expensum*, l'obbligazione si estingueva quando il creditore scriveva nella colonna dell'*acceptum* l'adempimento dell'*obligatio* (*acceptilatio litteris*).

L'obbligazione che nasceva in base alla *transcriptio* poteva essere:

a. **transcriptiones a re in personam** era utilizzata a fini di novazione oggettiva, se il creditore scriveva nella rubrica dell'*acceptum* (operando una *acceptilatio*) la somma dovuta, come se fosse stata realmente ricevuta, e scriveva nella rubrica dell'*expensum* (operando la *expensilatio*) la stessa somma in riferimento alla stessa persona, come se fosse stato costituito un mutuo. Il precedente debito si estingueva e ne sorgeva uno nuovo *litteris*.

b. **transcriptiones a persona in personam** era utilizzata ai fini di novazione soggettiva, se il creditore scriveva nella rubrica dell'*acceptum* la somma dovuta dal debitore e scriveva nell'*expensum* la stessa somma in riferimento ad un'altra persona, come se questa avesse contratto un mutuo: in tal caso si estingueva l'obbligazione del precedente debitore e sorgeva una *obligatio litteris* in capo al nuovo debitore.

Anche per questo tipo di contratto vi erano delle azioni a tutela, ossia l'**actio certae creditae pecuniae**, il creditore poteva agire contro il debitore con l'*actio certae creditae pecuniae* per ottenere il pagamento del debito derivante dal libro contabile, ricordiamo poi l'**exceptio doli** che prevedeva che il debitore potesse opporre al creditore che lo avesse chiamato in giudizio, in caso di registrazioni false, una **exceptio doli**, doveva dare la prova che l'iscrizione fosse falsa o comunque non rispondente al vero.

Abbiamo anticipato precedentemente la figura dei **chyrographa** e **sygraphae**, erano in uso, dapprima, presso i Greci e successivamente furono recepiti nel diritto romano tra i contratti letterali. Il **Chyrographum** era un documento redatto in un unico originale dal debitore e consegnato da questi al creditore con cui l'autore riconosceva il proprio debito.

Invece i **Sygraphae** (**scritto a due**) erano documenti redatti in doppio originale sottoscritti da entrambi i soggetti, contenenti l'impegno a pagare una certa somma, esse avevano efficacia rappresentativa dell'*obligatio* che si incorporava nel documento e si estingueva con la distruzione di questo.

Infine, l'ultimo contratto letterario da ricordare era il **nome arcarium** esso consisteva in una registrazione di esborsi effettuata dalla cassaforte (*arca*) del creditore, secondo la dottrina il negozio si identificava più con un *mutuum* e la registrazione aveva solo funzione di prova.

Contratti verbali

A partire dal periodo classico questi contratti nascevano dalla pronuncia di verba cioè di parole stabilite, pronunciate da persone capaci di diritto e di agire, fondate su una causa negoziale lecita e manifestazione di una volontà sana (non viziata da errore, dolo o minaccia) e da una volontà concorde delle parti.

Per la costituzione di un contratto verbale dobbiamo interfacciarci con diversi **fatti costitutivi**, quali la **sponsio** o **stipulatio**, **dotis dictio**, **promissio iurata liberti**, **vadiatura praediatura**.

La **stipulatio** consisteva nello scambio contestuale di domanda e risposta (promessa), in virtù del quale un soggetto (promissor) si impegnava a compiere una qualsivoglia prestazione in favore di un altro (stipulator). La stipulatio era conclusa oralmente con la pronuncia di una formula solenne. L'utilità del ricorso ad essa era data dalla semplicità con cui si poteva estinguere l'obbligazione [acceptilatio] e dalla possibilità di difendere il diritto del creditore mediante l'actio ex stipulatu. Inizialmente solo i cives potevano contrarre la stipulatio; in epoca giustiniana tale tipo di contratto fu utilizzato indifferentemente da cives e da peregrini. Il futuro creditore chiedeva al futuro debitore se si impegnava a compiere una certa prestazione.

Cause della stipulazione:

-In una prestazione di facere: in una specifica attività del debitore

-In una prestazione di dare: nel trasferimento di una cosa in proprietà o in possesso

-In una prestazione di non facere: nell'astensione del debitore da una specifica attività

La stipulazione poteva inoltre risultare invalida in alcune circostanze, ad esempio Se si stipula una cosa che non può essere data o che non è del promittente, se si stipula una cosa che non può essere in natura, se si stipula sotto una condizione che non può esistere, se si stipula a favore di terzi, se si stipula per dopo la morte.

La **stipulatio post mortem** era caratterizzata dal fatto di dover essere eseguita solo dopo la morte dello stipulans o del promissor, era considerata nulla, in quanto si concretizzava nella preconstituzione di un diritto o di un obbligo per gli eredi, cioè di soggetti estranei al rapporto originario e, per di più, non ancora determinabili.

Vi erano numerose azioni a tutela della stipulatio tra le quali ricordiamo l'**exceptio non numeratae pecuniae**: In sede di cognitio extra ordinem il debitore poteva agire contro il soggetto che agiva (per ottenere la restituzione di una somma di denaro) in base ad una stipulatio con la quale si era già fatto promettere la restituzione di una somma da mutuare, senza che la dazione a mutuo fosse stata eseguita, essa poteva essere esperita, sotto forma di querela non numeratae pecuniae, per accertare l'inesistenza dell'obbligo. Un'ulteriore azione era l'**actio ex stipulatu** la quale era concessa allo stipulator (stipulante) nei confronti del promissor (promittente) che non avesse adempiuto all'obbligazione derivante da stipulatio. In caso di stipulatio avente un oggetto determinato, era prevista una **condictio ex stipulatu certi**, mentre, in caso di stipulatio con oggetto indeterminato, era concessa una **condictio ex stipulatu incerti**.

In diritto postclassico la **stipulatio** si ridusse ad una mera clausola stipulatoria che veniva apposta a chiusura del negozio principale di gratificazione o a chiusura del documento probatorio. Con essa si dichiarava l'avvenuta adesione del promittente alla richiesta dello stipulante di accettare tutto quanto era riversato nell'atto scritto. questa una clausola, divenne una clausola di stile, ed era apposta all'atto scritto anche quando la stipulatio non fosse avvenuta, per mettere in chiaro che l'obbligazione era sorta e che il ruolo dello stipulante spettava ad una parte piuttosto che a un'altra. Ad ogni modo la **stipulatio** aveva numerosi metodi di applicazione quali

l'**adstipulatio/adpromissio**, inoltre dobbiamo ricordare le varie stipulazioni di garanzia quali la **sponsio**, **fidepromisso** e **fideiussio**.

L'**adstipulator** era un concreditore che poteva esigere il pagamento dal debitore, estinguere l'obbligazione mediante acceptilatio, stare in giudizio per il creditore, salvo a regolare separatamente i suoi rapporti con lo stipulans principale. La **lex Aquilia de damno stabili** in proposito che, se l'adstipulator avesse fraudolentemente posto in essere l'acceptilatio

dell'obbligazione, per impoverire il creditore, in capo a lui nasceva l'obbligo di pagare, in favore di quello, il quanti ea res est.

Invece l'**adpromissor** era un condebitore che assumeva l'obbligazione ex stipulatu unitamente al promissor, sì da poter essere chiamato in giudizio per il pagamento dell'intero in vece sua.

L'adpromissio svolgeva, nella prassi, funzioni di garanzia.

Come anticipato precedentemente esistevano lo **sponsio**, **fidepromissio** e la **fideiusso** le quali erano **stipulazioni di garanzia**.

Per quanto riguarda lo **sponsio** l'obbligazione di garanzia era assunta dallo sponsor rispondendo "spondeo" alla domanda "idem dari spondes?", ove l'idem si riferiva al contenuto della obbligazione principale garantita. In tal modo, lo sponsor assumeva l'impegno di effettuare a favore del garantito la stessa prestazione (cui si riferisce l'idem della formula) oggetto della obbligazione principale. In ogni caso, comunque, il garante non poteva obbligarsi in durio rem causam, cioè assumere un'obbligazione più grave (per l'ammontare, per il termine, per le modalità, etc.) di quella garantita, la sponsio poteva accedere solo ad obbligazioni derivanti da stipulatio ed era accessibile ai soli cives romani.

La **fidepromissio** invece era un contratto verbale, di regola adoperato nel diritto romano a scopo di garanzia personale, aveva la stessa natura e presentava una struttura analoga alla sponsio, si distingueva tuttavia da essa per il fatto che era accessibile anche agli stranieri, la formula adoperata era: "Idem fidepromittis?- Promitto".

La **fideiusso** era una garanzia personale che crea un nuovo rapporto obbligatorio, accanto all'obbligazione principale, fra la persona del creditore ed un altro debitore, che si aggiunge con il suo patrimonio a rafforzare la garanzia del debitore originario, l'obbligo di garanzia non si estingueva con la morte del soggetto, ma era trasmissibile agli eredi, non era previsto per la fideiussione il limite temporale biennale proprio della sponsio e della fidepromissio, in epoca classica, il creditore poteva rivolgersi, indifferentemente, al debitore principale o al fideiussore; se il fideiussore avesse pagato, non avrebbe avuto diritto di rivalsa verso eventuali altri cofideiussori, né aveva un'apposita azione contro il garantito, ma doveva agire con l'actio mandati o con l'actio negotiorum gestorum.

Tornando al discorso sui fatti costitutivi dei contratti verbali, altro fatto importante è la **dotis dictio** che era un atto unilaterale, verbale, attraverso il quale, mediante una stipulatio, si conseguiva l'effetto della costituzione di un credito del marito sui beni dotali, la dotis dictio poteva essere compiuta dal pater familias o dal debitore della donna per ordine di questa ed aveva effetti non reali, ma obbligatori.

Altro fatto costitutivo è la **promissio iurata liberti** che era un contratto verbale che si perfezionava mediante promessa solenne fatta dallo schiavo emancipato (libertus) al patronus, allo scopo di impegnarsi alla prestazione di certi servizi, poiché lo schiavo era oggetto e non soggetto di diritti, non poteva impegnarsi iure civili nei confronti del dominus prima che intervenisse la manumissio, la promissio effettuata dopo l'acquisto della qualità di libertus (e di solito subito dopo che fosse intervenuta la manumissio) serviva a convertire in obbligazione iuris civilis l'obbligo naturale assunto dal servus di prestare servizi al patronus.

La **vadiatura** era un contratto verbale attraverso il quale, nell'ambito del processo per legis actiones, un soggetto (vas) assicurava che il convenuto sarebbe comparso in giudizio. Si trattava di un'antica figura di garanzia personale.

Infine la **praediatura** era un contratto verbale a scopo di garanzia, sorto nell'ambito della procedura per legis actiones, mediante la praediatura più soggetti (praedes) assicuravano che la parte alla quale era stato assegnato in via provvisoria il possesso della cosa durante il processo, la restituisse in caso di condanna (praedes litis et vindiciarum), oppure garantivano il pagamento del sacramentum nella procedura della legis actio sacramenti.

Contratti consensuali

Infine troviamo i **contratti consensuali** tra le obligationes ex contractu rientravano quelle consensuali nelle quali, ai fini della creazione del rapporto obbligatorio, era necessario e sufficiente

l'accordo (consensus) tra le parti. Essi scaturivano da un consensus in idem placitum e cioè la conformità volontaria nella decisione dei contraenti. Le caratteristiche principali di questo contratto erano la **libertà delle forme**, bastava il nudus consensus manifestato in modo inequivoco, l'**azionabilità ex fide bona**, in caso di inadempimento delle obligationes l'avente diritto aveva un iudicium bonae fidei e **bilateralità**, questi contratti erano costitutivi di 2 o più obbligazioni reciproche. Le obbligazioni consensu contractae erano l'**emptio venditio**, la **locatio conductio**, **societas** e il **mandatum**.

L'**emptio venditio** era un contratto consensuale ed obbligatorio in forza del quale una delle parti (venditor) si obbligava a trasmettere all'altra (emptor) il possesso di una res (mancipi o nec mancipi, corporale o incorporale), denominata merx, garantendone il pacifico godimento, dietro corrispettivo di una somma di danaro: il pretium. Gli elementi di questo contratto erano il **consenso**, l'**oggetto** e il **prezzo**. Il **consenso** era necessario perché se mancava o non era effettivo il contratto non era valido; ed era sufficiente perché bastava il semplice consenso per determinare la costituzione dell'obbligazione da contratto, **oggetto di vendita** potevano essere tutte le cose mobili o immobili purché non fossero perite né fossero di proprietà dello stesso compratore. anche un uomo libero poteva essere venduto o l'eredità o i diritti reali su cosa altrui come le servitù, l'usufrutto o i crediti verso terzi o la cosa sperata (res sperata) o la vendita a sorte (emptio spei). L'**emptio rei speratae** cioè emptio di cosa sperata era una vendita di cosa futura, subordinata alla condizione della venuta ad esistenza della medesima (es. partus ancillae). Invece l'**emptio spei** la vendita di speranza era la vendita di una cosa di cui si ignorava oggettivamente se sarebbe esistita oppure no; era più un contratto aleatorio, una sorta di scommessa tra le parti sotto forma di vendita. Ultimo elemento fondamentale era il **prezzo** che era costituito dal denaro contante (pecunia numerata) e doveva essere certo cioè determinato in una cifra esatta; effettivo, cioè non simulato; giusto, corrispondente al valore di mercato della merce, se il prezzo non era fissato in danaro non si aveva una vendita al più nel momento in cui fosse stata effettuata la consegna della merce si poteva avere uno scambio di merce contro merce e dunque un baratto.

Dunque i protagonisti principali delle obbligazioni erano due ossia il **venditor** il quale aveva l'obbligo di garantire all'acquirente il libero possesso della merx e prestare la garanzia per l'evizione e per i vizi occulti della cosa, l'**emptor** era l'obbligazione principale era quella di solvere pretium, ossia trasferire al venditore la proprietà della somma di denaro dedotta in contratto. Il venditore era responsabile di **evizione nel caso di cosa altrui**, in quanto il mancipio accipiens (compratore) che avesse provveduto al pagamento del prezzo, aveva la facoltà, se convenuto in giudizio da un terzo rivendicante, di chiamare in causa il mancipio dans (venditore), il quale era tenuto ad intervenire nel processo a sostegno del suo avente causa. Il venditore doveva inoltre garantire la presenza delle qualità promesse e l'assenza dei vizi della cosa con un'apposita stipulatio.

Il venditore era tenuto a compiere una **stipulatio duplae** con cui prometteva il doppio del prezzo in caso di evizione ed una **stipulatio habere licere** con cui si obbligava a risarcire il compratore del danno per il mancato ottenimento della cosa. I venditori di schiavi e di animali erano obbligati a denunciare ai compratori eventuali vizi della cosa, in caso di violazioni di tali obblighi, erano accordate al compratore:

- a. **actio redhibitoria**: in tutti i casi, in cui la res oggetto dell'affare avesse rivelato vizi occulti, corporali o spirituali (es. tendenza alla fuga dello schiavo) non denunciati o non conosciuti dal venditore, era diretta ad ottenere l'intera somma versata, previa restituzione della res.
- b. **actio quanti minoris** (aestimatoria), in caso di vizi, occulti o meno, della cosa oggetto di una compravendita avvenuta nei pubblici mercati (animali, schiavi), entro sei mesi dalla scoperta del vizio, il compratore poteva ottenere una riduzione del prezzo pagato.

A tutela dei soggetti troviamo l'**actio venditi** che era un'azione esperibile dal venditore in caso di inadempimento del compratore. Troviamo inoltre l'**actio empti** ossia un'azione di buona fede concessa all'emptor (compratore) nel caso in cui il venditore non avesse provveduto alla consegna della cosa venduta. Era, altresì, esperibile dal compratore nel caso in cui il venditore non avesse

garantito l'acquirente contro il pericolo di evizione, oppure quando quest'ultima si fosse già verificata.

Clausole pattizie

Le clausole pattizie o (*accidentia negotii*) erano molteplici:

1. **pactum de retro emendo** le parti si accordavano affinché il venditore potesse riservarsi il diritto di riscattare, ricomprare, entro un termine prestabilito, il bene allo stesso prezzo fissato per l'avvenuta alienazione. avendo efficacia puramente obbligatoria richiedeva l'esercizio dell'*actio empti* per la restituzione del prezzo.
2. **pactum de retro vendendo** era una clausola accessoria ad una *emptio-venditio* che attribuiva al compratore la facoltà di rivendere la stessa cosa al venditore per lo stesso *pretium*, entro un certo periodo di tempo.
3. **pactum displicentiae** la generica facoltà di restituzione accordata al compratore con il *pactum de retrovendendo* era accompagnata dalla facoltà all'accertamento della qualità della merce o della cosa nella riserva di gradimento (*pactum displicentiae*). Se la cosa non fosse di suo gradimento il compratore poteva reclamare la restituzione del prezzo.
4. **lex commissoria** in base alla quale le parti si accordavano affinché il venditore potesse recedere unilateralmente dall'impegno assunto, pretendendo dal compratore la restituzione della cosa se non avesse pagato il prezzo entro il termine prestabilito. Per effetto della *lex commissoria* il venditore trasferiva solo il possesso del bene, mentre il trasferimento della proprietà veniva sottoposto alla condizione sospensiva del pagamento del prezzo convenuto.
5. **in diem addictio** nei casi di vendita all'asta, questa clausola accessoria prevedeva che, il venditore, laddove avesse ricevuto, entro un certo termine, una offerta migliore, ritornava in proprietà del bene venduto.
6. **Arrha** consisteva nella consegna anticipata di parte del prezzo convenuto per una compravendita, oppure di una cosa di valore, fatta al fine di impegnarsi ed impegnare il soggetto che la riceveva: Si trattava di una clausola a fini probatori. In diritto post classico assunse rilevanza penale: se il soggetto che aveva dato l'*arrha* decideva di non contrarre, perdeva ciò che aveva anticipatamente consegnato all'altro; se era l'altro a non voler contrarre, era obbligato a restituire il doppio dell'*arrha* ricevuta (*arrha poenitentialis*).

Un'altra obbligazione *consensu contractu* era la **locatio-conductio** che era un contratto consensuale che impegnava due parti: locatore e conduttore, il **locatore** si obbligava a mettere nella materiale disposizione dell'altra parte una cosa, il **conduttore** si obbligava a restituire la cosa dopo averla goduta per un certo tempo, o dopo averla lavorata, manipolata, trasformata nel modo pattuito. qualunque cosa poteva essere oggetto di *locatio-conductio*, sia mobile che immobile, purché inconsumabile, la *locatio-conductio* poteva avere come oggetto anche uno schiavo e poteva importare la facoltà di avvalersi delle operæ di questo, le tre species principali furono la **locatio rei**, **locatio operis** e la **locatio operarum**.

Nella **locatio-conductio rei** il locatore si impegnava ad assicurare al conduttore il godimento di una cosa mobile od immobile, per un certo periodo di tempo, dietro il pagamento di un corrispettivo (*merces*).

Con la **locatio-conductio operis** il locatore metteva materiali di sua proprietà a disposizione di un *artifex* (che assumeva le vesti del conduttore) che si impegnava, con il lavoro proprio (o di propri dipendenti) a lavorarli e trasformarli in oggetti, per utilità del locatore, ricevendo da quest'ultimo, in cambio dell'opera conclusa, un corrispettivo (*merces*).

Con la **locatio-conductio operarum** il locatore metteva a disposizione del conduttore i propri servizi dietro il pagamento di un corrispettivo (*merces*). La *locatio-conductio operarum*, derivando dalla locazione dello schiavo, poteva avere come oggetto non qualsiasi lavoro umano, ma soltanto quello prevalentemente manuale, che di solito era prestato da schiavi. Caratteristica dell'obbligazione del *locator operarum* era la sua subordinazione totale alle direttive del *conductor* (datore di lavoro).

Gli elementi costitutivi della **locatio-conductio** erano:

1. **consensus in idem placitum**

2. **La causa:** funzione economica

Caratteristiche: La res locata poteva essere una qualunque cosa, mobile o immobile, infungibile e inconsumabile, la merces (pensio= pigione) consisteva in una somma di danaro o altra cosa fungibile o infungibile che corrispondesse al valore dell'utile prodotto dal contratto. Il **conductor** si impegnava a restituire al locator quell'oggetto (rimettergli tra le mani: cum ducere quell'oggetto), il **locator** si impegnava a porre un oggetto giuridico a disposizione dell'altra parte (detenzione)= obligatio in dando e a provvedere alla manutenzione della res. Nella **locatio rei** il conductor doveva restituire la cosa locata nel termine stabilito nel contratto; se la cosa risultava deteriorata o distrutta il conduttore era tenuto a pagarne il controvalore salvo che l'inadempimento non fosse a lui non imputabile. Aveva inoltre l'obbligo di pagare la merce a titolo di corrispettivo cioè in corrispondenza del valore di utilizzazione della res e in base alla durata del suo godimento, nella **locatio-conductio operis** il conductor aveva l'obbligo (in faciendo) di formare, lavorare e riconsegnare la cosa ricevuta dal locator dietro pagamento di una merces, il conductor poteva essere non solo un fabbro, un orafo, uno scultore, un sarto ma anche un soggetto che si obbligava alla trasformazione di una cosa esistente senza aver ottenuto i materiali dal locator, obbligo del conductor era la realizzazione dell'opus stabilito sia personalmente, sia attraverso l'opera di terzi, sia con sublocazione. Il locator aveva diritto al collaudo secondo valutazioni tipiche del galantuomo. Invece il **locator** nella **locatio-conductio operarum** doveva svolgere servizi manuali o attività intellettuali (liberi professionisti, le cui prestazioni erano dette operae liberales. Ma spesso i professionisti evitavano di far ricorso alla locatio conductio) personalmente. Il locator era dipendente (quasi condizione servile) e alle direttive del conductor e rimaneva obbligato fino alla sua morte. Il conductor pagava la merces al locator.

Le azioni a tutela erano l'**actio locati** che era un'azione esperibile dal locatore contro il conduttore per ottenere la restituzione della cosa o la realizzazione dell'opus. Poi l'**actio conducti** che prevedeva che l'azione di buona fede esperibile dal conduttore nei confronti del locatore resosi inadempiente ai propri obblighi (mancato pagamento della mercede nella locatio operarum, o mancato consegna della cosa nella locatio rei).

La **locatio conductio irregularis** comportava l'affidamento ad un capitano di navi di merci da trasportare mediante navigazione marittima dava luogo ad un trasporto pericoloso e a una forma irregolare di locatio-conductio, in caso di avaria della nave e di getto di merci per il mare per alleggerirla si applicavano i principi della lex Rhodia de iactus e cioè le conseguenze del getto venivano ripartite proporzionalmente tra tutti i caricatori attraverso le azioni locati e conducti, i caricatori erano locatori delle merci date in trasporto nei confronti del magister navis cioè del capitano verso il quale potevano agire per la restituzione delle merci con l'actio locati, il capitano nella qualità di conductor operis poteva rivalersi nei confronti dei caricatori non danneggiati dal getto relativamente alla quota di danno mediante l'actio conducti.

Un altro tipo di contratto consensuale era la **societas**. Essa era un contratto consensuale con il quale due o più soggetti (socii) si obbligavano reciprocamente a mettere in comune beni o attività, in quantità anche disuguali, allo scopo di compiere una o più operazioni economiche, dividendo tra tutti, secondo criteri prestabiliti, i guadagni o le eventuali perdite. Per alcuni studiosi la societas risulterebbe da un adattamento del vecchio istituto del consortium ercto non cito, in particolare del consortium ad exemplum fratrum suorum. L'intensificarsi delle relazioni con gli altri popoli, a partire dal III sec. a.C., impose la necessità, da un lato, di raggruppare ingenti somme, dall'altro di sopportare in comune i rischi di operazioni economiche di vasta portata, il riconoscimento di tale contratto è da attribuirsi all'attività giurisdizionale del praetor peregrinus, nell'ambito del rapporto del ius gentium, secondo altri studiosi la società sarebbe derivata da preesistenti esperienze romane quale la società tra appaltatori d'imposta (societates publicanorum). Sarebbe sorta per il regolamento di fenomeni di comunione con titolarità di diritti assoluti consentendo l'accesso anche ai peregrini e dunque la comunione volontaria si sarebbe trasformata in societas consensuale e la

comunione necessaria come *societas re contracta*. Esistono varie forme di *societas*, una di queste è la ***societas omnium bonorum*** la quale nasceva dall'impegno dei soci di mettere a disposizione della società la totalità dei loro beni per impiegarli in operazioni di comune accordo, i guadagni e le perdite erano ripartite proporzionalmente. Ricordiamo poi la ***societas unius negotiationis*** che nasceva dall'impegno dei soci di compiere uno o più operazioni di un certo tipo di attività economica. Infine, la ***societas omnium quae ex quaestu veniunt*** che era una società intesa alla ripartizione tra i soci di tutti gli eventuali guadagni derivanti dalla loro coordinata ma separata attività economica. Gli elementi costitutivi della *societas* erano il ***consensus in idem placitum*** che era continuativo in tutta la durata del rapporto e poi il fine pratico di conseguire un risultato economico utile a tutti. Parliamo di ***societas leonina*** quando ad un socio fossero assicurati tutti gli utili o utili in misura superiore ai conferimenti o alle perdite (la parte del leone) era inconcepibile, la quota dei riparti era molto flessibile e dipendeva dall'importanza dell'opera personale prestata dai soci. Le caratteristiche della ***societas*** erano varie, innanzitutto i conferimenti promessi dai soci dovevano essere suscettibili di valutazione economica e potevano consistere in: beni reali, crediti, attività personali, in base all'entità dei conferimenti i soci partecipavano alle perdite e agli utili delle attività sociali, inoltre doveva esserci la ***perseveranza del consenso dei socii***. I socii erano soggetti all'obbligo di mettere a disposizione dell'altro o degli altri i cespiti o le attività individuali promesse, il consenso doveva essere perseverante. Le *societas* potevano essere temporalmente definiti, quando la *societas* era limitata nel tempo (*societas in tempus coita*), per effetto di un termine di scadenza o un termine implicito nel compimento dell'affare o ***temporalmente indefiniti***, in questo caso la *societas* durava sin quando durava la sua ragion d'essere. Tra le *societas* a tempo indefinito troviamo la ***societas venaliciaria***, per il commercio degli schiavi, ***societas argentaria***, per l'esercizio dell'attività bancaria, e infine la ***societas danistaria*** ossia per l'esercizio di prestiti ad interesse. Vi erano inoltre *societas* con rilevanza pubblica come ad esempio la ***societas vectigalis*** per l'esazione di imposte pubbliche e la ***societas publicanorum*** per l'appalto del reddito di imposta ricavabile da una provincia e per l'appalto di grandi opere pubbliche. Potevano esserci talvolta alcune società irregolari, esse erano considerate tali perché disponevano di un'organizzazione impiegatizia ed economica con dirigenti, comitati direttivi e avevano una cassa sociale (*arca communis*), perché gli eredi dei soci deceduti potevano essere ammessi dai soci sopravvissuti a sostituire i loro dante causa.

L'estinzione della *societas* avveniva per:

1. ***dissensus sociorum***: (*contrarius consensus*) era una manifestazione di volontà contraria dei socii che determinava lo scioglimento della *societas* (*solutio societatis*) con la messa in liquidazione
2. ***morte, capitis deminutio, venditio bonorum*** determinavano la estromissione di quel socio dalla *societas*, che si estingueva quando c'erano solo due soci, ma continuava con gli altri soci se i soci erano più di due
3. ***Rinunzia unilaterale (renuntiatio)*** di un singolo socio comportava l'estinzione della *societas* composta da due socii.

Le azioni a tutela della *societas* erano l'***actio furti*** con la quale un socio poteva agire contro un altro socio che avesse sottratto o dolosamente nascosto una cosa del patrimonio comune, e l'***actio pro socio*** che era un'azione concessa a ciascun socio, contro l'altro, per far valere i propri diritti: si trattava di un'azione di buona fede, la condanna era nei limiti dell'*id quod facere potest* (cioè nei limiti del possibile, delle effettive disponibilità patrimoniali del condannato).

L'ultimo tipo di contratto consensuale era il ***mandatum*** esso era un negozio bilaterale, contratto consensuale che obbligava un soggetto (*mandatarius*) ad eseguire uno o più atti giuridici per conto di un altro soggetto (*mandator*), il *mandatum* era gratuito, qualora fosse stato pattuito un compenso, si aveva una *locatio operis*. Il *mandatario* poteva essere richiesto di compiere non soltanto atti giuridici, ma anche un'attività di fatto (es. curare una piantagione).

Vi erano specie di *mandatum* in base all'interesse da soddisfare:

1. ***mandatum mea gratia***: mandato conferito nell'interesse del mandante

2. **mandatum mea et tua gratia**: mandato conferito in parte nell'interesse del mandante, in parte nell'interesse del mandatario

3. **mandatum aliena gratia**: mandato conferito nell'interesse di un terzo

4. **mandatum mea et aliena gratia**: nell'interesse del mandante e di un terzo

Gli elementi costitutivi del **mandatum** erano il **consensus in idem placitum** e la **causa** ovvero il fine pratico. Il **mandator** doveva indennizzare il mandatario per le spese che aveva sostenuto in buona fede e per i danni subiti nella esecuzione dell'incarico, il **mandatarius** invece doveva compiere l'attività chiesta dal mandante o raggiungere lo scopo, ma non poteva eccedere dai limiti delle istruzioni. Le azioni a tutela dei **mandata** erano l'**actio mandati** che era l'azione del mandator contro il mandatarius che non avesse compiuto l'affare e l'**actio mandati contraria** era l'azione del mandatarius contro il mandator per le spese sostenute.

Il **mandatum pecuniae credendae** consisteva nell'incarico che taluno dava ad un altro di prestare danaro ad un terzo: l'istituto veniva usato a scopo di garanzia personale delle obbligazioni, nella compilazione giustiniana si presentava come un contratto che con l'apparenza esteriore del mandato, esplicava la funzione obbiettiva della fideiussione, a differenza della fideiussio, il **mandatum** non era un contratto accessorio del rapporto di credito garantito, anzi era un contratto collegato rispetto al contratto di mutuo, era un contratto a forma libera. Il creditore-mandatario poteva agire nei confronti del debitore, con l'**actio certae creditae pecuniae**; poteva agire nei confronti del terzo-mandante, con l'**actio mandati contraria**. Eseguito il mandato, cioè il mutuo, se il mutuatario non pagava, il mandatario poteva agire col **contrarium iudicium mandati** contro il mandante per far valere la garanzia. Il mandato poteva estinguersi in diversi modi, ad esempio, per accordo tra le parti di risolvere il contratto (**contrarius consensus**); la **revoca unilaterale** (**revocatio mandati**) del mandator; la **semplice rinuncia unilaterale** (**renuntiatio mandato**) del mandatarius; **la morte di una delle parti** determinava la risoluzione del contratto (**mandatum morte resolvitur**), era inammissibile il **mandatum post mortem** da eseguirsi dopo la morte del mandator o del mandatarius.

Ora che abbiamo parlato delle obbligazioni contrattuali, possiamo introdurre le obbligazioni quasi contratto.

Obbligazioni da quasi contratto

Di creazione giustiniana, questa categoria comprendeva tutte quelle obbligazioni derivanti da un rapporto lecito che presentava affinità con un determinato tipo di contratto, ma fondate su un accordo.

Le obbligazioni da quasi contratto erano varie:

1. **Negotiorum gestio** era una delle obbligazioni non contrattuali da atto lecito. la gestione di affari altrui era intrapresa **spontaneamente** e non sollecitata dall'interessato (**dominus**), il gestore aveva l'obbligo di condurre a termine l'attività intrapresa fino al compimento dell'affare o degli affari, contestualmente nasceva in capo all'interessato (**dominus**) l'obbligo di accettare la gestione e quello di assumersi gli effetti di questa e, cioè, di rivalere il gestore di tutte le spese sostenute. I requisiti per questo tipo di contratto erano il compimento di un atto che importava gestione di affare altrui, la volontà di gestire un negozio altrui (**animus aliena negotia gerendi**), l'utilità della gestione (**utiliter ceptum**), tale requisito doveva valutarsi al momento iniziale della gestione, infine l'assenza della **prohibitio domini**. Le azioni a tutela erano l'**actio negotiorum gestorum directa** che era un'azione esperibile a tutela del **dominus** contro il gestore che non avesse portato a termine l'attività intrapresa. Vi era poi l'**actio negotiorum gestorum contraria** che era un'azione di buona fede esperibile dal gestore contro il gerito per costringerlo ad assumere su di sé gli effetti dell'attività e pretendere eventuali spese e danni sopportati.

2. **Solutio indebiti** quando un soggetto eseguiva una prestazione di dare non dovuta o perché l'obbligazione era inesistente o perché esisteva, ma in capo ad un debitore o nei confronti di un creditore diversi, chi pagava poteva agire per ottenere la restituzione di quanto indebitamente prestato, ricorrendo allo strumento della **condictio indebiti**. La **condictio indebiti** era esperibile per chiedere la restituzione di quanto indebitamente prestato, non è esercitabile nel caso in cui il

pagamento dell'indebito, pur se fatto per errore, era diretto ad estinguere una obligatio naturalis, era necessaria una dazione e quindi l'acquisto della proprietà da parte dell'accipiente, doveva mancare una ragione ritenuta dal diritto sufficiente a giustificare da parte dell'accipiente la conservazione del suo acquisto. In età giustiniana per esercitare la condictio indebiti era necessario l'error solventis (errore di chi adempiva), in quanto altrimenti si riteneva che il solvente volesse gratificare l'accipiente; era necessario l'error accipientis (errore di chi riceveva indebitamente la prestazione). Se l'accipiente riceveva scientemente una prestazione a lui non dovuta, si riteneva che si verificasse un furtum

3. **Pollicitatio** era una obbligazione non contrattuale da atto lecito, consisteva in una promessa unilaterale e non formale effettuata da un civis alla civitas, avente ad oggetto il compimento di un opus (opera) di pubblica utilità, oppure altre prestazioni (ad es. danaro), in genere, solevano fare tale promessa coloro che ricoprivano già, o intendevano ricoprire, una carica pubblica.

4. **Votum** era una delle figure di obbligazioni non contrattuali nascenti da atto lecito. Consisteva nella promessa sacrale ad una divinità: l'impegno assunto nella sfera religiosa aveva ad oggetto una certa prestazione propiziatoria o di ringraziamento.

Obbligazioni di delitto

Gaio distingue quattro tipi di obbligazioni di delitto ossia il **furtum**, la **rapina**, il **damnum iniuria datum** e l'**iniuria**.

Questo tipo di obbligazioni avevano diverse caratteristiche ossia: **intrasmissibilità**, od **individualità** gli eredi del soggetto responsabile e quelli dell'offeso non subentravano nel rapporto obbligatorio originato dalla commissione dell'illecito, **nossalità**, il pater familias o il dominus erano responsabili per i delitti commessi dal filius o dal servus, **cumulatività** se il delictum era commesso da più soggetti, ciascuno era tenuto a subire l'intera pena e infine **perpetuità delle azioni**, le azioni penali erano perpetue, cioè non soggette a termini di decadenza.

Consisteva nella sottrazione non violenta e contro la volontà del suo detentore di una cosa mobile, oppure di un animale o di uno schiavo.

Poteva essere: **manifestum**, quando il ladro era colto in flagrante; **nec manifestum**, se il ladro non fosse stato colto in flagrante, esso avrebbe potuto essere a sua volta **furtum conceptum** quando la refurtiva veniva trovata in casa dell'indiziato oppure **furtum oblatum** ossia quando il reo di furtum conceptum dimostrava che la refurtiva gli era stata offerta per nasconderla in casa da terzi.

In difesa del derubato vi erano diverse azioni ossia la **manus iniectio** nel furtum manifestum il derubato che fosse riuscito a prendere il ladro poteva applicare la manus iniectio e la pena da pagare corrispondeva al doppio (duplum) del valore della cosa rubata. Se il ladro era colto di notte ovvero si difendeva con armi o si trattava di uno schiavo, poteva anche essere ucciso. Nel furtum nec manifestum, il derubato poteva chiamare in giudizio il presunto ladro per mezzo di una **legis actio sacramenti in personam**. Se il convenuto avesse resistito in giudizio si sarebbe passato alla litis contestatio e, in caso di condanna, era tenuto a pagare il doppio del valore della cosa rubata.

L'**actio furti** se era esperita vittoriosamente, la condanna era di una pena pecuniaria: in quadruplum per il furtum manifestum o prohibitum, in triplum per il furtum oblatum, in duplum per il furtum nec manifestum, l'actio furti, che si poteva esperire anche contro colui che avesse cooperato al furto, era infamante e trasmissibile agli eredi del derubato, essa poteva inoltre essere esercitata, oltre che dal dominus, da chiunque avesse avuto interesse a che il furto non fosse stato commesso.

Il derubato che fosse stato dominus godeva di una **condictio ex causa furtiva** per ottenere la restituzione della cosa rubata. La condictio poteva essere esercitata anche se la cosa fosse perita per causa non imputabile al ladro, in quanto questi si considerava inadempiente sin dal momento del furto.

La **rapina** invece consisteva in un furto aggravato, in quanto commesso mediante violenza o con bande armate sulle persone (vi bona rapta), alla rapina equiparata l'ipotesi di impossessamento di cosa altrui profittando di una calamità (incendio, naufragio, rovina, etc.), la condanna comportava infamia. L'**actio vi bonorum raptorum** era un'azione in quadruplum esperibile da parte di chi

avesse subito una rapina; essa comportava la condanna del responsabile al pagamento di una somma pari al quadruplo del valore della cosa sottratta.

Il **damnum iniuria datum** era un **delictum** consistente nel danneggiamento di una cosa o di uno schiavo altrui, fu disciplinato come figura astratta, dalla lex aquilia de damno.

I requisiti per questa obbligazione erano l'**iniuria** che era l'antigiuridicità del danno, cioè la sua ingiustizia, il **dolus** o la **culpa** per aversi responsabilità, era sufficiente la culpa levissima, cioè una lieve negligenza, e infine il **nesso causale** fra l'azione e il danno, il **danno** doveva consistere in una perdita economica, in una diminuzione patrimoniale (danno emergente), in un mancato guadagno (lucro cessante). Il **damnum** doveva riguardare un oggetto materiale danneggiato con mezzi materiali, in età classica si ammisero *actiones utiles* o in *factum* anche per distruzione o deterioramento di cose a causa di comportamenti omissivi, il danno doveva derivare da un atto altrui ed era escluso se dipendeva da forza maggiore o da altre evenienze incontrollabili dal proprietario. L'**actio legis aquiliae** era esperibile dal danneggiato contro il danneggiante per il primo capitolo, il soggetto che avesse ingiustamente ucciso uno schiavo oppure un quadrupede facente parte di un armento altrui, doveva esser condannato a pagare, al rispettivo proprietario, il massimo valore che lo schiavo o l'animale avevano raggiunto nel corso dello stesso anno in cui fu commesso il fatto. Per il terzo capitolo della lex Aquilia de damno (che riguardava tutte le altre fattispecie di danni ad es., quelli arrecati dal soggetto che feriva uno schiavo od un quadrupede appartenente ad un armento, oppure da chi uccideva o feriva un quadrupede non appartenente ad un armento), inclusi quelli cagionati ingiustamente a cose inanimate (se, ad es., si fosse bruciata, rotta o fracassata una cosa) in danneggiante era tenuto a pagare una cifra determinata in relazione al valore della res nei 30 gg precedenti il fatto produttivo di danno. Se il danneggiatore riconosceva di aver provocato il danno l'azione confessoria proseguiva apud iudicem per determinare il quantum da pagare, se il danneggiatore in iure negava di essere l'autore del danno, nella fase apud iudicem bisognava accertare se avesse provocato il danno e se avesse provocato il danno era condannato al duplum.

Infine vi è l'**iniuria** essa è qualsiasi azione in contrasto col diritto, autore di iniuria poteva essere qualsiasi soggetto, anche un sottoposto (in questo caso convenuto con l'*actio iniuriarum* era l'avente potestà). La legge delle XII Tavole disciplinò, in particolare, tre casi:

- a. **membrum ruptum** consisteva nell'inutilizzazione o nell'amputazione di un arto o di un organo; per esso era comminato il taglione se non si fosse raggiunto un accordo amichevole
- b. **os fractum** sarebbe consistito nella rottura di un osso; per esso era previsto il pagamento di una somma di danaro, che era di 300 assi se offeso era un uomo libero e 150 se era uno schiavo
- c. **iniuriæ** consisteva in qualsiasi altra lesione di minore portata, per le quali era previsto il pagamento di 25 assi.

La disciplina decemvirale si rivelò presto inadeguata soprattutto perché l'ammontare della pena era fisso a fronte delle diverse offese realizzabili in concreto e l'entità della stessa era ormai divenuta irrisoria, il pretore unificò le tre figure e concesse un'*actio iniuriarum*, infamante ed *æstimatoria*, che consentiva al giudice di fissare l'ammontare della condanna secondo *quantum æquum et bonum sibi videbitur*, cioè secondo equità, la determinazione della pena era lasciata al prudente apprezzamento del giudice.

Vi erano poi le **obligationes quasi ex delicto** di derivazione giustiniana, indicavano quegli illeciti minori, diversi da quelli che costituivano la fonte delle *obligationes ex delicto*, dei quali si rispondeva per colpa o per fatto altrui, le varie fattispecie enucleate venivano tutelate attraverso la concessione di apposite azioni in *factum*.

1. **Actio de deiectis vel effuses**: Azione concessa contro l'abitante (*habitor*) della casa dalla quale erano stati lanciati oggetti, solidi o liquidi, che avevano cagionato danni ai passanti, si trattava di una ipotesi di responsabilità oggettiva: infatti, se l'autore del lancio era sconosciuto, l'*habitor* era costretto a risarcire comunque il danno anche se questo non poteva essergli addebitato né a titolo di *dolus*, né di *culpa*.

2. **Actio de posito vel suspensio**: azione concessa contro l'abitante (*habitor*) di una casa dal cui balcone o tetto fosse caduto un oggetto (appoggiato oppure sospeso) cagionando danno ai passanti, l'azione era popolare e la condanna era prevista nella somma fissa di 10.000 sesterzi, in età classica la responsabilità veniva imputata attraverso un parametro oggettivo (era, pertanto, collegata al mero verificarsi del fatto); in epoca giustiniana invece, si richiese l'elemento soggettivo della culpa.

3. **Actio contra nautas, caupones, stabularios**: con questa azione si sanzionavano i gestori di navi, locande o stalle per il danneggiamento di beni imbarcati o introdotti in una locanda o in una stalla, la responsabilità si estendeva anche ai casi in cui il fatto fosse imputabile a soggetti sottoposti (*culpa in eligendo*).

4. **Actio adversus iudicem qui litem suam fecit**: Essa era esercitabile contro il giudice che si fosse appropriato di una res controversa, cioè oggetto di un giudizio, in epoca giustiniana si ritenne che l'*actio* fosse esercitabile anche contro il giudice che avesse emesso una sentenza ingiusta per negligenza. Era un'*actio in factum*.

LE DONAZIONI (CAPITOLO 10)

La donazione romana ci appare non già come un negozio dalle caratteristiche tipiche e inconfondibili ma come una disposizione dell'animo, votata alla realizzazione di un beneficio economico per il donatario, in conseguenza di un puro spirito di liberalità da parte del donante. È questo l'aspetto più caratteristico della donazione in diritto romano: il suo essere, in quanto causa attributiva, tanto versatile da potersi realizzare con qualsiasi negozio in grado di produrre, a vantaggio di altri, un conferimento patrimoniale gratuito e sostenuto da spirito di liberalità. Il che significa, ad esempio, che si potrà donare non solo trasferendo al donatario la proprietà di un bene ma anche assumendo un obbligo nei confronti del donatario che diverrà creditore oppure liberando il donatario già debitore da un suo precedente obbligo. È in questo senso che possiamo valutare la differenza tra l'interesse economico sotteso alla conclusione di un contratto a titolo gratuito, privo cioè di un corrispettivo, ed il vantaggio patrimoniale procurato a taluno donandi causa, dunque in assenza di un interesse economicamente valutabile del disponente. Ed è in questo senso che l'elaborazione sviluppatasi nell'ambito dell'esperienza romana giunse a distinguere la categoria **negotium** dalla categoria **donatio**, offrendo in tal modo le basi per la concettualizzazione moderna.

Possiamo affermare che l'attribuzione gratuita di un bene corporale doveva essere sicuramente nota alla prassi dei rapporti sociali sin dalla fase più antica della storia di Roma, ma sarà soltanto nel **204 a.C.** che l'istituto della donazione si imporrà sul palcoscenico del sistema giuridico romano. In quell'anno venne infatti emanata la **Lex Cincia de donis et muneribus**.

In primo luogo, la legge contemplava sia le donazioni in senso proprio (**donata**) e cioè le spontanee manifestazioni dello spirito di liberalità, sia i donativi d'occasione (i cosiddetti **munera**) imposti dalle convenzioni sociali in occasioni particolari (nascita, matrimonio) o come gesto di riconoscenza, a fronte di determinati servizi ricevuti (tipico il dono offerto all'avvocato in segno di gratitudine per l'attività svolta nell'interesse della parte, il **manus ob causam orandam**).

In secondo luogo, la legge stabiliva che *donata* e *munera* potessero essere effettuati soltanto se il loro valore non superava un certo ammontare. La *lex Cincia* sanciva infatti un importo massimo al di sopra del quale la liberalità non era consentita. Ignoriamo l'entità esatta di tale importo, per analogia con una disposizione adottata di lì a pochi anni, la **lex Furia testamentaria**, che avrebbe previsto un ammontare massimo al valore dei legati, si suppone che il tetto fosse stato fissato a **mille assi**. Il rigore del divieto legislativo imposto alle donazioni il cui valore eccedesse il **modus legis Cinciae** era tuttavia temperato dalla previsione di un importante regime derogatorio. La stessa legge *Cincia* stabiliva infatti l'esenzione per alcune tipologie di soggetti che potevano pertanto reciprocamente dare e accettare donativi leciti, senza la necessaria osservanza del limite di valore di mille assi: **ultra modum**, come precisano le fonti. Si trattava di categorie di soggetti (*exceptae persona*) individuate in ragione del particolare vincolo sussistente tra di loro, vincolo che le esonerava dal rispetto del massimale sancito dalla legge: i parenti (*cognati*) entro il quinto grado (ma l'esenzione riguardava anche i figli dei cugini, parenti di sesto grado); alcuni affini (i suoceri, il

genero, la nuora); i fidanzati e i coniugi; il tutore nei confronti del pupillo (ma non viceversa); il patrono e il liberto (pur con qualche incertezza interpretativa, si può affermare che in questo caso la liberalità era consentita reciprocamente). In presenza di tali legami, l'importo della donazione non era assoggettato ad alcun limite monetario.

La **lex Cincia** apparteneva alla categoria delle **leges imperfectae** ovvero quelle leggi che pur vietando un atto, non disponevano conseguenze né invalidanti né sanzionatorie.

Con la denominazione generica **leges sumptuariae** si indicavano quelle disposizioni normative, divenute frequenti negli ultimi due secoli della repubblica, che erano volte in vario modo a indurre comportamenti morigerati, impedendo l'ostentazione di eccessive disponibilità patrimoniali al fine di garantire quella coesione sociale (essenziale soprattutto nelle fasi emergenziali) minacciata dall'evidenza di una disparità economica troppo accentuata tra le diverse componenti del corpo cittadino.

Si è supposto che la legge Cincia rispondesse ad un generale **atteggiamento di cautela** di fronte al rischio che la donazione non limitata nel proprio ammontare potesse determinare spostamenti patrimoniali eccessivi a favore di gruppi familiari diversi, indebolendo quello di appartenenza del donante. Per altro verso ancora, considerando la previsione che esplicitamente colpiva i donativi imposti nell'uso sociale per ricambiare i servizi resi dagli avvocati, è stata dettata l'ipotesi che essa avesse in realtà funzione di **protezione sociale** per le classi più deboli.

Dalla seconda metà del **II sec. a.C.** comparve nell'editto una apposita eccezione, l'**exceptio legis Cinciae**, come ogni eccezione, si trattava di uno strumento di tutela processuale con il quale il convenuto, non negando la veridicità della pretesa vantata dall'attore, opponeva tuttavia elementi ulteriori che, se provati, avrebbero determinato la sua assoluzione. In particolare, l'eccezione della legge Cincia consentiva al donante di far valere il divieto legislativo nel caso in cui, avendo egli promesso ma non ancora eseguito una donazione ultra modum in favore di un donatario persona non excepta, il donatario agisse in giudizio chiedendone l'adempimento. Di fronte alla pretesa giudiziale del donatario, il donante che intendesse tornare sui suoi passi avrebbe potuto difendersi opponendo che tale donazione violava il disposto della lex Cincia: una volta provata la fondatezza dell'eccezione opposta, il donante sarebbe stato assolto dall'obbligo di eseguire la liberalità promessa. Chiamato in tal modo ad operare soltanto **ope exceptionis** (in via eccezionale) il divieto non avrebbe avuto alcuna possibilità di applicazione, com'è evidente, se il donante avesse immediatamente eseguito l'attribuzione gratuita o comunque non avesse cambiato idea in proposito. La causa donationis doveva avere due elementi fondamentali.

Un primo elemento, rilevante sul piano oggettivo, era rappresentato dall'incremento patrimoniale per il donatario e dalla correlata diminuzione nel patrimonio del donante. Tale incremento doveva essere necessariamente gratuito, privo cioè di ogni possibile controprestazione in capo al donatario, e accompagnato dalla concorde volontà del donatario stesso nell'accettarlo. Accanto al connotato oggettivo dell'attribuzione gratuita, il secondo elemento capace di identificare la causa donationis era rappresentato, sul piano soggettivo, dalla volontà del donante di procurare il gratuito arricchimento per il donatario, in modo del tutto disinteressato: «animo donandi», come indicano le fonti, ovvero sia con l'intenzione di determinare il beneficio per il donatario senza la prospettiva di un interesse di tipo patrimoniale per il donante.

Grazie alla sua natura di causa acquisitiva, estrinsecabile nei più diversi schemi negoziali, nel corso dell'età classica la donazione ci appare dar vita ad una casistica multiforme che la dottrina ha ordinato in tre principali classificazioni:

- Le **donazioni reali**. In grado di trasferire la proprietà di una res in capo al donatario, la donazione reale avveniva attraverso il compimento, tra donante e donatario, dei tipici atti traslativi del dominio (**mancipatio, in iure cessio, traditio**) scelti di volta in volta in funzione delle caratteristiche (res Mancipi o nec Mancipi, res Corporalis o res Incorporalis) del bene donato. Da quanto possiamo ricostruire, sulla base delle notizie pervenuteci, la donazione reale, idonea a trasferire immediatamente una res nel patrimonio e nella disponibilità del donatario doveva essere l'ipotesi contemplata in modo esclusivo dalla lex Cincia.

-Le **donazioni obbligatorie**. Grazie al rafforzarsi delle capacità astrattive del pensiero giurisprudenziale classico si ritenne, come avvertiva il giurista Pomponio che la causa donationis potesse trovare attuazione anche oltre la dazione gratuita di un bene materiale. In particolare, si ammise che la donazione avesse luogo anche attraverso la costituzione gratuita di un diritto di credito in favore del donatario, da parte del donante che assumeva il relativo obbligo. In quanto modello di contratto astratto e unilaterale, la **stipulatio** rappresentava lo strumento d'elezione per realizzare una tale donazione promissoria.

-Le **donazioni liberatorie**. Un gratuito arricchimento, sostenuto da spirito munifico, poteva trovare attuazione anche attraverso la liberazione del donatario da un debito precedentemente contratto nei confronti del donante. In tal caso il creditore, per realizzare la donazione, avrebbe potuto avvalersi, donationis causa, degli schemi negoziali predisposti per la **remissione del debito**, modo non soddisfacente di estinzione dell'obbligazione: in base alle circostanze del singolo caso concreto sarebbero stati pertanto utilizzati l'**acceptilatio**, atto remissivo efficace ipso iure, ovvero il **pactum de non petendo**, informale convenzione liberatoria efficace ope exceptionis.

Così, nell'ipotesi di una donazione reale, la resipiscenza del donante avrebbe potuto essere tutelata soltanto nel caso in cui alla mancipatio o alla in iure cessio effettuate dal donante non avesse fatto seguito la traditio: cosicché al donatario divenuto proprietario ma non possessore, che agisse con la **rei vindicatio** per ottenere il possesso della cosa trasferita, il donante resipiscente avrebbe opposto l'exceptio legis Cinciae. Ma, è evidente, niente sarebbe stato possibile nel caso in cui il donante avesse già consegnato il bene, procurando al donatario sia il dominium che la materiale disponibilità del bene. Analogamente, in caso di donazione obbligatoria, il donante promittente, convenuto dal donatario stipulante con l'**actio ex stipulatu** per l'esecuzione della donazione promessa, avrebbe potuto eccepire la causa donationis: ma solo nell'eventualità in cui il donante non avesse già effettuato la prestazione alla quale si era obbligato «animo donandi». Per altro verso, di fronte ad una donazione liberatoria concretata in un pactum de non petendo, il creditore donante che avesse modificato lo spirito munifico e preteso l'adempimento, avrebbe potuto paralizzare con la **replicatio legis Cinciae** l'exceptio pacti opposta da parte del debitore donatario.

Il diverso atteggiarsi del rimedio processuale in via di eccezione rappresentò il parametro sul quale la giurisprudenza classica giunse ad elaborare la dialettica **donatio perfecta - donatio imperfecta**, che ci appare come il riflesso degli assetti negoziali concretanti la causa donationis, a seconda che risultassero o meno interdetti al funzionamento dell'exceptio legis Cinciae. In altri termini, fintanto che il donante avesse avuto la possibilità di ritornare sulla decisione presa, paralizzando l'attribuzione liberale con lo strumento dell' **exceptio**, si sarebbe trattato di una

donatio imperfecta. Viceversa, nel caso in cui l'iter negoziale sostenuto dall'animus donandi si fosse avvalso di schemi attributivi irrevocabili (mancipatio seguita da traditio, solutio, acceptilatio) in quanto preclusi ad una tutela processuale ope exceptionis dell'eventuale resipiscenza, i giuristi avrebbero qualificato la donazione ormai intangibile come **donatio perfecta**.

Il divieto di donazione tra coniugi.

Tra la fine della repubblica e gli inizi del principato si fa strada, nella prassi delle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza, il riferimento ad un ulteriore divieto in materia di donazioni: il divieto delle donazioni tra coniugi. In mancanza di una precisa evidenza sull'origine di tale divieto, una parte degli studiosi ne afferma la genesi consuetudinaria, con riferimento a quei **mores** che, come sappiamo, soprattutto nella prima età repubblicana rappresentarono una importante fonte di produzione del diritto. In ragione di ciò, si è ritenuto che la formulazione del divieto appartenesse al complesso programma legislativo di disciplina delle relazioni coniugali varato, per volontà di Augusto, negli anni 18-17 a.C., e poi ripreso nel 9 d.C.: un programma che, sostenuto tra l'altro da obiettivi di politica demografica, puniva con decurtazioni patrimoniali in campo successorio i coniugi che non avessero avuto figli. Benché non emergano, nelle testimonianze disponibili, espliciti riscontri sulla inerenza del divieto alla legislazione matrimoniale augustea.

È proprio alla luce della prassi giurisprudenziale, del resto, che emerge il peculairio criterio seguito nell'interpretazione di questo divieto. L'ampia casistica delle fonti ci mostra infatti come la portata pratica della proibizione non coincidesse pienamente con il concetto di donazione che si era venuto sviluppando sulla base del regime dettato dalla lex Cincia. Nel giudicare la legittimità o meno di un atto a rilevanza patrimoniale intercorso tra coniugi, i giuristi appaiono focalizzare non tanto la gratuità dell'atto, e dunque la mancanza di un corrispettivo, sostenuta dall'intento liberale, quanto piuttosto l'arricchimento che, favorendo l'un coniuge, correlativamente depauperava l'altro: era il criterio della **locupletatio-depauperatio** a porsi come metro di valutazione, pure in assenza di animus donandi. Si pensi, per fare un esempio in proposito, al caso della **donazione manumissionis causa**, in cui un coniuge donava all'altro un proprio schiavo, a condizione che il coniuge donatario lo manomettesse: ipotesi che i giuristi ritenevano lecita poiché, essendo l'effetto traslativo rinviato al momento della manomissione, non emergeva alcun arricchimento in capo al donatario. Di converso, il criterio locupletatio-depauperatio esponeva alla nullità, se intercorse tra coniugi, fattispecie onerose altrimenti lecite, come accadeva per la vendita (ma anche per la locazione-conduzione) in cui i coniugi avessero pattuito un corrispettivo inferiore alle condizioni correnti del mercato: si parlava di **venditio** o **locatio minoris**, nelle quali la riduzione - del prezzo o della mercede a seconda dei casi - veniva a configurare il binomio incriminato locupletatio-depauperatio.

Fu proprio il ricorso a schemi negoziali onerosi, utilizzati per concretizzare l'arricchimento liberale dell'un coniuge avverso l'impovertimento dell'altro, a sollecitare l'attenzione dei giuristi romani di fronte al fenomeno della **simulazione**. In effetti, la categoria della simulazione, quale ipotesi di divergenza consapevole e condivisa dalle parti (si parla di accordo simulatorio) tra volontà interna e volontà manifestata, si articola in due figure:

- la **simulazione assoluta**, nella quale le parti mostrano di concludere un negozio (detto **negozio simulato**) che in realtà non vogliono, senza volere alcun altro negozio. Privo dell'elemento essenziale volontà, il negozio simulato è totalmente improduttivo di effetti perché ritenuto nullo.
- la **simulazione relativa**, nella quale le parti concludono un negozio non voluto (simulato), con l'intenzione che esso nasconda un altro negozio (detto **negozio dissimulato**), che invece le parti effettivamente vogliono ma non manifestano. Questo spiega perché nell'ipotesi, presente alla riflessione dei giuristi romani, di una compravendita simulata volta a coprire una donazione tra coniugi dissimulata, la risposta appaia orientata verso la nullità di entrambe le fattispecie negoziali: la prima, per mancanza di volontà; la seconda, per **illiceità della causa**, essendo la donazione inter virum et uxorem vietata a pena di nullità.

Nel 206 d.C. un **senatoconsulto** sancì un importante temperamento

alla portata del divieto, istituendo la cosiddetta «**convalescentia ex senatusconsulto**» (una sorta di convalida della donazione disposta in vita) per il caso in cui il coniuge donante fosse premorto al donatario, senza aver invocato la nullità dell'attribuzione prevista ma persistendo sino ad extremum vita nella stessa volontà (perseverans voluntas).

La riforma costantiniana

Proprio per dar corso alla urgenza di una compiuta politica fiscale, una costituzione dell'imperatore Costantino (emanata probabilmente nel 323 .C.), pur senza procedere ad una espressa abrogazione della lex Cincia, dettò una disciplina che,

nella sostanza, accantonava il regime che aveva contrassegnato per secoli le liberalità.

Considerando la donazione reale come la figura tipica di estrinsecazione dell'animus donandi, Costantino le impose precisi requisiti formali:

- la **redazione di un atto scritto** in presenza di testimoni;
- la **consegna materiale** (traditio corporalis) del bene donato, consegna che per le cose immobili doveva avvenire al cospetto dei proprietari confinanti (advocara vicinitate);
- la **allegatio apud acta**, cioè il deposito di una copia del documento scritto presso una conservatoria pubblica.

In presenza di questi presupposti, la donatio era perfecta e come tale fonte di una attribuzione patrimoniale definitiva.

Le soluzioni giustinianee

Furono pertanto le scelte adottate dall'imperatore Giustiniano a filtrare i contenuti della riforma costantiniana entro una prospettiva più ampia, per vari aspetti tributaria della grande tradizione classica, recuperando dunque un ruolo decisivo alla voluntas delle parti.

Da un lato, infatti, la tipicità negoziale della donatio, che rimase ferma, venne accompagnata da un alleggerimento delle rigide prescrizioni formali, adesso necessarie soltanto per **donazioni di importo superiore ai 500 solidi**: al di sotto di questa soglia, si rimetteva all'iniziativa privata l'adozione del documento scritto ad substantiam. Reciprocamente, soltanto per donazioni che superassero i 500 solidi si prescrisse la **insinuatio ad acta**, la registrazione cioè del documento incorporante l'atto presso il protocollo dell'ufficio competente. In questo quadro, che restituisce complessivamente i contorni di una politica legislativa intonata ad una visione di favore per la liberalità, si colloca una disciplina finalmente unitaria per la **revoca** della donazione: intesa non già nel significato classico di resipiscenza del donante tutelato grazie al gioco processuale dell'exceptio legis Cinciae ma come facoltà di recedere da una donatio ormai perfecta e pertanto formalmente irrevocabile. Tale eccezionale facoltà venne riconosciuta al donante in due sole ipotesi:

- la **sopravvenienza di figli** per il donante che, in quanto patrono, fosse stato autore della liberalità nei confronti del proprio liberto;
- la **ingratitude del donatario**, previsione che fu estesa da Giustiniano ad ogni ipotesi di donazione, previa una tipizzata ricognizione dei comportamenti del donatario a lui imputabili come espressione di ingratitude (irriverentia).