

Dispensa di DIRITTO ROMANO – MODULO 1: ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO

A cura di Leonardo Lamberto Scaglione e James Robert Dosio

Dalle lezioni degli anni accademici 2021-2022 e 2023-2024 del professor F. Pergami



IUS@B

SOMMARIO

INTRODUZIONE AL CORSO	4
IL NOME DELL'INSEGNAMENTO – ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO.....	4
FASI STORICHE NELLO STUDIO DEL DIRITTO ROMANO	5
FONTI DI PRODUZIONE NEL DIRITTO ROMANO	5
FASE REGIA O ARCAICA	5
FASE CLASSICA	6
FASE POST-CLASSICA E GIUSTINIANEA	8
FONTI DI COGNIZIONE NEL DIRITTO ROMANO	8
FASE REGIA	8
FASE CLASSICA	9
EPOCA POSTCLASSICA.....	9
EPOCA GIUSTINIANEA.....	10
DIRITTO SOGGETTIVO	10
POSIZIONE GIURIDICA ATTIVA E PASSIVA	11
LA FAMIGLIA ROMANA - LE ORIGINI	11
ENTRATA NELLA FAMIGLIA ROMANA.....	12
USCITA DALLA FAMIGLIA ROMANA	13
GLI SCHIAVI E LA MANUMISSIO	13
OBBLIGO E RESPONSABILITÀ NELLA FAMIGLIA ROMANA	14
OBBLIGO E RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE PER CONTRATTI STIPULATI DA FIGLI E SCHIAVI	15
OBBLIGO E RESPONSABILITÀ EXTRACONTRATTUALE PER DELITTI COMMESSI DAI SOTTOPOSTI	15
OBLIGATIONES - LE OBBLIGAZIONI	16
RIPARTIZIONE DELLE OBBLIGAZIONI DI GAIO (INSTITUTIONES III, 88)	16
TRIPARTIZIONE DELLE "RES COTIDIANAE"	16
QUADRIPARTIZIONE DELL'EPOCA GIUSTINIANEA.....	17
LE FONTI DELLE OBBLIGAZIONI NEL DIRITTO CONTEMPORANEO	17
OBBLIGAZIONI DA CONTRATTO	18
RIPARTIZIONE DELLE OBBLIGAZIONI DA CONTRATTO.....	18
1) OBLIGATIONES RE CONTRACTAE- OBBLIGAZIONI REALI	19
APPROFONDIMENTO- OBBLIGAZIONI REALI IN SENSO IMPROPRIO- IL COMODATO	19
2) OBLIGATIONES VERBIS CONTRACTAE- OBBLIGAZIONI VERBALI	21
3) OBLIGATIONES LITTERAE CONTRACTAR- OBBLIGAZIONI LETTERALE.....	21
4) OBLIGATIONES CONSENSU CONTRACTAE- OBBLIGAZIONI CONSENSUALI	22
OBBLIGAZIONI DA DELITTO	23
COMPORTAMENTI PIÙ GRAVI (CRIMINA)	24
IL PROCESSO	24
IL PROCESSO NELLA FASE ARCAICA.....	25
IL PROCESSO NELLA FASE CLASSICA	25
IL PROCESSO NELLA FASE POSTCLASSICA O GIUSTINIANEA	25
IL PROCESSO PER LEGIS ACTIONES (IL PROCESSO PER LE AZIONI DI DIRITTO)	26
PROCESSO PER FORMULAM	28
CLASSIFICAZIONE DELLE AZIONI NEL PROCESSO FORMULARE	30
COGNITIO EXTRA ORDINEM	31
VALIDITÀ DELLE LEGGI NELL'EPOCA POSTCLASSICA	35

LODO ARBITRALE NELLA COGNITIO	35
I DIRITTI REALI.....	35
CLASSIFICAZIONE DELLE RES.....	36
LA PROPRIETÀ.....	37
MODI DI ACQUISTO DI UNA RES.....	37
TITOLO ORIGINARIO	37
UN CASO A SÉ: L'USUCAPIONE (NÉ ORIGINARIO NÉ DERIVATIVO)	39
TITOLO DERIVATIVO PER RES MANCIPI.....	39
TITOLO DERIVATIVO PER RES NEC MANCIPI.....	40
PROPRIETÀ IN BONIS HABERE	40
LA TUTELA DEL DIRITTO ALLA PROPRIETÀ	41
IL POSSESSO E INTERDETTI POSSESSORI	42
I DIRITTI REALI MINORI	42
LA GENESI: IL DIRITTO DI SUPERFICIE	42
TIPOLOGIE DI DIRITTI REALI MINORI	44
IL NEGOZIO GIURIDICO.....	46
STRUTTURA DEL NEGOZIO	47
PRESUPPOSTI	47
ELEMENTI ESSENZIALI	48
ELEMENTI ACCIDENTALI	50
FORME DI INVALIDITÀ	52
I VIZI DEL NEGOZIO GIURIDICO	52
METODI DI SANAMENTO DELLA PATOLOGIA DEL NEGOZIO GIURIDICO	54
LA CONVERSIONE	54
LA CONVALIDA.....	55
LE SUCCESSIONI MORTIS CAUSA.....	56
LA SUCCESSIONE LEGITTIMA (AB INTESTATO).....	57
LA SUCCESSIONE TESTAMENTARIA.....	58
CAPACITÀ DI TESTARE.....	58
BONORUM POSSESSIO.....	59
LEGATUM	60
DONATIO	61
GLI SCHIAVI E L'EREDITÀ - GLI STATUS.....	61
APPROFONDIMENTO: L'AEQUUM IUDICIUM NELL'ESPERIENZA PROCESSUALE ROMANA. IL GIUSTO PROCESSO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E IN QUELLO EUROPEO	64
IL PROCESSO CRIMINALE	66
CODICE DEONTOLOGICO FORENSE.....	68
APPROFONDIMENTO: IL PROCESSO CIVILE NELL'ANTICA ROMA – ANALISI DI UNA COSTITUZIONE DI DIOCLEZIANO	70
APPROFONDIMENTO - LE PERIODIZZAZIONI DEL DIRITTO ROMANO.....	70
PERIODIZZAZIONE DEL DIRITTO CIVILE ROMANO	71
PERIODIZZAZIONE DEL DIRITTO PUBBLICO ROMANO	72
APPROFONDIMENTO – LE FONTI GIURIDICHE ROMANE E LA SISTEMATICA DEL DIRITTO	73
FONTI NELLA FASE ARCAICA	73
FONTI NELLA FASE PRECLASSICA E CLASSICA	74
FONTI DEL DIRITTO NELLA FASE POSTCLASSICA E GIUSTINIANA	76
SISTEMATICA DEL DIRITTO	77
LE OBBLIGAZIONI NELLE FONTI POSITIVE E ROMANE	78

Dispensa curata da Leonardo Lamberto Scaglione e James Robert Dosio

Dispensa revisionata da Camilla Patarini

Istituzioni di Diritto Romano

INTRODUZIONE AL CORSO

Il nome dell'insegnamento – Istituzioni di Diritto Romano

L'insegnamento del diritto romano in Italia ha subito, negli ultimi decenni, le più diverse modifiche ministeriali. I corsi originariamente previsti (e obbligatori) in qualsiasi corso di laurea magistrale in giurisprudenza erano i seguenti:

- **Istituzioni di diritto romano (ancora obbligatorio)**
- Storia del diritto romano
- **Diritto romano - corso monografico:** per l'università L. Bocconi, corso di "Diritto Romano – Modulo 2: Roman Foundations of European Law", che si tiene nel secondo semestre del secondo anno
- Egesi delle fonti del diritto romano: un corso sull'analisi e l'interpretazione degli antichi testi giuridici romani

Come si deduce da questo elenco riassuntivo, solo un corso è ancora obbligatoriamente previsto nelle facoltà di legge: gli altri (e in particolare il corso monografico di diritto romano), se previsti dalle singole università, possono essere facoltativamente inseriti nei piani di studi dai singoli studenti. Pertanto, il corso di "Istituzioni di diritto romano" deve, da solo, essere in grado di offrire allo studente un primo sguardo sul mondo del diritto, fornendogli gli indispensabili strumenti logici e sincronici per capire la società e gli ordinamenti giuridici del presente.

Per cominciare questo viaggio nel diritto antico e per capire ciò che si studia, risulta quindi indispensabile partire dal nome stesso dell'insegnamento: "**Istituzioni di diritto romano**"

Istituzione: *instituere* → insegnare in modo elementare. Ci occuperemo insieme dei principi di fondo del diritto romano, riservando al secondo anno il corso monografico sul *giusto processo*.

Il **diritto** è inteso qui in senso oggettivo: è un insieme di norme giuridiche (ma il diritto oggettivo è anche l'ordinamento giuridico). Noi studieremo l'insieme delle norme giuridiche che hanno regolato la vita dei Romani.

I Romani ci raccontano cosa intendevano per norma giuridica: intendevano la **norma giuridica come un comando**, che doveva però avere tre requisiti per essere considerata una norma:

- generalità: rivolto a tutti i consociati (i cittadini)
- astrazione: non si prevede una fattispecie particolare, ma una fattispecie astratta
- coattività: può essere applicato anche nei confronti di chi non lo vuole rispettare

Romano: l'ordinamento giuridico in un determinato periodo storico:

- 754/753 a.C.: Fondazione di Roma, inizio dello studio delle norme che hanno regolato la vita dei Romani.
- 529 d.C.: morte di Giustiniano, autore dell'opera giuridica più importante mai realizzata — *Corpus Iuris Civilis* (Corpo del diritto civile).

Fasi storiche nello studio del diritto romano

All'inizio Roma è una piccola società in cui i membri sono legati da rapporti di parentela o di amicizia e ci sono norme giuridiche molto semplici, che costituiscono comunque un ordinamento essenziale. Ovviamente verso la fine, quando le terre conquistate coincidono in pratica con quelle fino ad allora conosciute, l'ordinamento sarà sempre costituito da norme giuridiche, ma sarà anche molto più complesso. Non esiste un momento in cui fotografare la storia del diritto romano, ma alla base c'è la sua evoluzione **nel corso di 14 secoli**.

Anche oggi questo principio è perfettamente valido: l'ordinamento giuridico moderno si modifica in base all'evoluzione storica (basti pensare al matrimonio). In ogni caso, si può tracciare una linea del tempo utile per lo studio del diritto romano, soprattutto **in base agli organi che hanno avuto il potere di emanare le norme giuridiche**:

- **FASE REGIA/FASE ARCAICA: 754 - 510 a.C.** (anno in cui venne cacciato Tarquinio il Superbo). I re emanavano le norme giuridiche (REX a capo della collettività)
- **FASE REPUBBLICANA/FASE CLASSICA: 510 a. C. - 27 a.C.** (anno in cui Augusto divenne Imperatore). Il governo della collettività è affidato al popolo, ai RAPPRESENTANTI DEL POPOLO
- **FASE IMPERIALE/POSTCLASSICA e GIUSTINIANEA: 27 a. C. - 565 d. C.**

Studieremo quindi l'ordinamento giuridico (insieme di norme giuridiche generali, astratte e dotate di forza coattiva) che hanno regolato la vita dei Romani (dei *cives*, o della *Civitas*, cioè l'insieme di *cives*) nell'epoca arcaica, nell'epoca classica e in quella postclassica e giustiniana. Ovviamente all'inizio sarà un ordinamento giuridico molto semplice, perché nessuno litiga, tutti parlano la stessa lingua, e tutti sono amici o parenti. Con il passare dei secoli, quello che prima fu un caso non necessario da regolare, dopo lo divenne: l'ordinamento giuridico interviene infatti a risolvere le esigenze e i problemi dei cittadini. Finché i cavalli vengono restituiti e la stalla è piena, non ci sarà un caso da normare; quando la stalla sarà vuota per furto, allora c'è un caso da normare.

In latino quella parola "diritto" di cui abbiamo parlato si chiama **IUS CIVILE**.

FONTI DI PRODUZIONE NEL DIRITTO ROMANO

Fase regia o arcaica

Nella fase arcaica ci sono gruppi fondati su rapporti di amicizia e di parentela e la cui attività principale è l'agricoltura e la pastorizia. Ovviamente si avrà un ordinamento molto semplice. Il risultato a cui giungono i legislatori (i re in questo caso) è la legge, cioè la *lex*.

1. Nella prima fase lo *Ius Civile* è composto da leggi non scritte, da una serie di consuetudini che si tramandano di padre in figlio e regolano la vita del cittadino romano. Dal punto di vista quantitativo, queste leggi sono la parte fondamentale dell'ordinamento giuridico della fase arcaica. Non serve leggere dei codici, basta seguire quelle antiche consuetudini tramandate di padre in figlio. Queste leggi, in latino, si chiamano "***mores maiorum***" (costumi degli antichi, costumi degli antenati).
2. Accanto a queste consuetudini c'è una ridotta componente di leggi scritte: le **leggi regie**. Non abbiamo una completa documentazione, ma solo qualche traccia, di solito di autori letterari che raccontavano la vita dell'epoca e solitamente erano provvedimenti per punire azioni di particolare efferatezza. Uno dei comportamenti più gravi era il parricidio. Questo non ci deve sorprendere: in una società in cui tutto si tramandava di padre in figlio, è normale

che il parricidio turbava la pace. Il parricida non era nemmeno più degno di toccare la terra e quindi veniva fatto camminare con dei sandali di legno e veniva gettato da una rupe in un sacco con quattro animali che avevano simbologia relativa alla gravità del reato (*poena cullei* con gallo, scimmia, cane, vipera).

L'ordinamento giuridico è semplice perché le esigenze dei cittadini sono semplici: hanno imparato dagli avi che il rispetto dei consociati è una regola fondamentale e quindi non c'è bisogno di chiedere l'intervento del diritto. La norma sul furto nemmeno la si immagina nell'antichità. Quindi l'ordinamento non è nemmeno l'insieme delle norme generali astratte dotate di forza coattiva, ma da poche regole tramandate dagli avi.

Fase classica

1. Rimangono ovviamente delle residue consuetudini, soprattutto nella prima fase dell'epoca classica. Poi quando conquisteranno terre in cui non si parla il latino le consuetudini verranno meno.
2. I rappresentanti del popolo si riunivano nei comizi, cioè assemblee popolari formate dai rappresentanti del popolo che avevano la funzione legislativa. Le leggi si chiamavano quindi leggi comiziali.

Questi comizi **si riuniscono due volte all'anno: a marzo e a maggio** di ogni anno e quindi l'approvazione e l'emanazione delle leggi avviene in maniera molto lenta. Quindi ogni volta che vengono emanate delle leggi, si avranno leggi che si occupano di grandi problematiche della società romana. Quindi ovviamente la vita consociata non si può basare solo su queste due istituzioni normative, perché i problemi dei singoli non verrebbero adeguatamente regolati in tempi ragionevoli.

A un certo punto abbiamo una svolta: per la prima volta un animale prestato da Tizio a Caio non viene restituito e la stalla rimane vuota. Le antiche consuetudini non tutelano Tizio, neanche le leggi comiziali, e non si può attendere la prossima assemblea in primavera. Non ci sono quindi strumenti di tutela.

La necessità di tutelare e di prevedere nuovi casi porta l'evoluzione del diritto romano. Ecco allora che si sviluppa un nuovo soggetto del diritto, il pretore. Il Pretore tutela casi nuovi non previsti e non tutelati dallo *Ius Civile*, come la mancata restituzione del cavallo. I casi che il pretore tutelerà sono davvero tantissimi. Il pretore è un magistrato romano che svolge questa funzione importantissima.

Quello che dobbiamo dire è che l'attività del pretore sta fuori dallo *Ius Civile*: il pretore tutela il singolo caso concreto. Non è parte dello *Ius Civile* perché altrimenti dovremmo parlare di norme generali astratte munite di forza coattiva. Se il pretore considera fondato un interesse, tutela la posizione del **singolo** attraverso la **concessione di una azione (*actio*)**, cioè la capacità di cominciare un processo). Quindi accanto allo *Ius Civile* sta la possibilità di ottenere una tutela per un caso specifico tramite la concessione di un'azione ottenuta rivolgendosi a un pretore. Il comando generale astratto non c'è, ma Tizio merita tutela.

E se il pretore non emette un comando generale astratto munito di forza coattiva, vuol dire che non ha potere legislativo: ***praetor non facit ius* e *praetor non facit sententia***. Ma l'eventuale attore della situazione ipotetica ottiene lo stesso risultato che si sarebbe ottenuto se ci fosse stata una norma giuridica che ancora non c'era. Se il pretore continuerà a concedere azioni a tutti i cittadini privi di tutela, allora il pretore assume un ruolo fondamentale. **L'azione che svolge il pretore va a costituire**

il c.d. **ius honorarium** (che deriva da *honor*, che significa carica, cioè la carica che il pretore riveste nella società romana).

A capo della collettività abbiamo, come detto, i rappresentanti del popolo e quindi va precisato che il *praetor* è eletto dal popolo e che il suo ruolo dura solo un anno. Alla fine di questo periodo, i cittadini valutano il suo operato e poi decidono se confermarli la carica anche per l'anno successivo. Il pretore dice che, secondo lui, la situazione di Tizio ha bisogno di tutela e quindi chiede all'ordinamento di tutelarla come se esistesse una norma e quindi cominciare un processo.

I giuristi romani dicevano "*ius honorarium est quod praetores introduxerunt adiuvandi supplendi corrigendi iuris civilis gratia*"

La buona prova che le azioni concesse dal pretore daranno nel corso dei secoli, farà sì che esse si trasformino in norme generali astratte, che esse vengano sussunte nell'ordinamento giuridico. A un certo punto i comizi capiranno l'importanza di questo metodo di tutela e faranno assumere la tutela in una norma generale astratta.

Questa funzione è svolta dal pretore all'interno della originaria collettività romana (*civitas*). Quindi il pretore poteva occuparsi dei problemi che sorgevano all'interno dell'originaria urbe. Ecco perché originariamente si chiamava ***praetor urbanus*** (istituito nel **367 a.C.** con le leggi Licinia Sextiae).

Quando il problema sorge a un cittadino romano con un soggetto che sta fuori dai confini dell'originaria urbe e si nota che non ci sono norme nelle leggi comiziali che tutelano il problema, accanto al pretore urbano nasce la figura del ***praetor peregrinus***, che tutela i rapporti nuovi tra cives e stranieri (straniero: peregrino) oppure i rapporti fra gli stranieri (istituito nel **242 a.C.**, alla fine della prima guerra punica).

Il sistema delle azioni concesse dal pretore peregrino assume il nome di *ius gentium* (diritto delle genti), che sta alla base del moderno diritto internazionale. Si nota quindi come i cambiamenti politici, economici, geografici influenzano profondamente l'evoluzione del diritto nella storia di Roma.

Allo *ius civile*, in epoca classica, vanno quindi aggiunti lo *ius gentium* e lo *ius honorarium*, che sono anche quantitativamente più rilevanti. Ma va ricordato che il pretore non fa il diritto, lui tutela la posizione di un eventuale cittadino danneggiato.

Ma sulla base di che cosa i pretori decidono di concedere o non concedere un'azione? Il principio di base è che **il potere del pretore è soggettivo e discrezionale**. Ecco allora che il pretore avrà un'importanza enorme nello sviluppo del diritto romano nel corso dei secoli. Ovviamente il pretore poteva anche negare l'azione: *denegatio actionis*.

Le *actiones* concesse dal pretore vengono poi raccolte nell'**editto del pretore**.

Le azioni concesse dal pretore rappresentano certo un precedente, ma la concessione di un'azione non presuppone necessariamente una condanna: ci deve essere un processo.

Ma la descrizione dell'ordinamento giuridico in epoca classica non è completa. In questo periodo si assiste infatti a uno sviluppo importante degli **studi giuridici**, che vede nei giuristi romani le figure più importanti. Si tratta di giuristi importanti, le cui opere in qualche modo vanno esaminate: parliamo per esempio di **Gaio, Ulpiano, Papiniano**. Le opere non hanno valore giuridico, ma consentono al diritto un ulteriore sviluppo. L'attività dei giuristi romani si chiama, in ambito del diritto romano, ***giurisprudenza*** (opere dei giuristi) e si basa sull'**interpretazione del diritto**, cioè

sullo studio della norma giuridica, che ha la finalità di individuare la norma giuridica (comando generale astratto e coattivo) da applicare al caso concreto.

Per comprendere davvero come il cittadino romano vedeva il diritto all'epoca, bisogna quindi analizzare lo *ius civile*, lo *ius honorarium*, lo *ius gentium* e la giurisprudenza. Gli ultimi tre elementi non generano diritto, ma sono fondamentali per capire la storia del diritto romano.

Le componenti tecniche dello *ius civile* sono, banalmente, l'aspetto meno rilevante dell'ordinamento giuridico di questo periodo, perché non soddisfacevano davvero le esigenze dei singoli individui.

Questa complessità è il riflesso della complessità dell'organizzazione economico-politica di questa fase storica. È il periodo in cui Roma si trasforma in grande impero e quindi non c'è dubbio che anche l'ordinamento si complichino.

Fase post-classica e giustiniana

1. **Leggi imperiali (*leges o leges generales*):** le leggi imperiali sono le uniche componenti tecniche dello *ius civile* in epoca postclassica. Con il concentrarsi del potere nelle mani di una sola persona, anche l'ordinamento giuridico torna a essere semplificato. La volontà imperiale coincide con la legge. L'imperatore viene definito come *dominus et deus*. Se nelle sue mani stanno tutti i poteri, allora è l'imperatore stesso a dettare e produrre legge. Le *leges* costituiscono lo *ius civile* e sono vere e proprie norme generali e astratte dotate di forza coattiva.

Tecnicamente, non ci sarà più il pretore che può concedere le azioni, perché tutti i poteri sono nelle mani dell'imperatore.

L'imperatore, però, conserverà alcune delle opere più importanti della giurisprudenza e a essi farà sicuramente riferimento. Le fonti parlano di queste opere conservate nell'epoca postclassica e danno loro il nome di "*lura*".

FONTI DI COGNIZIONE NEL DIRITTO ROMANO

Fino a ora abbiamo parlato delle c.d. fonti di produzione del diritto (come nascono le norme giuridiche): nascono attraverso l'azione di chi ha il potere legislativo. Adesso dobbiamo affrontare lo studio dei documenti attraverso i quali conosciamo le norme giuridiche, cioè le fonti di cognizione del diritto. Più noi risaliamo nel tempo, più l'attività di trovare fonti descrittive dell'ordinamento giuridico è difficile, sia perché sono lontani nel tempo, sia perché erano basate molto sulla tradizione orale.

Fase regia

MORES MAIORUM: Nell'epoca regia non abbiamo fonti dirette a proposito dei *mores maiorum*. Abbiamo qualche notizia in proposito da **fonti letterarie**, da autori dell'epoca arcaica che descrivevano la vita nell'antica civitas e quindi abbiamo anche qualche notizia sui *mores maiorum*.

LEGGI REGIE: Abbiamo **qualche documento sulle leggi regie**, che però sono molto poche e intervenivano su fatti molto gravi. Qualche notizia delle leggi regie ce le abbiamo però da una testimonianza molto importante che è quella della **legge delle XII tavole**.

Fase classica

MORES MAIORUM: Abbiamo notizie indirette da autori letterari a proposito dei *mores maiorum*.

LEGGI COMIZIALI: Abbiamo però come seconda componente la raccolta delle leggi comiziali, pur con tutti i problemi che le lente procedure dei comizi e la generalità delle leggi comiziali portano con sé.

ACTIONES DEI PRETORI: Abbiamo notizie sulle azioni dei pretori grazie all'editto del pretore (insieme delle azioni concesse a tutela di casi nuovi non tutelati dallo ius civile).

GIURISPRUDENZA: Nell'epoca classica abbiamo una grande documentazione relativa alle opere dei giuristi, che ci saranno particolarmente utili nello studio del diritto romano e nello studio dei rapporti tra il diritto romano e il diritto moderno.

L'opera sicuramente più importante è un'opera di Gaio ed è "**Istituzioni di diritto romano**", dalla quale conosciamo quali erano i principi elementari del diritto romano. In latino questa opera si intitola "*Institutiones*" (significa insegnamento elementare e infatti era rivolto agli studenti del primo anno di giurisprudenza).

Gaio vuole dare le soluzioni ai problemi più immediatamente percepiti dai cittadini romani: vuole far conoscere quale norma generale astratta va applicata nel caso concreto. Le Istituzioni hanno avuto un'influenza fondamentale sul Codice civile moderno.

Epoca postclassica

Abbiamo detto che la fonte di produzione tecnica del diritto è la legge imperiale. Le leggi in questo periodo iniziano a essere emanate con una certa frequenza e allora, soprattutto nella pratica, si pone il tema della raccolta delle leggi (raccolta di *leges*). C'era la necessità di avere le leggi emanate, magari divise per argomento, di quel determinato periodo storico, soprattutto per coloro che andavano ai processi.

In questo periodo si iniziano a raccogliere le leggi in un unico testo, il codex. Il *codex* è quindi una raccolta di norme.

Le raccolte di leggi sono di due diversi tipi:

- di **tipo privato** (un avvocato o comunque un giurista che raccoglie da sé tutte le leggi) e sono
 - **il codice gregoriano**
 - **il codice ermogeniano**.
- di **tipo pubblico e ufficiale**: sono gli stessi imperatori che raccolgono le *leges*.
 - **il codice teodosiano (439 d.C.)**, dal nome dell'imperatore Teodosio, autore di un'opera fondamentale di cognizione del diritto romano.

L'epoca postclassica è spesso stata descritta come un periodo buio della storia romana. Ma si tratta di una descrizione negativa che non può essere condivisa, proprio perché questa fase porta con sé innovazioni ed elementi importantissimi, come la creazione di questi codici. È l'epoca della grande riscoperta del diritto. Quest'epoca costituisce la premessa all'opera scritta da Giustiniano. Giustiniano arriva a scrivere il *Corpus Iuris Civilis* anche facendo riferimento ai codici venuti prima di lui, in particolare il codice di Teodosio.

Epoca giustiniana

In quest'epoca abbiamo il ***Corpus Iuris Civilis***, il corpo dello ius civile dell'epoca in cui vive l'imperatore Giustiniano: si tratta della raccolta di materiale normativo e materiale giurisprudenziale di diritto romano

Il *Corpus Iuris Civilis* si compone di quattro parti, le quali avevano lo scopo di far conoscere il diritto ai cittadini:

- 1) **Codice giustiniano (Codex)**: proprio come avevano fatto i privati e l'autorità ufficiale, Giustiniano raccoglie nella prima parte della sua opera tutte le leggi emanate fino alla data di pubblicazione di questa parte (**529 d.C.**). Giustiniano nominò una commissione formata da avvocati e professori di diritto che lo aiutarono nella composizione di quest'opera monumentale. Molto di quello che c'era nel codice di Teodosio venne riadattato per il codice giustiniano.
- 2) **Le Novelle (Novellae)**: le costituzioni imperiali successive al 529, le *leges* emanate dopo la pubblicazione del *Codex*. Alcune delle novelle sono scritte in lingua greca.
- 3) **Digesto (Digesta o "Pandette" di Giustiniano)**: la raccolta delle opere dei giuristi, raccolta di *lura*. Si tratta di una raffinata raccolta delle opere dei giuristi più importanti della storia di Roma.
- 4) **Istituzioni di Giustiniano (Institutiones)**: un'opera nata dal fatto che Giustiniano riconobbe l'importanza delle Istituzioni di Gaio, sulle quali si erano formate generazioni di giuristi, e si ispirò a lui per creare questa parte del *Corpus* didattica e destinata agli studenti

Non si possono capire queste parti del *Corpus Iuris Civilis* se non capiamo tutto ciò che viene prima.

DIRITTO SOGGETTIVO

La parola *Ius* può anche essere intesa non in senso oggettivo, ma soggettivo. Siamo ancora sugli aspetti terminologici. Il concetto di diritto in senso soggettivo è più complicato da comprendere. Seguiamo in particolare Gaio in questa spiegazione.

Studiare il diritto in senso soggettivo richiede qualche riflessione in più rispetto a quelle fatte a proposito del diritto in senso oggettivo. Questa difficoltà deriva dal fatto che anche oggi, nel nostro ordinamento, ci siano definizioni diverse di diritto soggettivo. Gaio, proprio per evitare l'incertezza sulla definizione di questo concetto, seguirà un ragionamento che porta a una definizione di diritto soggettivo che può essere utilizzato anche nel nostro ordinamento.

Questo concetto di diritto soggettivo prende le mosse proprio dalla norma giuridica: **il diritto soggettivo è il diritto esaminato in relazione alle posizioni giuridiche soggettive** dei singoli individui. Il diritto oggettivo è qualcosa che sta fuori da me; il diritto soggettivo è la posizione che io assumo nei confronti delle norme esterne a me.

I Romani danno questa definizione osservando proprio la norma giuridica, nella quale esistono sempre due diversi comandi:

- un comando prescrittivo che prende il nome di **"comando primario"**
- un secondo comando, sanzionatorio, che prende il nome di **"comando secondario"**

Esiste nell'ordinamento giuridico romano (e anche nell'ordinamento moderno) una norma che prevede che, se io presto una somma di denaro a qualcuno, questa somma mi dev'essere restituita: questo è il comando primario. Esiste poi un comando secondario che afferma che coloro che non restituiscono il contratto subiranno una condanna. È prevista un'applicazione generale del comando primario e un'applicazione ridotta del comando secondario.

Il diritto romano contiene una norma che regola anche il furto: anche in questa norma si individuano due comandi. "Nessuno deve sottrarre una cosa altrui. Chiunque sottragga una cosa altrui, sarà condannato". C'è una buona parte dei consociati che segue il comando primario, ma ce ne sono alcuni che non lo rispettano e fanno scattare il secondo comando.

Posizione giuridica attiva e passiva

Dobbiamo distinguere la posizione giuridica *attiva* e la posizione giuridica *passiva* nei confronti del comando primario e del comando secondario.

- in forza del comando primario, la posizione giuridica passiva di chi deve rispettare il comando primario si chiama **obbligo**. L'obbligo si basa ovviamente sulla volontà. Ma la volontà è incoercibile. Bisogna aspettare che un individuo si determini a rispettare il comando primario, non si può fare nient'altro.
- la posizione giuridica attiva a livello di comando primario è il **diritto soggettivo**. Si tratta della **posizione di preminenza (vantaggio) di un interesse sopra altri interessi**.
- la posizione giuridica attiva a livello di comando secondario è più forte di quella avuta a livello di comando secondario e si chiama **azione (actio)**: **si tratta del potere di incidere nella sfera di autonomia altrui**. La finalità è quella di arrivare a una condanna nei confronti di colui che non rispetta il comando primario. A una condanna si arriva attraverso uno strumento che si chiama **processo**.
- la posizione giuridica passiva a livello di comando secondario è la **soggezione** all'azione (o **sanzione**).

Il comando primario regola dunque il rapporto sostanziale. Il comando secondario regola invece il rapporto processuale.

	POSIZIONE ATTIVA	POSIZIONE PASSIVA
COMANDO PRIMARIO	Diritto soggettivo	Obbligo
COMANDO SECONDARIO	Azione (<i>actio</i>)	Soggezione all'azione (sanzione)

Adesso capiamo cosa intendevamo quando dicevamo che il pretore concede un'azione quando un caso non è previsto e tutelato da una norma. Il pretore non ha quindi potere legislativo, ma il pretore fa qualcosa che assomiglia talmente tanto all'emanazione di una norma, che permette a un individuo di ottenere lo stesso risultato che otterrebbe se ci fosse una norma giuridica.

LA FAMILIA ROMANA - LE ORIGINI

Per comprendere il diritto romano dobbiamo iniziare parlando della *civitas*, l'agglomerato originario delle famiglie romane. L'unione di più famiglie viene nominata *gens*. La *civitas* è formata da un

insieme di famiglie che fondavano la propria economia sull'agricoltura e sulla pastorizia. Si tratta di un'organizzazione semplice che si rispecchia nel semplice ordinamento dell'epoca.

LA FAMILIA

La famiglia è formata da due categorie di soggetti:

- i soggetti **sui iuris**, cioè i soggetti di diritto proprio. Essere soggetti di diritto proprio vuol dire non avere ascendenti. A Roma è soggetto *sui iuris* il *pater familias*, soggetto sopra il quale non ci sono ascendenti e che nella fase più antica era considerato il capo (anche politico) della *familia*. È un capo, più che un progenitore comune. Il pater familias assolve anche alcune funzioni che solitamente sono attribuite a uno Stato, ma in questa fase originaria uno stato stabilmente organizzato non c'è ancora. Per capire a pieno questo concetto, si pensi alle funzioni dell'**organizzazione all'interno e quella della difesa verso l'esterno**: queste sono le funzioni solitamente assunte da uno Stato, che nella fase originaria di Roma sono attribuite al pater familias.
- sottoposti al pater familias, ci sono i soggetti che chiameremo **alieni iuris**, cioè i soggetti di diritto altrui. Questi soggetti hanno un ascendente e ricavano la loro esistenza giuridica dal pater familias. Al di sotto del pater familias ci sono tre categorie di soggetti *alieni iuris*, che sono sottoposte al potere del pater familias, che su questi soggetti esercita la propria autorità:
 - **i figli**: quando il pater familias esercita la propria autorità sui figli si parla di ***patria potestas***;
 - **le donne/mogli**: quando il pater familias esercita la propria autorità sulla moglie si parla di ***manus***;
 - **gli schiavi**: quando il pater familias esercita la propria autorità sugli schiavi si parla di ***dominica potestas*** (che deriva dalla parola latina "*dominus*", che vuol dire padrone)

Se i figli e le donne possono essere soggetti di diritto, gli schiavi a Roma sono considerati oggetto di diritto: per definire gli schiavi si utilizza infatti anche la parola *res*. Al pater familias spetta anche la gestione del patrimonio familiare, che è una funzione fondamentale: solo al pater familias spetta questa capacità patrimoniale. Quando il potere del padre è inteso in modo unitario e complessivo; quindi, non suddiviso nei tre componenti alieni iuris della famiglia, questo potere si chiama ***mancipium***.

Entrata nella famiglia romana

Ma allora come si entra a far parte della *familia*? Ce lo insegna Gaio nelle sue "*Istituzioni di diritto romano*".

Si entra a far parte della famiglia in due modi:

- **aut natura**: per giuste nozze (attraverso un matrimonio valido)
- **aut iure**: sono due le ipotesi:
 - **adoptio** (adozione): quando un soggetto *alieni iuris* passa da una *familia* a un'altra.
 - **adrogatio** (arrogazione): un soggetto *sui iuris* decide volontariamente di sottoporsi alla potestà di un altro *pater familias*. Si tratta di un pater che rinuncia alle sue prerogative, che rinuncia al suo *mancipium*. Un caso è quello in cui un pater privo di eredi per impedire che i propri beni finiscano sotto lo Stato, decide di praticare la *adrogatio* e quindi porta i propri beni all'interno di un'altra famiglia. In questo caso diventano soggetti *alieni iuris* come se fossero dei figli. Quando il pater decide di

rinunciare alla sua prerogativa patrimoniale, il diritto romano si pone il problema di come far sapere ai cittadini della collettività originaria che è avvenuto questo passaggio: questo istituto si celebra allora con una **cerimonia solenne** e soprattutto, in una fase successiva della storia di Roma, si celebra in maniera solenne davanti ai comizi. Capiamo allora perché le leggi comiziali, dovendo i comizi già occuparsi degli interessi generali della collettività e dovendo assistere alle cerimonie di arrogazione, promulgassero poche norme e, spesso, di scarso interesse privato. Inoltre, se il *pater* avesse figli, moglie e schiavi, anche loro entrerebbero nella nuova famiglia. Ovviamente ci deve essere un accordo tra arrogante e arrogato.

Uscita dalla familia romana

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

GLI SCHIAVI E LA MANUMISSIO

In base alla qualificazione e alla posizione che l'ordinamento giuridico riconosce ai diversi individui, è possibile elaborare una serie di classificazioni:

- *cives*, ossia i cittadini
- *peregrini*, gli stranieri
- *liberi*, nati da madre libera. Sono soggetti sia *sui iuris* che *alieni iuris*
- *schiavi*, unicamente soggetti *alieni iuris*
- *ingenui*, ossia i soggetti nati liberi
- *liberti*, ossia i soggetti diventati liberi a seguito della intervenuta manomissione.

La condizione servile a Roma è estremamente peggiore rispetto ai cittadini per quanto riguarda il tenore di vita, spesso priva di regolamentazione e precaria, e per quanto riguarda le tutele giuridiche. Nell'ordinamento assume particolare rilevanza l'istituto con cui è possibile liberarsi dalla condizione servile, la *manumissio*; tale istituto presuppone il compimento di alcuni atti posti in essere dal *pater familias* nell'esercizio della propria *dominica potestas* sugli schiavi. A seguito della *manumissio* lo schiavo diventa libero e viene denominato liberto.

Il diritto romano prevede tre diverse varianti dell'istituto della *manumissio* che si sviluppano durante l'età regia e perdurano nel corso dell'età classica:

- ***manumissio vindicta***: consiste in una finta vendita dello schiavo, inteso come una res, attuata dal *pater* con la consapevolezza che nessuno avrebbe offerto del denaro per acquistarlo;
- ***manumissio censu***: si sostanzia nell'iscrizione dello schiavo nelle liste del censo, ossia le liste in cui erano indicati i *cives* che potevano partecipare ai comizi;
- ***manumissio testamento***: il *pater* dispone nel testamento la propria volontà di liberare lo schiavo.

Contestualmente all'evoluzione della potenza romana e al cambiamento delle condizioni sociali, si afferma a Roma la volontà di liberare gli schiavi superando il formalismo delle tre forme di *manumissio* sviluppatesi nel corso dell'età arcaica. Le tre ipotesi di *manumissio* dell'età arcaica vengono integrate con altre tre forme di *manumissio* meno formali, dette *pretorie* perché elaborate nel sistema dello *ius honorarium*:

- ***manumissio inter amicos***: dinanzi agli amici il *pater* dichiarava informalmente la propria volontà di liberare lo schiavo;

- **manumissio per mensam**: durante un banchetto il pater dichiara dinanzi ai commensali di voler liberare lo schiavo;
- **manumissio per epistulam**: in una lettera indirizzata allo schiavo il pater esprime la volontà di liberarlo.

OBBLIGO E RESPONSABILITÀ NELLA FAMIGLIA ROMANA

Questa chiarezza dell'organizzazione della *familia* ci apre il discorso sul tema della **capacità patrimoniale**.

L'ipotesi del mancato rispetto dell'obbligo, che porta quindi alla sanzione, deve essere precisato: la sanzione che si rischia di ricevere a Roma, nella maggior parte dei casi (salvo quelli molto gravi), è una sanzione di natura pecuniaria. Questo vale a Roma tanto nella ipotesi in cui un bene prestato non venga restituito e tanto nella ipotesi in cui si rubi un bene.

Per questo motivo, nella fase iniziale dello sviluppo di Roma, gli impegni vengono presi soltanto tra pater familias: uno schiavo o un figlio non potrebbe mai pagare una sanzione. I rapporti tra i consociati intervengono quindi soltanto tra coloro che hanno capacità patrimoniale e quindi soltanto tra padri di famiglia.

La posizione del soggetto che non ha rispettato l'obbligo ed è tenuto a pagare si chiama **responsabilità**.

Ma esistono diversi tipi di responsabilità:

- una responsabilità che deriva dal mancato rispetto di un accordo e allora si chiama **responsabilità contrattuale** (la mancata restituzione della cosa prestata portò i giuristi a discutere su questo caso);
- una responsabilità che non deriva da un accordo, ma da un atto contrario alla legge: **responsabilità extracontrattuale** (fu il furto a portare i giuristi a discutere su questa responsabilità).

Questa distinzione è fondamentale perché per la prima volta nell'ordinamento giuridico romano si arriva ad affermare (come ci dice Gaio) che un obbligo grava su un cittadino romano per due motivi:

- per un contratto (un accordo)
- per un delitto (un atto contrario alla legge, senza nessun accordo)

In entrambi i casi, il cittadino romano è tenuto a pagare **una somma di denaro** se non rispettano questi obblighi.

Quando un atto è talmente grave che turba l'intera collettività, allora si compiono dei **crimina**, che devono essere puniti con una severità tale da poter ristabilire l'ordine sociale. I crimina sono:

- il **parricidio**
- la **perduellio**, il tradimento contro lo Stato.

Oltre alla diversa origine della responsabilità, è diversa anche la natura del pagamento. Lo scopo per cui vengono pagate le somme di denaro è diverso:

- nel primo caso lo scopo è quello di riportare la situazione patrimoniale nella stessa condizione in cui era prima dell'inadempimento dell'obbligo (sanzione risarcitoria): si parla di **risarcimento del danno**
- nel secondo caso lo scopo è quello di riparazione del torto (quindi sarà una sanzione afflittiva): si parla allora di **riparazione del torto**

La sanzione non è mai in forma specifica in questa prima parte, ma è sempre una sanzione pecuniaria per equivalenza.

Obbligo e responsabilità contrattuale per contratti stipulati da figli e schiavi

A volte l'obbligo non grava sul *pater familias*, bensì su un sottoposto. **Da un certo punto in poi dello sviluppo dell'ordinamento romano, il *pater* si avvaleva dell'attività di figli e schiavi per poter assolvere agli obblighi.** Per esempio, per comprare dei tessuti al mercato, il *pater* delegava i figli o gli schiavi. Se allora un *pater familias* stipulava un contratto con un figlio o con uno schiavo di un altro *pater familias*, nel caso di non adempimento dell'obbligo cosa succedeva?

Si parla quindi di **due casi di obbligo contrattuale**, da cui derivano diversi tipi di responsabilità:

- nel caso ci fosse stata una **manca di autorizzazione da parte del *pater*, non c'era tutela** verso colui che aveva concluso un contratto con un figlio o uno schiavo;
- nel caso ci fosse **un'autorizzazione da parte del *pater* a compiere un atto contrattuale**, c'erano invece forme di tutela previste dall'ordinamento. Colui che ha concluso un contratto con un figlio o uno schiavo, che però non hanno adempiuto all'obbligo, può reclamare la somma di denaro da parte del *pater familias*. In questo caso si tratta quindi di una responsabilità diversa, uno speciale tipo di responsabilità che prende il nome di **responsabilità adiettizia (aggiuntiva)**: alla responsabilità del sottoposto (che ha commesso l'inadempimento) si aggiunge la responsabilità del padre che ha autorizzato l'affare. Si tratta quindi di un **tipo particolare di responsabilità contrattuale**.

Per sapere se uno avesse o non avesse l'autorizzazione, c'era una traccia dell'autorizzazione del *pater*.

Obbligo e responsabilità extracontrattuale per delitti commessi dai sottoposti

Quando un delitto è commesso dal figlio o dallo schiavo, c'erano due ipotesi:

- Il *pater familias* abbandona il sottoposto nelle mani di chi ha subito il torto. Il sottoposto assume allora una situazione ancora peggiore rispetto a quella dello schiavo. Questo atto prende il nome di ***noxae deditio* (abbandono del sottoposto)**
- Il *pater familias* solidarizza con il sottoposto intervenendo con il proprio patrimonio al pagamento della sanzione. Questo particolare tipo di responsabilità extracontrattuale si chiama **responsabilità nossale**.

Le chiamiamo responsabilità adiettizia e responsabilità nossale per distinguerle rispettivamente, dalla responsabilità contrattuale e dalla responsabilità extracontrattuale, che derivano invece dall'inadempimento dell'obbligo da parte diretta del *pater familias*.

È sempre lo *ius honorarium* che integra lo *ius civile* in questi primissimi casi. Nell'ipotesi del rapporto contrattuale del comodato parleremo di *actio commodati*. Nel caso di rapporto contrattuale del mutuo, parleremo di *actio mutui*; nel caso di furto, parleremo di *actio furti*.

L'azione che io posso esperire nei confronti del sottoposto che non ha rispettato l'obbligo derivante dal contratto si chiama azione adiettizia. L'azione che posso esperire nei confronti del sottoposto che ha commesso un delitto si chiama azione nossale.

L'obiettivo di far erogare la sanzione si ottiene tramite il processo, che a Roma si mette in atto tramite le norme giuridiche oppure tramite le azioni concesse dal pretore.

OBLIGATIONES - LE OBBLIGAZIONI

Vediamo ora come il diritto romano ha disciplinato in particolare gli obblighi giuridici.

Bisogna conoscere quali sono gli obblighi in base ai quali, se non vengono rispettati, si rischia di essere condannati e sanzionati.

Quando si parla di obblighi, i Romani usano la parola *obligatio*, con una definizione che troviamo nelle "Istituzioni" di Giustiniano. L'*obligatio* è un *vinculum iuris*, un vincolo giuridico che lega due cittadini romani. (*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendae secundum iura nostrae civitatis*: Obbligazione è un vincolo giuridico, in forza del quale si può costringere taluno all'adempimento di una prestazione, secondo le leggi del nostro Stato). L'obbligo è quindi un vincolo che nasce dall'ordinamento giuridico.

Ma quali sono questi obblighi? Come nasce una *obligatio*? Da dove deriva una *obligatio*? Rispondere a queste domande significa sapere quali sono le fonti dell'obbligazione. Oggi c'è un articolo del Codice civile che si intitola proprio "Fonti dell'obbligazione" e questo articolo non può che derivare dall'evoluzione che ha avuto, anche e soprattutto a partire dal diritto romano.

Ripartizione delle obbligazioni di Gaio (*Institutiones* III, 88)

Il giurista Gaio è una fonte particolarmente importante nella trattazione di questo tema. In particolare, sono importanti le sue "Istituzioni".

Nelle Istituzioni (nel libro III, passo 88) Gaio si pone il problema di quali siano/da dove nascono le obbligazioni:

Omnis obligatio nascitur vel ex contractu vel ex delicto. Ecco che il giurista Gaio presenta ai suoi studenti una chiarissima esposizione, spiegando che l'obbligo può nascere da contratto (accordo) o da un delitto (atto illecito e quindi contrario alla Legge). Gaio propone quindi una **bipartizione delle fonti dell'obbligazione**.

Ma la realtà giuridica romana e lo sviluppo del diritto prevedono un passo avanti su questo tema. Lo stesso Gaio, infatti, avrà un dubbio (*dubium*) sull'effettiva completezza di questa bipartizione, si pone il dubbio che possa esserci qualcos'altro e Gaio ci espone nello specifico il caso concreto che gli fa sorgere questo dubbio: io prendo in prestito una somma di denaro da Tizio, ma poi quando è ora di restituirli mi sbaglio e li restituisco a Caio. Se io ho pagato per errore, Caio è obbligato a restituire la somma di denaro. Questo tipo di soluzione è conforme alla logica, ancor prima che al diritto. Siamo di fronte a un caso di obbligazione di un cittadino romano che non rientra né nelle obbligazioni da contratto, né dalle obbligazioni da delitto. Secondo il giurista Gaio, c'è quindi qualcosa di diverso dal contratto e dal delitto che fa sorgere obbligazioni a Roma. E questa è una conclusione di importanza straordinaria.

Accanto al contratto e al delitto c'è quindi qualcosa d'altro che fa sorgere l'obligatio e in questo caso è il pagamento per errore, il pagamento dell'indebito (*solutio indebiti*: il pagamento indebito).

Tripartizione delle "Res cottidianae"

Esiste quindi un'altra fonte, intuita da Gaio, ma elaborata successivamente nell'epoca post-classica. Arriviamo quindi alla seconda definizione, che troviamo nelle "Res cottidianae", molto probabilmente una rielaborazione postclassica delle "Istituzioni" di Gaio:

1) l'obbligazione nasce da:

- a) *ex contractu*
- b) *ex delicto*
- c) *variae causarum figurae* (vari tipi di fonte): sono ricompresi tutti i casi in cui sorge obbligazione diversi dal contratto e dal delitto. Si tratta di una fonte caratterizzata in negativo, ovvero che include ciò che non è incluso nelle altre fonti.

Le “*Res cottidianae*” propongono quindi una **tripartizione delle fonti delle obbligazioni**.

Quadripartizione dell'epoca giustiniana

In epoca giustiniana ci sarà ancora un ulteriore sviluppo del tema: il tema delle fonti dell'obbligazione verrà ripreso anche dall'imperatore Giustiniano proprio nelle sue “Istituzioni”. In questa ultima fase storica l'obbligazione a Roma nasce:

- d) da contratto
- e) da delitto (*maleficium*, nelle “Istituzioni” di Giustiniano)
- f) da quasi contratto
- g) da quasi delitto

Giustiniano, dopo la bipartizione gaiana e la tripartizione delle “*Res Cottidianae*” **quadripartizione delle fonti dell'obbligazione**. La categoria di *variae causarum figurae* viene specificata da Giustiniano in due altre categorie.

QUASI CONTRATTO

È quasi contratto **tutto ciò che fa sorgere obbligazione in modo simile al contratto, ma che si distingue dal contratto perché manca l'elemento dell'accordo fra le parti**. Il pagamento per errore, per esempio, fa parte di questa categoria di quasi contratto.

QUASI DELITTO

Tutto ciò che fa sorgere obbligazione in modo simile al delitto, ma che si distingue dal delitto perché manca l'elemento della volontarietà dell'evento. Sorge un'obbligazione in capo al cittadino romano in modo somigliante a quella che sorge dal delitto, ma non c'è la volontarietà. L'esempio più frequente che il diritto romano riporta è quello del *positum et suspensum* (il vaso posato e sospeso sul balcone che cade e fa male a qualcuno).

Non c'è dubbio che quest'ipotesi di quasi delitto sia alla base di una **responsabilità senza colpa**, quella che oggi nel nostro ordinamento si chiama **responsabilità oggettiva**.

Le fonti delle obbligazioni nel diritto contemporaneo

Il nostro ordinamento si occupa del tema delle fonti delle obbligazioni e se ne occupa nel codice (raccolta delle leggi, di comandi generali astratti muniti di forza coattiva).

Uno dei libri del Codice civile è dedicato espressamente alle obbligazioni: il libro IV si intitola proprio “Delle Obbligazioni”.

Il primo argomento del libro è proprio quello delle fonti delle obbligazioni, il 1173 c.c.- Fonti dell'obbligazione: “Le obbligazioni derivano da contratto, da fatto illecito, o da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico”.

Oggi nel nostro ordinamento abbiamo quindi una tripartizione delle fonti che riprende proprio la divisione delle fonti delle obbligazioni dell'opera postclassica “*Res cottidianae*”.

La terza categoria indifferenziata si aggiunge a contratto e a delitto perché già i giuristi romani (Gaio fra tutti) avevano notato che quelle due ipotesi non erano sufficienti a coprire tutte le fattispecie che prevedevano la creazione di un obbligo.

Dalla soluzione di Giustiniano si è tornati alla soluzione delle *Res Cottidianae*, perché in un testo che vuole essere organico e preciso, usare l'espressione "quasi" è tutt'altro che precisa.

Il codice del 1942 segue un precedente codice, quello del 1865. Il tema delle fonti dell'obbligazione nel codice del 1865 viene trattato nell'articolo 1097, chiamato proprio "fonti delle obbligazioni": l'obbligazione nasce da contratto, da delitto e da quasi contratto e da quasi delitto.

La difficoltà nel definire le categorie del quasi contratto e del quasi delitto hanno portato i legislatori italiani di inizio Novecento a tornare alla tripartizione postclassica.

OBBLIGAZIONI DA CONTRATTO

Ripartizione delle obbligazioni da contratto

Per la prima volta i giuristi romani si occupano delle fonti delle obbligazioni nel manuale istituzionale di Gaio, ma nel concreto quali sono le obbligazioni da contratto?

Le obbligazioni da contratto secondo Gaio sono 4 (*quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.*):

- I. **OBLIGATIONES RE CONTRACTAE**: cioè, le obbligazioni reali ("res" significa cosa): **l'obbligazione reale è quella che si perfeziona con lo scambio (con la consegna) della cosa.**
- II. **OBLIGATIONES VERBIS CONTRACTAE**: sono le obbligazioni verbali (da "verbum", che significa parola): **l'obbligazione verbale è quella che si perfeziona con la pronuncia di parole solenni.**
- III. **OBLIGATIONES LITTERIS CONTRACTAE**: sono le obbligazioni letterali (che deriva da "littera", che significa documento scritto): **l'obbligazione letterale è quella che si perfeziona con un documento scritto.**
- IV. **OBLIGATIONES CONSENSU CONTRACTAE**: Sono le obbligazioni consensuali: **l'obbligazione consensuale è quella che si perfeziona in presenza di un effettivo accordo tra le parti (consenso)**

Tutte le tipologie hanno alla base un accordo, ma solo nel quarto caso (che nasce infatti posteriormente) l'accordo è sufficiente per far sorgere il vincolo obbligatorio.

Si dice infatti "sufficit": è sufficiente l'accordo tra le parti. È la fonte dell'obbligazione più recente perché è quella che meglio risponde alla nuova società, che dal ristretto gruppo di *cives* originario basato sull'agricoltura e la pastorizia si evolve in una grande potenza mondiale. Basta l'accordo perché ci sia un contratto tra le parti.

Questa fonte è stata recepita nel nostro ordinamento: il nostro Codice civile parla dei contratti nel libro IV. L'articolo è il 1321 c.c. - Dei contratti in generale: "il contratto è l'accordo di due o più parti". Ovviamente ci sono ancora dei residui delle altre fonti: ci sono molti contratti che si perfezionano con un documento scritto, ma sono delle eccezioni.

Nulla impedisce comunque che per regolare un rapporto tra consociati ci sia un documento che contiene la trascrizione dell'accordo, ma non è necessario affinché i soggetti soddisfino le prestazioni previste dall'accordo.

1) *Obligationes re contractae*- *Obbligazioni reali*

Solo quando la *res* è passata dalle mie mani a quelle di un altro cittadino, allora nasce un vincolo obbligatorio reale.

Occorre distinguere due diverse categorie:

- **obbligazioni reali in senso proprio**: si trasferisce la proprietà della *res*:
 - o **mutuo**: si trasferisce la proprietà della *res*, cioè, trasferire il diritto più ampio che io posso avere su una cosa (può persino distruggerla)
- **obbligazioni reali in senso improprio**: non si trasferisce la proprietà, ma altri istituti.
 - o il **comodato**: si trasferisce la detenzione (qualificata):
 - o il **deposito**: si trasferisce la detenzione. Nel caso del deposito non avviene il trasferimento del diritto di proprietà, ma solo quello della *res*; si trasferisce invece la detenzione della *res*, qualificazione inferiore rispetto alla proprietà, e il depositario non può usufruire della *res* ed è gravato dall'obbligo di restituire la *res* ricevuta. Nel caso del deposito, a differenza del comodato, non c'è la possibilità di usufruire del bene durante la detenzione.
 - o il **pegno**: si trasferisce il possesso: contratto finalizzato a garantire la restituzione della *res*, in particolare nella fase più arcaica; chi riceve la *res* diviene possessore della stessa (più forte del deposito, ma più debole del mutuo). Serve come garanzia- il debitore dà un bene in attesa del pagamento in denaro.

Proprietà- disporre in modo pieno ed assoluto della *res*

Possesso- l'esercizio di fatto del diritto di proprietà- mi comporto come se fossi proprietario, ma non lo sono

OBBLIGAZIONI REALI IN SENSO PROPRIO - IL MUTUO

A Roma la caratteristica di questo contratto era proprio il **trasferimento della proprietà**, cioè il diritto decisamente più ampio. Il significato etimologico è *meum - tuum*: da mio diventa tuo. La proprietà veniva infatti definita a Roma con l'espressione ***meum esse*, che significa disporre di una *res* in modo pieno e assoluto**. L'avente causa può fare quello che vuole della *res* trasferita, ma poi alla fine va restituita la stessa quantità, perché oggetto del mutuo sono **le cose fungibili**, cioè le cose sostituibili dello stesso genere (denaro, vino, olio, frumento, bronzo, argento, oro).

Approfondimento- obbligazioni reali in senso improprio- Il comodato

Si tratta del prestito d'uso gratuito di una *res* (di una cosa inconsumabile). Il prestito del cavallo è un esempio di comodato: però, se oggi A e B fanno un accordo secondo cui tra due giorni A presterà a B un cavallo, l'obbligazione su B non sorge oggi, ma sorge tra due giorni, cioè quando avviene il passaggio delle *res*.

Il proprietario che presta la *res* si chiama **comodante**, quello che riceve la *res* si chiama **comodatario**.

Seguiamo il corso di questo istituto per capire quanto l'evoluzione del diritto romano ha influenzato il nostro ordinamento.

- 1) L'esempio paradigmatico che abbiamo fatto è quello in cui **A presta un cavallo a B, ma alla scadenza del comodato B non restituisce il cavallo ad A**. A ha bisogno di essere tutelato, ma lo *ius civile* (leggi comiziali e residue consuetudini) non riesce a tutelarlo e allora A si rivolge al pretore, che, una volta verificata la situazione, gli concede l'azione. Il pretore concede dunque una *actio* al comodante, che i Romani non esitano a chiamare ***actio commodati in***

factum (basata sulla **mancata restituzione del bene concesso in comodato**). Nel nostro ordinamento, la fattispecie è prevista dall'articolo 1809 - Restituzione.

- 2) Abbiamo un altro caso raccontato dai giuristi romani: **A presta un cavallo a B per arare un metro di terreno. Il cavallo, talmente stremato, non riesce più a camminare.** A ha quindi bisogno di tutela giuridica per questo caso che si basa sulla restituzione di una cosa deteriorata: A va allora dal pretore, che non gli può concedere l'*actio commodati in factum*, ma gli concede una nuova azione che si chiama **actio commodati in ius**, che ha come base **la restituzione della cosa deteriorata**. Nel nostro ordinamento, la fattispecie è prevista dall'articolo 1807 - Deterioramento per effetto dell'uso.

Nella *actio commodati in ius* la sanzione è già quantificata: è il valore del bene non restituito. Nel secondo caso, invece, la sanzione non è già quantificata, ma varia a seconda del danneggiamento.

Visto che sono concesse al comodante, queste azioni si chiamano **azioni dirette**.

Un istituto che era indifferente per lo *ius civile* non lo era affatto per lo *ius honorarium*.

A un certo punto dello sviluppo della storia di Roma, non dovrà essere tutelato il comodante, ma il comodatario: si tratta di un caso molto famoso.

- 1) **A presta a B il suo schiavo per tagliare il fieno, ma mentre lo schiavo sta tagliando il fieno, lo schiavo si taglia un braccio e allora B chiama un medico che salva lo schiavo.** Alla fine della giornata, B restituisce ad A lo schiavo, ma mentre lo restituisce gli chiede anche il denaro speso per il medico e A si rifiuta. B è un cittadino romano degno di tutela e vede che nello *ius civile* la sua posizione non ha tutela e allora va dal pretore, che non può concedere al comodante le stesse azioni concesse al comodatario: concede quindi una **actio commodati in factum contraria**, di cui il presupposto è il **mancato rimborso delle spese necessarie a salvare la cosa**. L'ordinamento privilegia ovviamente la posizione del comodatario, perché il suo interesse è salvare la cosa, altrimenti incorrerebbe nel caso della restituzione di una cosa deteriorata. La condanna in questo caso è già determinata (valore delle spese necessarie). Tale fattispecie è normata nel nostro ordinamento dall'articolo 1808 - Spese per l'uso della cosa e spese straordinarie. Il danno causato deve necessariamente essere causato in modo indipendente dal comodatario- in alternativa ci ritroviamo davanti al caso dell'*actio commodati in ius*
- 2) Ma il diritto romano va studiato nel corso della sua evoluzione e i giuristi romani ci raccontano anche questo caso: **A fa vino e chiede a B in comodato delle botti, che non essendo ermetiche fanno uscire tutto il vino (c.d. caso dei *vasa vitiosa*).** B allora vede che nello *ius civile* non esistono norme generali e astratte che possano tutelarlo. Va allora dal pretore che non gli concede un *actio commodati in factum contraria*, ma una **actio commodati in ius contraria**, esperibile per i **danni provocati dalla cosa comodata** (prevista nel nostro ordinamento dall'articolo 1812 - Danni al comodatario per vizi della cosa). La condanna si basa sulla misura del danno

Queste azioni concesse al comodatario si chiamano **azioni contrarie**

Il ruolo del pretore allora è davvero **fondamentale** nello sviluppo dell'ordinamento giuridico romano. Ecco allora che una serie di fattispecie prima non previste entrano a far parte dell'ordinamento giuridico grazie alla abituale concessione delle azioni da parte del pretore.

Il comodato è quindi regolato nel nostro ordinamento dagli articoli 1803 ss. del Codice civile.

“Il comodato è la obbligazione da contratto con il quale una parte consegna all'altra una cosa mobile affinché se ne serva per un tempo e per un uso determinato, con l'obbligo di restituire la cosa ricevuta.”

L'ordine in cui abbiamo analizzato queste fattispecie è lo stesso con cui, nel corso del tempo, sono state sussunte nell'ordinamento giuridico romano (nello *ius civile*- norma generale e astratta).

2) *Obligatio verbis contractae*- *Obbligazioni verbali*

Non si perfezionano con il trasferimento della *res*, ma con la **pronuncia di parole solenni**.

Ci riferiamo innanzitutto alla fase arcaica dello sviluppo di Roma. In questa prima fase esiste un tipo di obbligazione verbale molto frequente (un requisito per rendere diffuso l'utilizzo di questo istituto è la comprensione della lingua latina alla maggioranza della popolazione):

- **Sponsio**: il prestito di una somma di denaro. C'è una formula che poteva essere utilizzata per perfezionare questo contratto: “*Spondes mihi centum dari?*” (prometti di dare a me cento sesterzi?) “*Spòndeo*” (prometto). Solo queste parole sono adatte a perfezionare l'accordo: colui che rispondeva alla domanda avrebbe anche potuto usare il termine “*promitto*”, ma il contratto non sarebbe stato valido. C'era un testimone. È così che nasce l'obbligazione di prestare i cento sesterzi.

È tipico questo rigore formale nella fase arcaica dello sviluppo di Roma ed è tipico anche l'uso di formule verbali (lo abbiamo già visto anche con i *mores maiorum*). Ma a un certo punto dello sviluppo di Roma questo tipo di contratto cade in disuso, soprattutto una volta che Roma viene a contatto con varie popolazioni che hanno lingue e costumi diversi. Poiché non si voleva rinunciare a un tipo di obbligazione contrattuale così frequente, i Romani sostituirono la *sponsio* con una tipologia di contratto verbale nuova:

- **Stipulatio**: le parole adesso possono essere parole non latine e parole che non coincidono con un formulario fisso e preciso. Stipulare vuol dire far sorgere obbligazioni utilizzando **parole solenni che corrispondessero alla manifestazione della reciproca volontà di giungere a un accordo**, anche se non più appartenenti a un formulario necessariamente latino e rigido. Si tratta dello sviluppo moderno della *sponsio*. Si pone a proposito della *stipulatio* il problema di provare che davvero ci fosse stata questa manifestazione reciproca. Questa necessità giustifica anche la denominazione di questa tipologia di obbligazione: la definizione della parola “stipulazione” si ricava dalla parola *stips*, che indicava una parte della bacchetta di legno che veniva spezzata nel momento in cui veniva stipulato l'accordo e poi riunita come prova eventuale. La *sponsio* viene quindi abbandonata.

3) *Obligatio litterae contractar*- *Obbligazioni letterale*

Sono quelle obbligazioni che si perfezionano con un documento scritto, la *littera*.

Anche qui ci si aspetta un'evoluzione di questo istituto, fino a diventare più vicino alle nostre modalità in cui si formano obbligazioni letterali.

- **Expensilatio/Nomen transcripticium**: dobbiamo tornare al ruolo fondamentale che aveva il *pater familias*, unico soggetto titolare della capacità patrimoniale. Ogni *pater familias* aveva

a propria disposizione **un libro contabile (c.d. *codex accepti et expensi*)** sul quale annotare le entrate e le uscite della famiglia. La rubrica di sinistra si chiama rubrica dell'*acceptum* (le entrate), mentre la rubrica di destra è rappresentata dalla rubrica delle *expensum* (uscite). Se il *pater familias* avesse scritto nella rubrica delle uscite il nome di Tizio al fianco del quale avesse annotato il fatto che gli erano stati prestati 50 sesterzi, la sola annotazione del *pater familias* (quindi addirittura del creditore) serviva per far sorgere in capo a Tizio l'obbligazione.

Si tratta di un tipo di obbligazione che, proprio come la rilevanza che viene attribuita al *pater familias*, risale alla fase più antica e risalente di Roma.

Non c'è dubbio che si tratta di una caratteristica peculiare del mondo romano più arcaico e quindi cade in disuso. Ma l'esigenza di stipulare un accordo tramite documenti rimane nel mondo reale e quindi nascono due nuove diverse forme di obbligazioni:

- **Chirografo**: un unico originale del documento che veniva conservato nelle mani del creditore
- **Singrafe**: per evitare i problemi di falsificazione della vita quotidiana, nasce questo documento che viene redatto in doppia copia originale.

Nella *expensilatio*, senza il documento l'obbligazione non sorge nemmeno (ha quindi un **valore costitutivo**); con il chirografo e la singrafe, il documento è solo una prova dell'accordo e della relativa obbligazione: hanno quindi **valore probatorio**. L'obbligazione sorge quando Tizio e Caio hanno stipulato un accordo e Tizio ha consegnato i soldi a Caio: il documento serve solo come prova di ciò che è avvenuto.

Nella fase successiva alla fase arcaica, quindi, la sostanza ha più importanza della forma.

L'*expensilatio* viene quindi abbandonata, anche se era l'unico tipo di obbligazione che corrispondeva alla definizione di obbligazione che si perfeziona con la presenza di un documento.

4) *Obligations consensu contractae*- **Obbligazioni consensuali**

Sono le obbligazioni che si perfezionano solo con l'effettivo accordo tra le parti, con il consenso.

Basta il consenso affinché nasca l'obbligazione: non serve nulla di quello che abbiamo detto in precedenza. L'accordo tra le parti *sufficit*, cioè è sufficiente.

Oggi l'articolo **1321 c.c.** ci dice proprio che il contratto è l'accordo di due o più parti: l'obbligazione non sorge con un documento o con parole formali (anche se può essere completata e integrata con esse), ma sorge solo con l'accordo delle parti. Esistono diverse tipologie di obbligazioni consensuali:

- 1) **emptio - venditio** (compravendita): si tratta dello **scambio della cosa contro il prezzo**. I soggetti che perfezionano una compravendita sono l'*emptor* e il *vendor*, a fronte del pagamento di un prezzo, il *pretium*. L'obbligo del compratore è quello di pagare il prezzo; l'obbligo del venditore è quello di consegnare la *res*. Non c'è necessità di ulteriore precisione formale. L'obbligazione sorge indipendentemente dalla forma con cui l'accordo si è stipulato. Cade quel rispetto del valore formale che costituiva allora l'elemento senza il quale l'obbligazione non sarebbe sorta. Quello che conta è che le parti siano davvero d'accordo. Ovviamente si può affiancare questo accordo con un documento, ma si tratta di qualcosa di solo accessorio.
- 2) **locatio - conductio** (locazione): con la compravendita, dice Gaio, la locazione ha *aliquam familiaritatem*, perché anche nella locazione sorgono posizioni reciproche in riferimento alla consegna di una *res* e al pagamento di un corrispettivo, ma qui il trasferimento della *res* è solo temporaneo e non perpetuo come nella compravendita. I due soggetti protagonisti sono il *locator* e il *conductor* e il corrispettivo pagato si chiama *canon*. Il *locator* consegna temporaneamente la *res*, mentre il *conductor* paga il canone. L'obbligazione sorge quando

si stipula l'accordo e non in altri momenti o con altri elementi formali specifici. Esistono tre tipi di locazione:

- a) **locatio rei**: è la locazione della cosa, come dell'immobile.
- b) **locatio operis**: si tratta della locazione dell'opera. Avviene quando un cittadino romano mette a disposizione di un altro la propria attività lavorativa qualificata (un orafo, un sarto ecc.) e soltanto colui che esercita l'attività lavorativa può conseguire il risultato voluto.
- c) **locatio operarum**: locazione delle opere. Si mette a disposizione di un altro l'attività lavorativa non qualificata, come quella degli schiavi. Il risultato voluto può essere conseguito da chiunque.

Nel nostro ordinamento questa distinzione porta alla differenza tra le obbligazioni di risultato e le obbligazioni di mezzo.

3) **societas** (società): si tratta della **messa in comune di un patrimonio per raggiungere uno scopo**. Anche a proposito di questo contratto dobbiamo considerare che esistono due tipi di contratto di società:

- a) **societas omnium bonorum**: società di tutti i beni. È l'ipotesi nella quale i soggetti (i soci) che mettono in comune il patrimonio mettono in comune tutti i loro beni. I debiti della società sono pagati con tutto il patrimonio dei soci.
- b) **societas alicuius negotii**: società per un solo affare. I soci mettono in comune solo una parte del loro patrimonio. I debiti sono pagati solo con una parte del patrimonio, la parte del patrimonio messa in comune.

Questa distinzione porta nel nostro ordinamento alla differenza tra l'autonomia patrimoniale perfetta e imperfetta.

4) **mandatum** (mandato): **compiere atti per conto di un altro soggetto** è la caratteristica del contratto consensuale del mandato. "Obbligazione contrattuale in cui un soggetto si impegna a compiere atti giuridici per conto di un altro soggetto" - definizione di Gaio; Art. 1703 c.c.: il mandato è il contratto col quale una parte si obbliga a compiere uno o più atti giuridici per conto di un altro.

Sono queste quindi le fonti di obbligazioni da contratto più recenti nella storia del diritto romano.

OBBLIGAZIONI DA DELITTO

L'atto illecito comporta una responsabilità extracontrattuale. Le obbligazioni da delitto rappresentano quindi qualcosa che segue alle obbligazioni da contratto. Interessa nella nostra trattazione specificare che nella primissima fase poteva essere responsabile solo il *pater familias* per atti compiuti da lui stesso e in una seconda fase anche da atti compiuti dai sottoposti. Si ricorda che, come nelle obbligazioni da contratto, la sanzione prevista per le obbligazioni da delitto è pecuniaria, con scopo non risarcitorio ma riparatorio. Con la riparazione del torto (*poena*), tuttavia, il pagamento della situazione non riporta il danneggiato nella situazione antecedente al fatto. Sono quattro le ipotesi di obbligazioni da delitto:

- **FURTUM**: **sottrazione di cosa altrui**. A motivo della frequenza di questa fattispecie, determinerà nella storia dello sviluppo del processo romano una standardizzazione delle sanzioni, che comporta la distinzione tra furto in flagrantia (*manifestum*) punito con il *quadruplum* del valore della cosa rubata, e furto non manifesto, punito con il *duplum* del valore della cosa rubata. Le sanzioni sono predeterminate in maniera fissa. Sotto il profilo

della tutela, il soggetto che aveva subito la privazione della cosa di sua proprietà poteva rivolgersi al pretore, che eventualmente concedeva una *actio furti*.

- **RAPINA**: si tratta del **furto aggravato da violenza**. L'ipotesi della rapina trova attuazione in una sanzione che doveva rappresentare una sorta di aggravante rispetto al solo furto.
- **DAMNUM INIURIA DATUM**: si tratta del **danno inferto con iniuria**, che si collega a una precedente legge emanata dai comizi, che aveva represso una serie di casi di illeciti e di cui questa ipotesi conserva due ipotesi precise:
 - uccisione di uno schiavo o di un animale altrui
 - ferimento di uno schiavo o di un animale altrui

Richiamano la celebre **Lex Aquilia**, le cui fattispecie si ridurranno nelle due previste da *damnum iniuria datum*. Oggi le obbligazioni da atto illecito si chiamano anche obbligazioni aquiliane. La *damnum iniuria datum* era presente in forma primitiva anche nelle leggi delle dodici tavole, e quindi in epoca arcaica.

- **INIURIA**: sono **danneggiamenti meno gravi**, come la rottura di un osso (*ossis fractio*).

Comportamenti più gravi (crimina)

Nella Roma antica esistevano anche altri comportamenti illeciti puniti con sanzioni più gravi dei delitti con sanzioni pecuniarie: i *crimina*. Questi illeciti, considerati così gravi da turbare l'intera collettività, puniti con la morte. All'inizio della sua storia, a Roma erano individuati due tipi di *crimina*:

- **PARRICIDIO**: uccisione del pater familias. Nella struttura della Roma arcaica, nella sensibilità della collettività un avvenimento come questo era sconvolgente per la società intera.
- **PERDUELLIO**: tradimento della collettività, come l'esempio nelle fonti antiche di un cittadino che condivide con nemici i segreti militari di Roma

Proseguendo nella storia di Roma si creano altri *crimen*, riguardanti fattispecie presenti solo in una società più evoluta, come l'uso inappropriato di fondi pubblici. La differenza persiste nell'ordinamento attuale con il concetto di crimini per cui è necessaria una denuncia (a querela di parte) e i fatti che vengono investigati a prescindere dalla pubblica autorità (di ufficio): se viene ucciso qualcuno non c'è bisogno della denuncia per far iniziare l'indagine.

IL PROCESSO

Ci interessa ora sapere come il comando secondario, che regola il rapporto processuale, consenta al soggetto di far condannare un altro soggetto che ha leso un suo diritto soggettivo.

Questa possibilità di far erogare la sanzione si chiama azione. Il potere del titolare dell'azione è quello di iniziare un processo con cui è possibile far erogare la sanzione. Ovviamente il processo va studiato nella sua evoluzione storica.

Anche la parola processo deriva da un'espressione latina e in particolare deriva dal verbo latino *procedere*, che ci consente di capire come **il processo sia una serie continuativa di atti finalizzati alla definizione e risoluzione della lite**. Questa definizione della lite coincide con un concetto del quale dobbiamo chiarire l'importanza: **il processo finisce con una *sententia*, cioè la decisione con cui si risolve la lite. La sentenza può essere di condanna o di assoluzione. Il giudice (*iudex*) è quindi colui che emana la sentenza.**

La sentenza non è emessa da colui che concede l'azione, cioè dal pretore: *praetor non facit ius, praetor non facit sententia*. E sappiamo che la concessione dell'azione non significa sentenza di

condanna, perché l'*actio* non è una garanzia di sanzione, è solamente la possibilità di far iniziare il processo.

La divisione della linea del tempo ci giunge ancora più utile per lo studio del processo:

- avremo un **processo della fase arcaica** (*legis actiones*)
- un **processo della fase classica** (*per formulas*)
- un **processo della fase postclassica e giustiniana** (*cognitio extra ordinem*)

Ci aspettiamo quindi procedure diverse a seconda dell'epoca e dell'organizzazione statuale: all'inizio avremo un grande **formalismo** e un grande rigore, nelle fasi a noi più vicine avremo invece procedure più basate sulla **sostanza** e la **certezza** del diritto.

Il processo nella fase arcaica

Nella fase arcaica, la necessità di processi formali era molto bassa, in quanto la società seguiva quasi sempre i *mores maiorum*. **L'oralità e il formalismo** caratterizzano il processo della fase classica, che prende il nome di **processo per legis actiones**, rappresentato da **una serie di formulari in latino che dovevano essere pronunciati dalle parti**. Esistevano soltanto cinque casi (e quindi cinque formulari in latino) per far valere i propri diritti nella fase arcaica. Se ci si sbagliava nel pronunciare il formulario, si perdeva anche se si aveva ragione. Era sicuramente un processo adatto a una civiltà molto ristretta in cui il rispetto delle tradizioni era fondamentale e tutti i componenti parlavano la lingua latina. Venivano tenuti dei **verbali** della celebrazione del processo.

Per eventi che turbano l'intera collettività, invece, era previsto il diretto intervento del *rex*, la cui autorità superava quella di qualsiasi processo privato.

Il processo nella fase classica

Nell'epoca classica la formula della *legis actiones* "*in odio venerunt*" per i cittadini romani, in particolare per tutti coloro che non formavano parte della collettività originale. **La forma scritta e la mancanza di formalismo** caratterizzano il processo di questa fase, che si chiama **processo per formulas (o processo formulare)**, perché si caratterizza dalla presenza di un documento scritto che si chiama *formula*.

Entrambe queste tipologie di processo fanno parte, secondo le fonti romane, di un unico sistema processuale nonostante siano molto diversi: fanno parte del sistema chiamato **ordo iudiciorum privatorum** (sistema dei giudizi/processi privati).

Si chiamano così perché **il giudice è un cittadino privato**: colui che emette la *sententia* è un cittadino privato scelto dalle parti. Per queste due tipologie di processo **non esiste il riesame, perché d'altronde il giudice privato è scelto dalle parti**.

Il processo nella fase postclassica o giustiniana

Il potere legislativo sta tutto nelle mani dell'imperatore, ma questo che riflesso ha sul profilo processuale? Sicuramente l'imperatore non si fa sfuggire il potere giudiziario e non lo cede sicuramente i privati. L'imperatore accentra su di sé anche il potere giudiziario, cioè il potere di emettere le sentenze.

Il giudice non è più quindi un privato cittadino, ma l'imperatore. Siamo allora capaci di dare un nome al processo dell'epoca postclassica e giustiniana, che si chiama **cognitio extra ordinem**

(processo al di fuori dell'*ordo diciorum privatorum*), cioè fuori dall'*ordo iudiciorum privatorum*. L'imperatore diventa il giudice più importante, che risolve tutte le controversie tra i consociati: ecco allora che capiamo davvero perché l'imperatore è *dominus et deus*.

Questo processo segna quindi la differenza tra epoca classica e postclassica: si tratta quindi di una barriera ben distinta. **Si passa da processo privato a processo pubblico**, perché pubblico è l'interesse che l'imperatore fa valere assumendo su di sé il potere giudiziale.

Ovviamente nella pratica quotidiana, di fronte all'allargamento dei confini e al conseguente aumento dei conflitti, risulta impossibile per l'imperatore giudicare tutte le cause: proprio per questo **l'imperatore delegherà a funzionari la decisione delle controversie**, che decidono in nome dell'imperatore e quindi si dice che decidono *vice sacra* (cioè, al posto di chi è sacro, cioè dell'imperatore).

Esistono le leggi ed esiste per l'imperatore la possibilità di verificarne l'applicazione: se le sentenze sono emesse da un funzionario imperiale, si poteva riesaminare la sentenza attraverso **l'istituto della appellatio**, cioè del riesame valido nei confronti delle sentenze emesse dal giudice delegato dall'imperatore ed è questo il modo con cui l'imperatore controlla l'applicazione delle leggi. Non ci si può quindi fidare troppo della terzietà del giudice: torneremo infatti sul tema dell'*aequum iudicium*, del giusto processo che ancora oggi troviamo nella Costituzione e nella CEDU.

Il processo per legis actiones (il processo per le azioni di diritto)

Anche a proposito del processo per *legis actiones*, come per tutti gli istituti della fase arcaica, abbiamo notizie molto limitate, perché la distanza da quel periodo è molta. Quindi le fonti che potrebbero permetterci di ricostruire lo svolgimento del processo sono andate perdute; inoltre c'era una grande componente orale, che non ci permette di avere un gran numero di documenti scritti a proposito. Il processo per *legis actiones* aveva due livelli, un processo di accertamento, in cui venivano accertati gli avvenimenti e emanata (in base ai risultati) una condanna, e il processo esecutivo, per imporre la condanna in caso di mancato rispetto da parte del condannato.

Nonostante queste difficoltà, il diritto romano ci ha trasmesso in maniera abbastanza completa lo svolgimento del processo per *legis actiones*: **oralità e formalismo** rimangono le due caratteristiche più importanti della fase arcaica dello sviluppo della storia di Roma. Se ci è chiaro ricordare questo, non ci sorprenderà sapere che questo processo prevedeva cinque tipici formulari orali attraverso i quali il cittadino poteva ottenere soddisfazione in cinque casi di inadempimento di un obbligo da un altro soggetto. Questo ci fa capire come in quel tipo di realtà originaria le tipologie di liti erano limitate. Venivano usati a seconda del tipo di inadempimento:

- 1) **Legis actio sacramento**: si tratta della più antica forma di *legis actio*. *Sacramento* in latino significa giuramento ed era **un formulario orale con il quale le parti giuravano la bontà della propria posizione giuridica di fronte agli dèi** (siamo in una società in cui il timore verso gli dei è molto alto). Si tratta quindi di un tipo di processo molto antico. **Solo l'utilizzo di parole precise avrebbe consentito la tutela**. Anche in questo tipo di istituto, lo sbaglio di una sola parola avrebbe compromesso la possibilità di ottenere soddisfazione degli interessi. Il rigore della forma supera addirittura la sostanza: se sbaglio, perdo la lite anche se ho ragione. È un processo che si adatta solo a chi parla romano e quindi alla *civitas* più antica. Era considerata la *legis actio* generale, perché **riguardava in generale tutte le ipotesi**. La *legis actio*

sacramento potrà infatti essere esercitata in due grandi tipologie di casi, tanto da potersi parlare di:

- a) ***legis actio sacramento in rem***: utilizzata per tutelare i diritti reali, che si fanno valere *erga omnes* e sono quindi assoluti. Appartiene a questa categoria la proprietà. Le formalità richieste dalla *legis actio sacramento in rem* sono descritte da **Gaio** nel passo 16 del commentario IV, con specifico riferimento a un'azione volta a rivendicare la proprietà di uno schiavo. Davanti al *rex* (cui in età più avanzata si sostituì il pretore) **colui che aveva intentato l'azione** dichiarava di esserne il proprietario, tenendo in mano una bacchetta (*festuca* o *vindicta*) e toccando con questa lo schiavo. Il testo della dichiarazione (detta ***vindicatio***) era il seguente: ***"Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam. Sicut dixit ecce tibi vindictam imposui"*** ("Dichiaro che questo schiavo è mio secondo il diritto dei Quiriti in base a un giusto titolo. Come ho detto, ecco che ti impongo la bacchetta"). Se nessuno contestava questa affermazione il magistrato autorizzava chi aveva esperito l'azione a portare con sé lo schiavo. Se un altro *paterfamilias* contestava questa dichiarazione avanzava una *contravindicatio* affermando con le stesse parole e gli stessi gesti che lo schiavo era suo. Le parti a questo punto simulavano l'inizio di una lotta che terminava con l'ordine del magistrato. Le parti si sfidano a prestare un sacramento, ossia un solenne giuramento alla divinità. Il *sacramentum* perse successivamente il carattere religioso e divenne un giuramento fatto da entrambe le parti che contestualmente depositavano un certo numero di animali. La *lex Aterna Terpeia* sostituì gli animali con una somma di denaro (50 o 500 assi). Il magistrato assegnava il possesso della cosa a colui che sembrava avere ragioni più convincenti e imponeva a costui di prestare dei garanti: ***"praedes litis et vindiciarum"***. Il magistrato risolveva la lite stabilendo quale tra i due sacramenta fosse *iustum*. Chi aveva giurato vero recuperava il denaro, mentre chi aveva giurato il falso perdeva il deposito che veniva utilizzato inizialmente per scopi religiosi e successivamente versato all'erario.
- b) ***legis actio sacramento in personam***: utilizzata per tutelare i diritti relativi (o obbligatori), che si fanno valere verso una persona determinata e si chiamano quindi relativi. La dichiarazione dell'attore era chiamata *intentio*. Se il convenuto avesse riconosciuto il debito, la sua confessione sarebbe stata equiparata a una pronuncia del giudice (*confessio in iure*); se il convenuto avesse negato, l'attore lo avrebbe sfidato a un *sacramentum*; se il convenuto rimaneva in silenzio, l'attore pronunciava un'intimazione ed esercitava la *manus iniectio*.

Si tratta quindi di **una distinzione** che esiste già nella *legis actio sacramento* e che è **alla base della moderna distinzione**.

Si tratta comunque di un unico formulario davanti agli dèi, che non distingue l'oggetto.

- 2) ***Legis actio per iudicis arbitrive postulationem***: *legis actio* con cui **la domanda si fa al giudice: riguardano il pagamento di una somma di denaro (*sponsio*) e le questioni di divisione ereditaria**. Queste due ipotesi sono ricomprese in questa *legis actio*. Cominciano a essere rilevanti dal punto di vista quantitativo le liti sorte quando non si restituiva la cosa prestata e le liti sorte quando c'erano problemi di successione o di divisione: nei casi divisorii, le parti nominavano un arbitro con competenze tecniche di divisione, ma la sentenza finale spettava al giudice o all'arbitro. Questa metodologia processuale venne preferita per

maggiore laicità, maggiore rapidità e mancato rischio economico (cfr. papiro egiziano di Arangio-Ruiz)

- 3) **Legis actio per conditionem**: si tratta di una forma di *legis actio* più recente, che costituisce un'evoluzione e che sostituirà la precedente. Si utilizza questo formulario quando esiste una **controversia su una certa res o su una certa pecunia**. Non ci sfugge che ancora le tematiche più rilevanti siano quelle relative al denaro o relative ai beni a conferma del fatto che con l'evoluzione di Roma queste sono le ipotesi in cui è necessario che intervenga il sistema processuale. Si chiama *per condictionem* perché, in caso il convenuto negasse la pretesa attorea, l'attore poteva invitarlo a comparire (*condictio*).

Tutte queste tre *legis actiones* si chiamano **legis actiones di accertamento o di cognizione** che accertano se la posizione dell'attore è fondata o non è fondata.

Natura diversa hanno l'altra *legis actiones*, che si chiamano ***legis actiones* esecutive e rispondono alla necessità in cui, dopo una condanna, non veniva pagata la somma di denaro**. La distinzione tra cognitive ed esecutive non esisteva naturalmente a Roma, ma è una distinzione che ricalca le codificazioni. Servono quindi gli strumenti per ottenere soddisfazione del diritto in concreto e questi strumenti sono le *legis actiones esecutive*

- 4) **Legis actio per manus iniunctionem**: questa consente l'**esecuzione personale nei confronti della persona del debitore**, che pur con una condanna di accertamento non ha adempiuto alla propria obbligazione dopo trenta giorni. Il debitore, infatti, dopo la condanna ha tre possibilità: adempie, chiama un garante, il debitore non adempie e quindi viene trattenuto dal creditore e poi ucciso o venduto *trans Tiberim peregre*.
- 5) **Legis actio per pignoris capionem**: rappresenta il modo di effettuare una **esecuzione non sulla persona del debitore, ma sui suoi beni**. Essa era prevista dai *mores* per tutelare soldati e cavalieri e dalla legge per i privati cittadini. Se la prestazione non veniva eseguita dal debitore, scaduti i termini dell'usucapione, il creditore acquistava la proprietà della cosa.

Queste *legis actiones* esecutive danno concreta attuazione e soddisfazione materiale a quella che era stata la sentenza di accertamento.

Questa distinzione è importante perché diversa è la finalità e ancora oggi è presente nel nostro ordinamento.

Processo per formulam

Gaio ci racconta che, man mano che Roma si espande e ingloba popolazioni che non parlano il latino e aumentano conseguentemente i tipi di lite, le *legis actiones* vengono meno e si sviluppano quindi nuove metodologie processuali. Come ci dice **Gaio** al commentario IV, passo 30, le **legis actiones paulatim in odium venerunt** per i Romani, che non si sentivano più tutelati. E sempre secondo Gaio, venne introdotto il processo formulare da una *Lex Aebutia* (che in realtà forse era plebiscito del 130-120 a.C.) e da due *leges Iuliae* (anche se dalle fonti sappiamo che in realtà una si riferiva al processo criminale e una al processo privato, 17 a.C.)

La forma scritta e la mancanza di formalismo caratterizzano quindi il processo *per formulam*. Questa forma scritta si traduce nella presenza di un documento, che è caratteristica principale. Il documento si chiama *formula*. Si chiama formulare perché la caratteristica fondamentale è proprio la *formula*. Dobbiamo studiare quali sono le parti di questa *formula*, tenendo conto che ancora siamo nell'*ordo iudiciorum privatorum* e quindi il giudice è un cittadino privato: essa è composta da più parti, alcune spettanti al titolare dell'*actio* (**actor**) e alcune al convenuto, cioè al soggetto inadempiente che non ha rispettato l'obbligo (**reus**).

Le parti della *formula* sono:

1) INTENTIO: parte della formula in cui l'*actor* (titolare dell'*actio*) espone la propria pretesa.

La definizione di *intentio* è piuttosto semplice, perché **Gaio** ce ne dà la spiegazione: *intentio est ea pars formulae, in qua actor desiderium suum concludit* (la parte della formula in cui l'attore espone ciò che vorrebbe ottenere). La *intentio* può essere di due tipi diversi:

- a) *intentio certa*:** l'*actor* espone la pretesa e il titolo su cui la pretesa si formula. In concreto, si scrive che Tizio chiede 50 sesterzi a Caio e il titolo con cui può chiederli, cioè il motivo.
- b) *intentio incerta*:** l'*actor* espone la pretesa, senza il titolo. Si scrive solo che si chiedono 50 sesterzi a Caio, senza spiegare il motivo. Quando la *intentio* è incerta, la formula presenta una seconda parte, che si chiama ***demonstratio***, cioè il titolo su cui si fonda la pretesa (come il mutuo).

Si sta rendendo quindi più articolato anche il sistema processuale. L'*actor*, per strategia processuale, sceglie se usare subito una *intentio certa* oppure una *intentio incerta*. Quando la formula è composta solo da *intentio*, si dice *praeiudicium*: era una azione di solo accertamento.

- 2) EXCEPTIO: sono le ragioni giustificatrici del *reus*.** Ci sono ragioni dell'attore, ma ci sono anche ragioni del convenuto. Il rigore formale dei formulari, quindi, qui non c'è più. Non era una parte sempre presente, come anche la *praescriptio* e l'*arbitrus de restituendo*.
- 3) CONDEMNATIO: parte della formula in cui *actor* e *reus* scelgono il giudice privato e gli attribuiscono il potere di emanare la *sententia*. Una volta scelto il giudice privato, se ne accetta la decisione senza possibilità di una richiesta di riesame della sentenza.** Può essere ***cum taxatione*** o ***sine taxatione***: con un limite di condanna oppure senza un limite di condanna. Si sceglievano per esempio insegnanti di diritto di elevata importanza. Anche oggi, almeno **in teoria**, la decisione di un cittadino privato (lodo arbitrale) non può essere riesaminata o impugnata. Abbiamo detto "in teoria", perché ovviamente non si può sganciare totalmente dal controllo statale e quindi il giudice pubblico può esaminare se tutti gli elementi del processo sono stati rispettati.

Man mano che Roma si evolve e con lei diventano più complessi i casi da decidere, nasce una sorta di **albo in cui sono elencati i nomi di alcuni esperti di diritto**. Nelle fasi iniziali, invece, poteva essere chiunque, ma era comunque un giudice imparziale, perché siamo in una fase arcaica in cui c'è un forte rispetto tra i consociati. In ogni caso, con lo sviluppo del diritto romano, tra i *quasi delitti* si aggiunge proprio quello dell'imparzialità del giudice.

4) Adiudicatio (aggiudicazione): si tratta di una parte della formula che non è sempre presente, perché viene utilizzata solo nel caso di giudizi divisori, specialmente di divisione dell'eredità, divisione dei beni comuni tra comproprietari e divisione dei confini.

La formula con sola *intentio* e *condemnatio* si chiama ***Actio certae creditae pecuniae***, per tutelare i crediti derivanti da mutuo.

Le parti che non erano sempre presenti erano:

- ***Exceptio***
- ***Praescriptio***: serviva a evitare che venissero dedotte in giudizio pretese che non si volevo venissero dedotte. Esistevano *pro actore* e *pro reo*.
- ***Arbitrus de restituendo***: era la clausola arbitraria che serviva per ottenere la restituzione della cosa controversa e ovviare alla natura pecuniaria della condanna. Il giudice aveva ampia discrezionalità.

Si tratta quindi di una tipologia di **inizio del processo** decisamente diversa dalla tipologia orale e rigorosamente formale della fase arcaica, che non era più adatta per le esigenze dei cittadini romani. Nel processo formulare si distinguono due fasi: la fase *in iure* e fase *apud iudicem*. La fase *in iure* è quella che si svolge davanti al pretore, il quale deve decidere se concedere o non concedere l'*actio* (rispettivamente *datio actionis* e *denegatio actionis*), e solo in caso di concessione dell'*actio* si passa alla fase *apud iudicem*, che è la fase che si svolge davanti al giudice. Se l'esito della fase *in iure* è la concessione dell'*actio*, l'esito della fase *apud iudicem* sarà la *sententia*. La fase che separa le due si chiama *litis contestatio* (fase intermedia in cui viene formulata in modo definitiva la domanda sottoposta al giudice, oggi chiamata udienza di precisazione delle conclusioni).

Nel caso di responsabilità contrattuale, nella *intentio* si iscrive il nome di un *paterfamilias*. Ma se siamo di fronte a un tipo di responsabilità adiettizia o nossale, si iscrive nella *intentio* il nome del sottoposto, ma nella *condemnatio* si mette il nome del *paterfamilias*. Per questo cambio, la formula prende il nome di **formula con trasposizione di soggetto**. In questo caso notiamo quanto si è trasformato il processo dalla fase arcaica a quella classica, dato che rispetto alla formula rigorosa delle *legis actiones* si è passato perfino a un mutamento del soggetto all'interno del processo. Questo tema è importante per capire ancora una volta che il rigore formale tipico del processo *per legis actiones*, che ti faceva perdere se sbagliavi una sola parola, è totalmente sparito. In questo modo la condanna grava solo sul *paterfamilias*.

Classificazione delle azioni nel processo formulare

La formula con trasposizione di soggetti fu la base per la classificazione delle formule e delle azioni da parte di **Gaio**.

La formula costituisce infatti l'applicazione dell'azione, che era appunto la premessa per aprire un processo.

- 1) **Azioni *in rem*/azioni *in personam***: quelle *in rem* sono a tutela dei diritti soggettivi che possono essere fatti valere contro tutti i consociati. È proprio per questa denominazione che i diritti soggettivi, in questo caso, si chiamano anche diritti reali. Quelle *in personam* sono a tutela dei diritti soggettivi che possono essere fatti valere contro una persona determinata. Ci troviamo di fronte ai diritti soggettivi relativi.
- 2) **Azioni *in ius*/azioni *in factum***: quelle *in ius* si basano su una norma di diritto civile e sono quindi le azioni civili. Quelle *in factum* non si basano su una norma giuridica, perché non esiste norma che tuteli il caso in esame: ma se il cittadino merita tutela, interverrà il pretore: sono quindi le azioni onorarie per eccellenza (tra le azioni onorarie, infatti, esistevano anche le *actiones utiles*, cioè le azioni civili adottate dal pretore a fini diversi da quelli per cui erano previste).
- 3) **Azioni *poenales*/azioni *reipersecutoriae***: sono azioni penali quelle che si possono esperire contro chi ha commesso un illecito privato, civile o pretorio e sono volte a infliggere una *poena*, che spetta all'attore a titolo di **riparazione del torto**. La somma di denaro pagata, visto che a Roma le sanzioni erano prevalentemente di natura pecuniaria, per le ipotesi di compimento di delitto, prende il nome di ***poena***. Sono *reipersecutoriae* quelle rivolte a **reintegrare un interesse leso**: per esempio, in caso di furto nascevano sia l'*actio furti* (penale) esperita per infliggere al ladro una pena, sia un'*actio reipersecutoria* con cui il derubato poteva riottenere la cosa sottrattagli o il suo equivalente in danaro.

Cognitio extra ordinem

Ottaviano Augusto (dal 27 a.C.) e gli imperatori dopo di lui non potevano lasciare nelle mani di un cittadino privato l'esercizio della funzione giurisdizionale, così comincia il periodo della **Cognitio extra ordinem**. Sono due le caratteristiche fondamentali di questa nuova tipologia di processo:

- 1) il processo è **pubblico** poiché il giudice è l'imperatore;
- 2) è possibile ricorrere all'**appellatio**: riesame della sentenza.

Sono due facce della stessa medaglia, perché, se non posso più scegliere il giudice, deve essere per forza introdotto un riesame delle decisioni. Come si evince da una lettura delle costituzioni imperiali del **codice di Teodosio**, ma non solo, il fine del governo è proprio quello di creare **un giusto processo, che persegua la giustizia e la verità**.

C'è una trasmissione del potere dall'imperatore (considerato il sommo giudice) ai suoi delegati, perché egli da solo non può, chiaramente, risolvere tutte le controversie; questo fenomeno prende il nome di **delega di giurisdizione**. I giudici sono giudici delegati **vice sacra**, cioè al posto dell'imperatore (comparabile al processo odierno in cui le sentenze sono espresse "in nome della popolo italiano").

La preoccupazione per **la durata eccessiva di un processo** era comunque già presente all'epoca, poiché i processi erano irragionevolmente lunghi, così si posero dei limiti.

Da un punto di vista sociale, la società si è evoluta, dato che tutti i sudditi dell'impero sono considerati cittadini, e si è dunque superata la distinzione giuridica tra cittadini e stranieri.

GRADI DI GIURISDIZIONE:

- 1) **Governatori delle province (giudici di primo grado)**: in ogni provincia romana c'era un governatore *vice sacra* a cui l'imperatore aveva affidato il potere giurisdizionale. Essi non erano scelti dai privati, il che conduce alla necessità di introdurre altri gradi di giurisdizione. I governatori sono sparsi per la totalità dell'estensione geografica dell'impero, garantendo accesso alla giustizia in ogni territorio dell'impero.
- 2) **Vicari (giudici di secondo grado)**: sono i giudici d'appello, chiamati così per *l'appellatio*, appunto. Intervengono quando le decisioni dei giudici di primo grado sono ritenute ingiuste da una delle parti ed è richiesto un **riesame**. I vicari sono geograficamente più vicini al centro del potere, non si trovano in tutte le province come i governatori. L'esito di questa riesaminazione, in modo analogo al processo di primo grado, è una *sententia*.
- 3) **Tribunale imperiale**: occorre che il cittadino avesse, almeno teoricamente, la possibilità di accedere al terzo grado di giudizio, rappresentato dall'imperatore in persona, che doveva assicurarsi che il cittadino si sentisse tutelato sapendo che poteva arrivare in qualsiasi momento al terzo grado, quanto meno a livello teorico. Chiaramente l'imperatore, in particolare nelle fasi finali dell'impero, aveva moltissime responsabilità, in gran parte militari, non aveva il tempo per riesaminare ogni controversia. Per questo si sono posti delle condizioni per accedere ai gradi superiori del processo.

Il cittadino romano soccombente poteva passare per questi tra gradi, questo a livello puramente teorico, perché non tutte le sentenze potevano passare al secondo grado, così come non tutte potevano passare per il terzo. Anzi, nel concreto, era molto difficile che ci arrivassero, poiché c'erano

varie condizioni necessarie. In caso non ci fossero state queste condizioni, la divisione in gradi di giurisdizione non avrebbe avuto senso, poiché tutte le decisioni finali sarebbero comunque spettate all'imperatore.

L'introduzione di un sistema processuale di tre gradi dimostra la complessità della società e l'ordinamento giuridico romano nelle fasi finali della sua storia. Gli appelli al vicario sono in materia di merito, ovvero di contestazione nel momento delle controversie, mentre l'appello al tribunale imperiale è esclusivamente per un **controllo di legittimità** (*in detrimentum legum*, in violazione delle leggi, tradotto direttamente nel CPC per i ricorsi in Cassazione), ovvero un controllo della conformità della sentenza alle leggi imperiali (proprio come i ricorsi in Corte d'Appello e Corte di Cassazione oggi).

CONDIZIONI PER RECARSÌ DAI VICARI

L'accesso alla giustizia è garantito in modo formale, ma nella sostanza è molto complicato percorrere i gradi di giurisdizione. Ci due metodi con cui l'imperatore in sostanza rende difficoltoso l'accesso ai gradi superiori di giurisdizione:

1) Il procedimento dell'appello:

- a. l'*appellatio* si presenta al giudice inferiore (primo grado – *iudex a quo*)
- b. esprime una *opinio* sull'appellatio (quasi sempre negativa), su cui pende la trasmissione del fascicolo al vicario (*iudex a quem*)
- c. in caso di *opinio* favorevole, il fascicolo è trasmesso al vicario

- 1) **Tempi di impugnazione:** *eodem die vel altero* - stesso giorno o il giorno successivo all'emanazione della sentenza. Entro il giorno stesso quando si sta in giudizio da soli, entro il giorno successivo quando si è rappresentati da un avvocato, la cui presenza è segno dell'articolazione maggiore dell'ordinamento giuridico in epoca imperiale. Le distanze, non percorribili alla velocità con cui le percorriamo oggi, possono dare un'idea della difficoltà di impugnazione da parte dei cittadini. **Giustiniano** riferisce che questo termine per l'appello è troppo ristretto (si parla proprio di **acerbitas** - brevità), quindi lo eleverà a 10 giorni (novella 23), che sono sempre pochi, ma è un progresso. Non si distingue più tra chi sta in giudizio da solo e chi con un avvocato, perché ormai tutti hanno un avvocato. Questa misura è presentata per promuovere un accesso più concreto a tutti i gradi della giustizia.

2) Casi di non-impugnabilità delle sentenze:

- a) Sentenze di **natura fiscale** (una sentenza che obbliga un cittadino a pagare le tasse);
- b) Sentenze per gli **atti illeciti più gravi**: omicidio, adulterio;
- c) Sentenze aventi per oggetto un **accertamento in tribunale**
- d) Sentenze di primo grado rese su **prove incontrovertibili**, che non possono cioè essere discusse (orali e documentali). È il giudice di primo grado stesso a decidere se le prove sono inoppugnabili o meno.

- 3) **Modo di impugnazione:** l'appello va proposto al giudice che ha emanato la sentenza di primo grado, il quale deve decidere se trasmettere o meno l'appello al giudice superiore. Deve esprimere una **opinio**, che può essere:

- a) Favorevole → si può andare dai vicari;
- b) Sfavorevole → il giudice conferma la fondatezza della sua decisione e rende la sentenza definitiva, il che avveniva nella maggior parte dei casi, cosa che rendeva possibile quasi solo teoricamente arrivare al secondo o al terzo grado. Questo era

però un modo molto efficace per allontanare l'imperatore da problemi dell'amministrazione della giustizia, per occuparsi piuttosto di problemi politici e economici, come le invasioni barbariche, per esempio. Occorre tenere l'imperatore lontano dalla **magnitudo urgentium negotiorum** (come scrisse lo storico **Ammiano Marcellino** nel IV secolo d.C.), ovverosia dai problemi dei singoli cittadini. Era, inoltre, uno dei modi previsti per impedire che il processo diventasse troppo lungo.

CONDIZIONI PER APPELLARSI AL TRIBUNALE IMPERIALE

Sebbene le fonti siano tutt'altro che perspicue, lasciano intravedere, con una certa sicurezza, che il riesame da parte dell'imperatore della controversia in terzo grado fosse possibile non in ogni caso, ma fosse previsto esclusivamente nel caso di violazione di norme di legge nell'emanazione della sentenza, tanto di primo, quanto di secondo grado: l'impugnazione al principe era ammessa per il caso di pronunce rese *in detrimentum legum*. Possono quindi arrivare al tribunale imperiale solo le sentenze che hanno violato le **norme di legge, in detrimentum legum** (in violazione delle leggi): Si trattava, in sostanza, di una forma di impugnazione che riecheggia le ipotesi del moderno ricorso avanti la Suprema Corte di Cassazione.

Mentre dal primo al secondo grado vi è **un controllo di merito** (si controllano documenti e testimoni), nel terzo grado c'è solo **un controllo di legittimità**, non si entra nel merito, ma si valuta **la corretta interpretazione delle norme giuridiche**, il che non poteva che essere fatto da colui che aveva emanato le norme giuridiche, cioè dall'imperatore. Dopo questo controllo di legittimità la sentenza o viene annullata o diventa definitiva, poiché è stata emessa dal sommo giudice, dall'imperatore.

Si deve quindi dimostrare che il vicario, il giudice vice sacra dell'imperatore, ha applicato le norme in modo scorretto, il che, in pratica, rende il raggiungimento del terzo grado quasi impossibile, sebbene dal punto di vista teorico non ci siano problemi.

Ci sono conseguenze per i vicari che non applicano correttamente le norme giuridiche: viene loro tolto l'incarico.

Anche oggi il nostro sistema prevede tre gradi:

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

STRUMENTI ALTERNATIVI PER APPELLARSI AL TRIBUNALE IMPERIALE

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

- 1) **Supplicatio**: invocazione all'imperatore quando la sentenza che prevedeva la condanna a morte, la pena più grande, era divenuta definitiva (erano stati percorsi i vari gradi di giudizio o non era stato fatto appello nei tempi previsti). Le fonti ci dicono che a volte, di fronte a suppliche strazianti, l'imperatore aveva deciso di sospendere la pena capitale. **Oggi l'istituto della grazia**, concesso dal Presidente della Repubblica, può rendere nulla la condanna all'ergastolo.

- 2) ***Consultatio ante sententiam***: non è il cittadino che si rivolge all'imperatore: è il giudice che ha un dubbio su quale norma applicare al caso che sta decidendo. Con una *consultatio* il giudice trasmette il fascicolo all'imperatore chiedendogli di pronunciarsi. L'imperatore risponde al giudice indicando la norma da applicare. Questa risposta al *dubium* che ha il giudice si chiama ***rescriptum***. Oggi, se un giudice ha il dubbio circa la costituzionalità di una norma giuridica che deve applicare ad un caso concreto, si rivolge alla Corte Costituzionale, che opera nel Palazzo della Consulta, a Roma.

Siamo nell'epoca postclassica e si presenta in tribunale il caso di una vedova, chiamata **Ipazia**, che aveva deciso di lasciare il proprio patrimonio a un chierico con il quale la donna si era unita in un rapporto personale dopo la morte del marito. I figli della vedova, niente affatto d'accordo con la decisione della madre, si rivolgono al tribunale di primo grado per far annullare il testamento della madre che aveva lasciato tutti i beni al religioso. Il governatore raccoglie i documenti, sentite le parti e nel momento di valutare la sentenza (efficacia o inefficacia del testamento) si fa assalire da un *dubium* su quale norma applicare al caso concreto, perché nel codice teodosiano si rinvenivano norme apparentemente in contrasto sulla successione ai religiosi (d'altronde, perché c'erano alcuni imperatori cristiani cattolici che ammettevano che potessero essere successori anche i religiosi e altri imperatori non cattolici che credevano di no): il giudice porta allora il fascicolo sul tavolo dell'imperatore con la *consultatio ante sententiam*. Le fonti ci dicono che l'imperatore ne esamina il contenuto, e in particolare il testamento, e dopo una ponderazione delle diverse posizioni, il testo latino scrive che l'imperatore *testamentum suum confirmavit*: questo è contenuto nel *rescriptum*. ***Dubium e rescriptum*** sono quindi due parole fondamentali in tutti i casi di *consultatio ante sententiam*: il fascicolo col *rescriptum* viene poi restituito al governatore. Il governatore emette così la *sententia*.

Ma non tutti gli studiosi del diritto romano la pensano così, non tutti sono d'accordo su questo schema. Gli studiosi che si occupano di questo tema scrivono che in realtà, una volta che l'imperatore risolve il *dubium*, il suo *rescriptum* diventa la *sententia*.

Eppure, ci sono due controargomentazioni a questa tesi:

- **nelle fonti non troveremmo la parola "*rescriptum*"**
- **il cittadino, dopo una sentenza emanata dall'imperatore, non avrebbe più la possibilità di appellarsi**. Le fonti, tuttavia, ci raccontano di casi in cui i condannati si appellarono.

Il tema del riesame della sentenza troverà ulteriori sviluppi nella riflessione sul diritto romano e verranno introdotti alcuni istituti che permetteranno altri tipi di riesame:

- il riesame di un provvedimento amministrativo (come la nomina ad una carica pubblica): parliamo in questo caso di ***querella/querela***.
- il riesame di una cartella esattoriale: parliamo in questo caso di ***discussor*** (con un giudice che si chiamerà *discussor*).

LA RES IUDICATA

La *sententia*, cioè la decisione della controversia, diventa definitiva in due casi:

- quando sono già stati **percorsi tutti i gradi di giurisdizione**: una sentenza resa dalla somma autorità non può più essere posta a riesame;
- quando **una sentenza non è stata appellata nei termini**: se io ho subito una sentenza negativa e non ho appellato nei termini, la sentenza non può più essere riesaminata.

La *sententia* definitiva diventa così **res iudicata**, un concetto che anche oggi è alla base dell'ordinamento. La *supplicatio* può essere rivolta all'imperatore solo nei casi di *res iudicata*.

Validità delle leggi nell'epoca postclassica

Dopo la divisione dell'Impero in occidentale e orientale si presenta il dubbio se è presente una separazione netta tra la disciplina nelle due fazioni dell'impero. Ci sono divisioni tra gli studiosi: la maggioranza sostiene che ciascun imperatore sia *domini et deus* del suo regno, altri invece sostengono che il processo rimane uguale senza intervento diverso degli imperatori delle due fazioni, basandosi su ragioni storiche, e sul fatto che le costituzioni riguardanti il processo che rimangono effettivamente unite nella disciplina dell'impero occidentale, salvo una piccola percentuale riguardante la sola parte orientale.

Lodo arbitrale nella *cognitio*

Nella *cognitio*, è possibile immaginare anche casi di lodo arbitrale. Nella *cognitio* il giudice è rappresentato dall'imperatore o dai giudici *vice sacra*. Gli interventi privatistici ci sono, ma le decisioni del giudice privato non si chiama *sententia* ma si chiama lodo arbitrale, che anche oggi è definito tale. Ma questo è possibile solo quando il giudice privato svolge solo un'attività tecnica: il giudice privato non ha un potere decisionale, ma solo competenze specifiche che il giudice non ha. Nel nostro ordinamento il giudice, che non è un cittadino privato, qualche volta è chiamato a risolvere questioni di carattere tecnico e quindi prevalentemente di carattere numerico. Il **giudice privato aiuta quindi il giudice riguardo a questioni tecniche di cui il giudice pubblico non è competente: oggi si chiama consulente del giudice.**

Le fonti romane ce ne parlano sia nel *Digesto*, sia nel *Codex*: il Codice, per esempio, ci dice che il giudice privato non ha una sua propria giurisdizione (*qui propriam iurisdictionem non habent*): la sentenza può quindi essere emessa solo dal giudice pubblico.

I DIRITTI REALI

Abbiamo imparato che ci sono diritti soggettivi che si fanno valere nei confronti di una sola persona o di un gruppo determinato di persone (diritti obbligatori o relativi) e finora abbiamo studiato proprio questi.

Ma abbiamo accennato che accanto a questi esistono diritti soggettivi che si fanno valere nei confronti non di una sola persona determinata nel momento del sorgere del vincolo obbligatorio, ma di tutti i consociati, cioè i **diritti che si fanno valere *erga omnes***, che devono essere distinti dai diritti relativi o obbligatori e che quindi si chiamano **diritti assoluti o diritti reali** (che nella legge attuale è discusso nel Libro III del Codice civile).

Se abbiamo fatto tesoro di quello che abbiamo imparato sui diritti obbligatori, dobbiamo fare altrettanto di quello che impareremo a proposito di questi diritti assoluti.

Ci sono quindi altri diritti soggettivi per i quali **non si sa nei confronti di chi potrà eventualmente rivolgersi l'azione**, perché non si sa chi eventualmente violerà l'obbligo. È quindi questa una primissima caratteristica fondamentale. Tutti, quindi, devono rispettare il diritto del titolare di un diritto reale.

Quando si ha un legame particolarmente stretto con la *res*, pertanto, questo diritto si può far valere verso tutti. **Meum esse** era l'espressione usata fin dalle primissime fasi dello sviluppo di Roma per identificare questo stretto rapporto con la *res* che poteva essere fatto valere verso tutti i consociati, un diritto che nelle fonti rientrava nella categoria definita **ius in re propria**, un'espressione utilissima anche per il diritto positivo: questo aggettivo *propria* ci fa capire come siamo arrivati a parlare di proprietà. Colui che esercita un diritto reale su un bene può disporre in modo pieno e assoluto di esso (anche distruggendolo). Si è poi arrivati a distinguere questo diritto dallo **ius in res aliena**. **Meum esse** era un'osservazione empirica della forza che si aveva sulla *res*. Ma quando i giuristi romani dell'epoca classica parlano nelle fonti della categoria di *ius in re propria*, per definire questo **meum esse** usavano l'espressione **dominium ex iure Quiritium** (la proprietà, cioè "il dominio secondo il diritto dei Quiriti, secondo il diritto degli antichi"). Questo dominio è la premessa per quello che oggi chiamiamo **proprietà**.

La definizione di obbligo rimane uguale sia nei diritti assoluti che relativi: la posizione giuridica passiva nei confronti di un obbligo, ma cambia rispetto all'identità dell'obbligato, e cambia nella forma e il contenuto dell'*actio* (*actio in rem* e *actio in personam*, eg. *actio mutui*).

Classificazione delle res

Ma quali sono le categorie di *res* sulle quali i Romani potevano esercitare uno *ius in re propria* (esercitato *erga omnes*)? La distinzione sicuramente più importante è la seguente:

RES MÀNCIPI/RES NEC MÀNCIPI: il *mancipium* è un potere che si esercita escludendo tutti gli altri. Come prima osservazione, dobbiamo dire che **le res Mancipi sono quelle di maggiore importanza sociale dal punto di vista dell'economia arcaica. Le res nec Mancipi sono quelle di minore importanza sociale.** L'elenco di *res Mancipi* ci viene fatto da Gaio nelle sue *Istituzioni*, in particolare al passo 14° del commentario II:

1. **gli animali da tiro e da soma;**
2. **i fondi sul suolo italico**, cioè nei terreni della originaria *civitas*;
3. **gli schiavi;**
4. **le antiche servitù rustiche**, quelle che per esempio regolavano lo scolo dell'acqua da un fondo verso un altro.

Queste quattro ci danno la prova dell'origine antica della distinzione.

Tutte le altre *res* sono invece *res nec Mancipi*. Noi oggi indicheremmo tra le *res Mancipi* anche il denaro, ma nell'arcaica Roma non era considerato un bene così importante. È importante parlare di questo perché accanto alla classificazione delle *res*, il diritto romano ci spiega che proprio **a seconda della maggiore o minore importanza, cambiano i modi in cui queste cose vengono trasferite**. Più sono importanti i beni da trasferire, più saranno formali i modi di trasferimento del diritto di proprietà. Anche nel nostro ordinamento ci sono beni di particolare importanza che necessitano di atti di trasferimento più complessi e importanti (come gli immobili): questa distinzione era sentita a Roma, proprio perché ci si chiedeva quali fossero i metodi di trasferimento.

Esistono anche altre distinzioni importanti tra le *res*:

- **res privatae - res publicae:** le prime sono quelle che possono appartenere ai privati; le seconde sono quelle che possono appartenere allo Stato (che implica uno sviluppo sociale importante rispetto alla situazione arcaica in cui il *pater familias* stesso svolgeva parte delle funzioni dello Stato).

- **res divini iuris - res humani iuris**: le prime sono quelle che possono appartenere alle divinità, mentre le seconde possono appartenere ai privati. Le *res divini iuris*, come ci spiega **Gaio** all'inizio del secondo commentario, si dividono a loro volta in:
 - **res sacrae**: che appartengono agli dèi superi, cioè agli dèi celesti o terrestri. Per esempio, i templi, gli altari e gli oggetti di culto.
 - **res religiosae**: che appartengono agli dèi Mani, cioè le anime degli antenati defunti che albergavano nell'oltretomba. Per esempio, le tombe.
 - **res sanctae**: le mura e le porte delle città.
- **res corporales - res incorporales**: sono *corporales* le *res quae tangi possunt* (quelle che possono essere toccate); sono *incorporales* le *res quae tangi non possunt* (che non possono essere toccate). Si tratta di una distinzione utile anche nel diritto positivo e ci dice che anche gli stessi diritti, in quanto incorporali, possono essere oggetto di valutazione patrimoniale.
- **res mobiles - res immobiles**: le seconde sono quelle saldamente ancorate al terreno, mentre le prime sono non saldamente ancorate al terreno.
- **res quae usu consumuntur - res quae usu non consumuntur** (consumabili e inconsumabili): sono consumabili le cose che possono essere utilizzate solo una volta dalla persona che ne dispone perché usandole le distrugge o comunque le trasforma.
- **res quae pondere numero mensura constant**: cose che si possono pesare, contare, misurare: le cose fungibili. Sono cose fungibili quelle che possono essere sostituite da altre della medesima specie. Le cose fungibili sono in genere consumabili.
- **res quae sine interitu dividi possunt - res quae sine interitu dividi non possunt** (divisibili e indivisibili): sono divisibili quei beni che possono essere divisi materialmente senza perire e senza subire pregiudizio economico di una certa entità, indivisibili gli altri.

LA PROPRIETÀ

Modi di acquisto di una res

Dobbiamo quindi preliminarmente occuparci del tema dei modi di acquisto di una *res*, che permettevano di esercitare su questa *res* un diritto reale. I Romani ci avvertono che essere titolari di un diritto reale nella prima fase di Roma vuol dire essere titolari del diritto di proprietà (*meum esse o dominium ex iure Quiritium*).

Si acquista una *res* a titolo originario o a titolo derivativo, distinzione che trae origine dall'importanza che i Romani danno alla posizione giuridica del cittadino per potergli dire quando è titolare di un diritto reale di una *res*.

- **Originario**: è un modo d'acquisto che non prevede una relazione col precedente proprietario;
- **Derivativo**: è quello che prevede una relazione col precedente proprietario.

Titolo originario

L'ipotesi dell'origine storica di questa categoria è IL BOTTINO DI GUERRA: divento proprietario delle *res* del mio nemico quando vinco la battaglia. Nel corso del tempo si aggiungono altre ipotesi, tra le quali si distinguono:

- I. OCCUPAZIONE DELLA *RES NULLIUS*: si ritenne che potessero essere occupati, oltre agli **animali selvatici** (*ferae bestiae*), gli **animali inselvatichiti** che erano appartenuti a qualcuno, da cui si erano allontanati senza dimostrare intenzione di tornare. Potevano essere occupate anche le **res derelictae**, vale a dire le cose abbandonate dal proprietario.

- II. ACQUISTO DEL TESORO: il tesoro è un vecchio deposito di *pecunia* di cui non resta memoria, così che non abbia più padrone. Secondo i principi romani, poiché la proprietà di un terreno si estendeva *usque ad sidera et usque ad inferos*, in linea di principio esso apparteneva al proprietario del suolo. Sembrava giusto concedere qualche diritto a colui che aveva trovato il tesoro. **Adriano** propose la soluzione: se trovato casualmente, il tesoro spettava per metà all'inventore e per metà al proprietario del terreno. Se le ricerche erano state predisposte dal proprietario, la proprietà era esclusivamente sua.
- III. ACCESSIONE: due cose, che appartengono a proprietari diversi, si uniscono e vengono a formare una cosa sola. Si ritiene che la cosa nuova spetti al proprietario della cosa principale. Esempi sono la **scriptura** (accessione dell'inchiostro al materiale scrittorio), la **textura** (accessione del filo al tessuto) e la **ferruminatio** (accessione di un pezzo di metallo a un altro pezzo più grande dello stesso metallo: il bronzo usato per rifare la gamba di una statua, per esempio). Esistevano anche casi di accessione di cosa mobile a cosa immobile come la *satio* (semina), *plantatio* (piantagione) e la *inaedificatio* (costruzione di edificio).
- IV. INCREMENTI FLUVIALI: le acque del fiume aumentano l'estensione di una proprietà che affaccia sul fiume o perché portano con sé sabbia e detriti che prosciugano parte del letto (alluvione) o perché trasportano un pezzo di terreno staccato dalla zona superiore (avulsione). Si distinguono in questo caso i **fondi limitati** dai fondi **arcifinii**. Sono limitati i fondi che hanno un confine anche sulla parte del fiume: in questo caso il fondo non si accresce della nuova porzione. Sono **arcifinii** i fondi che, dal lato del fiume, trovino in questo il loro confine: la proprietà in questo caso si estende automaticamente sul nuovo terreno.
- V. SPECIFICAZIONE: trarre da una materia una nuova *species*, vale a dire una cosa nuova e diversa, un oggetto di un nuovo tipo, come un vestito fatto dalla lana. La proprietà spettava al proprietario della materia se questa poteva essere ripristinata dal nuovo oggetto, in caso contrario allo specificatore.
- VI. CONFUSIONE o COMMISTIONE: si verificano quando si uniscono quantità di materie che possono essere mescolate (liquidi o derrate, per esempio), appartenenti a diversi proprietari. Si riteneva che alla proprietà individuale di ciascuno si sostituisse una proprietà comune sull'insieme, per una quota corrispondente alla quantità di bene individuale in essa confuso.
- VII. AGGIUDICAZIONE: si verificava nei giudizi divisorii. Il giudice, con l'*adiudicatio*, divideva un bene comune facendo le parti tra coloro che ne avevano chiesto la divisione. Con l'aggiudicazione si aveva la sostituzione di una proprietà in comune con tante proprietà solitarie.
- VIII. *LITIS AESTIMATIO*: è un modo processuale di acquisto della proprietà. Il nuovo diritto di proprietà sorgeva quando il giudice, avendo riconosciuto il diritto dell'attore sulla cosa rivendicata e non potendo ordinare al convenuto di restituirla lo condannava a pagare una somma di denaro, corrispondente al valore della cosa. Pagando la somma, il convenuto acquistava la proprietà della cosa.
- IX. ACQUISTO DEI FRUTTI: erano considerati i frutti ciò che veniva prodotto dal suolo, dagli alberi, e dagli animali, la legna derivata dal taglio dei rami degli alberi e la lana tagliata a mano dalla pecora. Era considerato frutto anche il canone per la locazione o il godimento di un immobile, ma non l'interesse del denaro dato in prestito. Appena staccato dalla cosa madre, il frutto diventava oggetto di proprietà e tale diritto spettava al proprietario della cosa madre. Coloro che avevano un diritto sulla cosa fruttifera potevano diventare proprietari dei frutti, ma solo mediante apprensione della cosa medesima. Quando oggetto

dell'usufrutto era una schiava, tuttavia, i suoi figli erano un bene troppo prezioso perché il proprietario della cosa madre vi rinunziasse. Questo diede vita a una lunga discussione, che venne risolta stabilendo che il parto della schiava non fosse un frutto.

Un caso a sé: l'usucapione (né originario né derivativo)

- **USUCAPIONE:** si acquista la proprietà mediante l'**usus continuativo della res da parte di un cittadino**. Dev'essere un *usus* per un anno per le cose mobili e di due anni per le cose immobili (nell'epoca classica, poi si evolve a un termine uguale al nostro, ventennale, a pari passo con lo sviluppo sociale dell'Impero). Il diritto reale, secondo i romani, se non viene esercitato e altri lo esercitano al posto mio, non merita più tutela dall'ordinamento. Non è sufficiente il disinteresse del proprietario, ma è importante il disinteresse di fronte al possesso che altri hanno sulla mia *res*. Si tratta di una conseguenza importantissima, che nel nostro ordinamento ha portato a elevare i termini per l'usucapione. **Bisogna chiedersi se può essere ricompresa tra titolo originario o titolo derivativo.** I giuristi romani discutono a lungo di questa classificazione e alcuni la ricomprendono negli uni e negli altri. Sta a noi esprimere la nostra opinione a riguardo. Certo si può dire che l'usucapione è, in effetti, molto diversa dal bottino di guerra: nel caso del bottino di guerra, non c'è nessun disinteresse da parte dei soldati che cercano di difendere la *res*; al contrario, nell'usucapione c'è un disinteresse da parte del proprietario.

È **Gaio** che ci parla dei modi di acquisto della proprietà, perché lui stesso riconosce l'importanza di un diritto che permette di escludere tutti gli altri.

Titolo derivativo per res Mancipi

- I. **MANCIPATIO:** si tratta di una cerimonia che si svolgeva a Roma che coinvolge vari soggetti, proprio per l'importanza che nell'originario diritto romano aveva la posizione del titolare di uno *ius in re propria*. Questa cerimonia si svolgeva alla presenza del venditore, del compratore, e un soggetto che si chiama *libripens*, che tiene in mano una bilancia (*libra*) sul cui piatto veniva posto un pezzo di bronzo (*aes*) che veniva usato per indicare il corrispettivo da pagare per il trasferimento della *res Mancipi*. L'importanza della posizione di essere titolari di uno *ius in re propria* faceva sì che ci fossero anche, secondo le fonti, almeno cinque testimoni. Questa ovviamente è una compravendita tipica di una fase in cui le compravendite come contratto non sono certo frequenti. Più si risale nel tempo, più il formalismo caratterizza tutti gli istituti. Possiamo definire questa cerimonia come una cerimonia "per bronzo e bilancia" e allora questa cerimonia ci fa dire che questo è un ***negotium per aes et libram***, un negozio per bronzo e bilancia. Sebbene possa apparire strano, la *mancipatio* non è l'unico istituto per *aes et libram*, quindi dobbiamo imparare che questa cerimonia non si verifica solo nella *mancipatio*, ma anche per altri istituti. **Gaio 1.119-120: 119:** *La mancipatio, come abbiamo detto sopra, è una vendita fittizia (imaginaria venditio): è un diritto proprio dei cittadini romani e si svolge in questo modo: riuniti non meno di cinque testimoni cittadini romani puberi e insieme ad un altro della medesima condizione, che tiene tra le mani una bilancia, chiamato libripens. Colui che riceve la res Mancipi, tenendo la res dice così: DICHIARO CHE QUESTO UOMO MI APPARTIENE SECONDO IL DIRITTO DEI QUIRITI. EGLI MI SIA ACQUISTATO CON QUESTO BRONZO E CON QUESTA BILANCIA DI BRONZO; quindi, con il bronzo percuote la bilancia e lo consegna a colui dal quale riceve la cosa, come se fosse il prezzo. 120: In questo modo si mancipano le persone libere e di*

condizione servile; così come gli animali, che sono *res Mancipi*, tra i quali: buoi, cavalli, muli, asini; così i fondi tanto urbani quanto rustici, i quali sono anch'essi *res Mancipi*, per esempio i fondi italici, che si suole *mancipare* nello stesso modo.

- II. **IN IURE CESSIO** (fase classica - usata anche per le *res nec Mancipi*): era possibile utilizzare anche questo istituto, che possiamo capire solo se ripensiamo al processo. Il processo che veniva utilizzato nella fase classica, dopo che le *legis actiones in odium venerunt*, era il processo formulare. Nel processo formulare si distinguono due fasi: la fase *in iure* e fase *apud iudicem*. La fase *in iure* è quella che si svolge davanti al pretore, il quale deve decidere se concedere o non concedere l'*actio* e solo in caso di concessione dell'*actio* si passa alla fase *apud iudicem*, che è la fase che si svolge davanti al giudice. Se l'esito della fase *in iure* è la concessione dell'*actio*, l'esito della fase *apud iudicem* sarà la *sententia*. La fase che separa le due si chiama *litis contestatio*. Questo modo di trasferimento consiste nel cedere il proprio diritto nella fase *in iure* del processo: cedere significa rinunciare a far valere i propri diritti e cioè capire che *in iure cessio* è **un finto processo in cui il venditore cede (rinuncia) ai propri diritti nella fase in iure del processo**. Il venditore sta zitto davanti alla triplice pretesa del compratore. Il venditore sta zitto per trasferire la proprietà della *res*. Siamo in una fase in cui Roma ha allargato i propri confini e allora, per evitare il formalismo della *mancipatio*, venditore e compratore inscenano un finto processo e nella fase *in iure* del processo formulare avviene il trasferimento. Ancora il diritto romano attribuisce importanza alla forma e alle *res Mancipi*, ma questo metodo è più rapido. **Gaio 2.24**: *La «in iure cessio» si svolgeva in questo modo: innanzi ad un magistrato del popolo romano come il pretore urbano [o i presidi delle province] colui il quale rivendicava la res in iure, tenendola tra le mani, così diceva: DICHIARO CHE QUESTO UOMO MI APPARTIENE SECONDO IL DIRITTO DEI QUIRITI; e quindi, dopo tale pronuncia, il pretore interrogava la controparte, se volesse controindicare; qualora negasse o tacesse, (il magistrato) attribuiva la res a chi l'avesse rivendicata; e questa si chiama "legis actio". Ciò era possibile anche nelle province innanzi ai rispettivi presidi.*

Titolo derivativo per *res nec Mancipi*

- III. **TRADITIO**: il trasferimento avveniva in maniera molto meno formale. La *traditio* è infatti **il semplice trasferimento della *res nec Mancipi* da un soggetto a un altro**. È coerente dire che questo trasferimento non aveva la necessità di avere dei testimoni. In un secondo momento il trasferimento doveva essere accompagnato da giusta causa. ad pro

Proprietà in *bonis habere*

Ma il diritto romano si modella alle nuove esigenze: succede che con l'aumento dei trasferimenti (con la trasformazione dell'economia e con la trasformazione territoriale di Roma e con l'aumento degli scambi mercantili), in particolare degli schiavi, **succede per la prima volta che uno schiavo viene trasferito con la *traditio***. Secondo le regole del diritto romano, si diventa *dominus ex iure Quiritium* solo tramite *mancipatio* e *in iure cessio*. Il problema di questo modo di acquisto della proprietà era che un terzo, o addirittura il venditore originario, andava dal compratore a rivendicare la proprietà dello schiavo (giuridicamente egli può dimostrare il suo diritto di proprietà, ma il nuovo proprietario non riesce). Usando la *traditio*, lo schiavo è passato nelle mani del compratore, ma questi non è diventato proprietario dello schiavo perché ha usato lo strumento sbagliato per il trasferimento. La posizione del compratore, che ha pagato il prezzo, merita eccome tutela, ma il diritto romano non lo può tutelare. Allora **interviene il pretore**, che concede una *actio*. Il

compratore chiede e ottiene dal pretore una *actio* per tutelare la sua posizione in cui ha soltanto il possesso dello schiavo, ma non la proprietà. Quest'*actio* si chiama ***actio publiciana*** (dal nome del pretore Publicio che la concesse per la prima volta nel **67 a.C., quasi alla fine della fase repubblicana**). Questa *actio* tutela la posizione del compratore perché **gli attribuisce la proprietà dello schiavo fingendo che sia decorso il tempo necessario per usucapire lo schiavo** (un anno). Non è passato un anno, ma l'intervento del pretore fa finta che sia decorso un anno. E poiché dopo un anno si diventa proprietari per l'usucapione, allora il compratore è tutelato. Si introduce qui un istituto che sarà utilizzato in tanti altri casi: una **finzione giuridica** per cui il compratore si finge proprietario per usucapione anche se non è passato il tempo. Il pretore modernizza le modalità antiche e non più adatte alle necessità della società romana.

Questa proprietà prende allora il nome di **proprietà pretoria**, che in latino definiamo ***in bonis habere*** (e non *dominium ex iure Quiritium*, proprietà civile).

Questo aspetto produce l'effetto più importante: questa tutela del pretore prenderà piede, darà buona prova, e quindi sempre di più si utilizzerà la *traditio* anche per trasferire le *res Mancipi* e allora se tutti utilizzano questo modo di trasferimento, **la conseguenza giuridica è che cadono le forme precedenti e cadrà la distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi***. Non ha più senso parlare di questa distinzione. D'ora in poi si parlerà di *res*, senza fare la distinzione. La prova di questo si ritrova nel fatto che **nelle Istituzioni di Giustiniano**, a differenza di quelle di Gaio, **non troveremo mai la distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi***, che non ha più senso dopo l'*actio publiciana*.

Si creò dunque **un sistema doppio di proprietà** che vedeva da un lato il *dominium ex iure Quiritium* (tutelato *ex iure civili*), e dall'altro la proprietà tutelata dal *ius honorarium* e tecnicamente definita *in bonis habere*. Di tale situazione scrive il giurista romano Gaio nelle sue Istituzioni: "*Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere*". Divenuta ormai un orpello storico al tempo di Giustiniano, l'espressione tecnica *dominium ex iure Quiritium* venne formalmente cancellata da una costituzione dell'imperatore che proclamò l'unicità del diritto di proprietà.

La tutela del diritto alla proprietà

Esistono due tipologie di *actio in rem*:

- ***rei vindicatio***: strumento a tutela di chi è stato spogliato del diritto di proprietà. Si tratta dell'**articolo 948 c.c. - Azione di rivendicazione**
- ***actio negatoria***: nego che altri abbiano un diritto reale sulla *res*. Si tratta dell'**articolo 949 c.c. - Azione negatoria**.
- ***Actio ad exhibendum***: veniva intentata prima della *rei vindicatio* quando era necessario accertarsi che la cosa che altri possedeva era quella che si voleva rivendicare o quando era necessario individuare la cosa che aveva apparentemente perso la sua individualità.
- ***Iudicium finium regondorum***: nasce per il rispetto dell'obbligo di lasciare cinque piedi tra i fondi ma venne usata anche per stabilire quale fosse il limite tra i fondi confinanti. Non dava luogo a una proprietà, ma riconosceva un diritto di proprietà già esistente.
- ***Cautio damni infecti***: era una solenne promessa con cui il proprietario che svolgeva dei lavori sul proprio fondo o il proprietario di un edificio pericolante si obbligavano a risarcire eventuali danni provocati al vicino.
- ***Operis novi nuntiatio***: intimazione stragiudiziale con cui si vietava a un soggetto di proseguire un'opera cui aveva dato inizio.

- ***Interdictum quod vi aut clam***: interdetto che serviva a bloccare un'opera illecitamente compiuta. La nuova opera doveva essere stata iniziata o compiuta di nascosto, ovvero con la forza, vale a dire ignorando il divieto di chi aveva diritto di impedirla. Si tratta di azioni che per la prima volta verranno concesse dal pretore per tutelare la posizione di *dominus ex iure quiritium*

IL POSSESSO E INTERDETTI POSSESSORI

Il possesso è l'esercizio di fatto del diritto di proprietà, il possesso è il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale. I romani si chiedono se il possesso merita o meno tutela e ovviamente giungono ad affermare, in epoca successiva, che si tratta di una posizione di fatto non prevista dallo *ius civile*, ma comunque meritevole di tutela. La situazione possessoria acquistò quindi tutela mediante l'intervento del pretore, che si affianca all'*actio* e che si manifesta nell'***interdictum***.

Gli **interdetti possessori** sono gli interventi diversi dall'azione che permettono tutela al cittadino romano possessore. È quindi ancora una volta attraverso la tutela che riusciamo a costruire lo sviluppo di un certo istituto giuridico. Al cittadino romano interessa, quando si verifica un caso nuovo, ottenere protezione e lo fa attraverso l'intervento del pretore.

Anche oggi gli interventi di tutela del possesso sono diversi da quelli di tutela della proprietà, anche come risultato della differenza che avevano a Roma.

Inoltre, in virtù di questo l'importanza del pretore merita ancora più rilevanza: in questo caso l'interdetto possessorio non protegge un diritto e quindi non verrà sussunto nell'ordinamento ed ecco che allora il ruolo del pretore è ancora più importante.

Il possesso è ***corpus + animus***, e proprio in base a questa differenza, i giuristi romani distingueranno la proprietà e il possesso dalla **detenzione**: la detenzione sarà solo più *corpus*. Viene meno il convincimento di comportarsi come proprietario. Il possessore si comporta invece come proprietario.

I DIRITTI REALI MINORI

La genesi: il diritto di superficie

Va specificato che per i romani il diritto di proprietà si estende ***usque ad sidera, usque ad inferos***. Si tratta di un diritto che esclude tutti gli altri consociati dall'uso e dal godimento di questa *res*, almeno in una primissima fase. Nella fase arcaica l'unico diritto reale è quindi lo *ius in re propria*.

Anche i diritti reali subiscono un'evoluzione del loro significato, insieme al graduale sviluppo sociale che trasforma Roma da ristretta collettività agricola a economia mercantile internazionale. Si mette in atto un processo che prende il nome di **inurbamento**, un fenomeno che si è poi attuato anche nella società moderna. La conseguenza immediata sarà la trasformazione dell'aspetto architettonico delle città e questo inurbamento porterà alla trasformazione della struttura delle case, che da case a un piano si trasformeranno in case a più piani. È necessario che chi arriva dalla campagna trovi spazio per vivere in città. Secondo la regola generale, il proprietario del terreno è proprietario di tutto ciò che sta sopra e tutto ciò che sta sotto, quindi anche dell'edificio. Ovviamente i consociati possono godere di uno spazio dell'edificio tramite un contratto di locazione.

A un certo punto della storia del diritto romano, si cominciano a sviluppare delle lamentele da parte dei conduttori degli appartamenti, che affermano di essere disturbati nel godimento dell'appartamento: per esempio, di notte non possono dormire perché c'è qualcuno che lancia sassi contro le finestre. Se a tirare i sassi fosse il proprietario dell'edificio, si sarebbe tutelati dal contratto di locazione. Ma succede che sono i passanti, i terzi, a lanciare i sassi. I conduttori si rivolgono al proprietario, ma lui non c'entra nulla e non ha alcun tipo di rapporto con coloro che disturbano il godimento del bene e quindi i conduttori non possono rivolgersi a lui. Il contratto di tipo consensuale che lega conduttori e locatori non può essere fatto valere. Il problema però non soddisfa gli occupanti di questo edificio, che sono meritevoli di tutela. Ma non possono trovare la tutela nello *ius civile*.

Siamo di fronte a un caso nuovo non previsto e tutelato. **Interviene allora il pretore**, che concede tutela giuridica attraverso una *actio* che può essere fatta valere non contro il proprietario dell'edificio (perché altrimenti basterebbe esercitare l'*actio locati conducti*), ma è un'azione che può essere fatta valere contro i terzi che disturbano il pacifico godimento dell'appartamento. Si tratta di un'azione che nel diritto romano si chiama ***actio de superficie***, concessa dal pretore per tutti i casi in cui il disturbo del pacifico utilizzo non avviene da parte del proprietario, ma da parte di terzi.

Attraverso la concessione di questa azione, si diventa titolari di una posizione esperibile contro tutti i terzi che disturbano il pacifico godimento. Sullo stesso bene si hanno quindi due cittadini romani che sono titolari di posizioni reali opponibili *erga omnes*.

E allora, se così stanno le cose, il proprietario avrà un'azione *erga omnes* che si chiama ***actio in rem***, mentre sullo stesso bene i conduttori avranno un'azione *erga omnes* per tutelarsi dai disturbi che i terzi pongono in essere e che prende il nome di ***actio quasi in rem***. La distinzione è che nell'*actio in rem* il locatore esercita un diritto su una cosa di cui è proprietario (*ius in re propria*), mentre i conduttori esercitano il diritto su una cosa altrui (*ius in re aliena*, che poi diventerà *iura in re aliena*). L'*actio de superficie* è un'azione che apre la strada al diritto di superficie.

Si tratta del modo in cui si è arrivati a distinguere un diritto reale minore dal diritto di proprietà. Si tratta di una novità importantissima nell'elaborazione del concetto di diritto reale.

Non si ha più solo un diritto di proprietà, ma un altro diritto reale opponibile *erga omnes*. Si arriva ad affermare che la posizione del conduttore è titolare di una **proprietà superficiaria** (si tratta di una **proprietà su cosa altrui**, non su cosa propria). Si parla quindi di proprietà anche al plurale.

Questo conferma un aspetto fondamentale: **non è possibile studiare il diritto romano, e nemmeno il diritto positivo che da esso deriva, se non si studia il diritto del pretore.** Quello che vale per quanto previsto sopra il suolo, vale allo stesso modo sotto il suolo: a tutti è capitato di avere un diritto di superficie di un box sotterraneo che sta sotto il suolo che appartiene al comune di Milano.

I diritti reali minori si chiamano minori non perché hanno minore rilevanza, ma **perché sono prescrivibili con l'uso**, a differenza della **proprietà che non è mai prescrivibile**.

La genesi storica dei diritti reali minori si rispecchia anche nell'ordinamento positivo: dopo aver parlato della classificazione dei beni, dopo aver parlato della proprietà e delle proprietà, dei modi di acquisto, delle tutele, infatti, il Codice civile ci parla proprio della superficie (Libro terzo, *de superficie*).

La superficie è quindi il primo diritto reale analizzato dopo la proprietà: si tratta dell'articolo **952 c.c.** - **Costituzione del diritto di superficie**. Il codice non ci spiega in realtà cos'è, ma la disciplina con

pochissimi articoli. L'articolo enuncia che il proprietario può costituire il diritto di costruzione a favore di un terzo, con la proprietà dell'immobile (non proprietà su cosa propria, ma proprietà superficiaria). È un articolo che all'apparenza può sembrare contraddittorio, **ma la proprietà di cui il superficiario diventa titolare è la proprietà superficiaria**: si tratta di una posizione così simile e così forte, che possiamo chiamare proprietà il suo diritto. Ancora una volta, si mette in evidenza il profilo della tutela delle posizioni dei cittadini: per i Romani è importante dire che anche il superficiario può far valere il suo diritto *erga omnes*. **I Romani vogliono mettere in evidenza gli strumenti di tutela: l'unica differenza è che il proprietario agisce su cosa propria, mentre il superficiario agisce su cosa altrui.** La disciplina, secondo l'articolo 955 c.c. - **Costruzioni al di sotto del suolo**, si applica anche per le costruzioni al di sotto del suolo. Leggendo l'articolo 954 - **Estinzione del diritto di superficie**, si comprende la differenza tra proprietà e diritto di superficie: il secondo si estingue per non uso ventennale; inoltre, allo scadere del termine della prescrizione, si estinguono anche tutti i diritti reali minori costituiti dal superficiario.

Quello che abbiamo raccontato riguardo alle costruzioni vale anche per le piantagioni? Si tratta del tema del **DIRITTO DI SUPERFICIE SULLE PIANTAGIONI o SUPERFICIE VEGETALE**: è escluso in questo caso il diritto di superficie e quindi non può essere separata la proprietà della superficie dalla proprietà del terreno in cui le piantagioni affondano le radici. I giuristi romani, dopo un ampio dibattito, ci danno la ragione: le piante infatti sono unite da un legame organico al terreno. Il tema è affrontato anche dal nostro ordinamento: si tratta dell'articolo 956 del Codice civile - **Divieto di proprietà separata delle piantagioni**.

Tipologie di diritti reali minori

Si passò così dall'idea di *ius in re aliena* (ovvero solamente la proprietà superficiaria) a *iura in re aliena*: si svilupparono nuovi diritti opponibili nei confronti di tutti ma diversi dalla proprietà. I diritti reali minori sono opponibili erga omnes, ma si esercitano su cosa altrui e si prescrivono per non uso. La "minorità" non consiste nel fatto che la tutela è minore rispetto alla proprietà, ma per la prescrivibilità.

I diritti reali su cosa altrui si dividono poi in

- diritti reali su cosa altrui **di godimento**: è possibile l'utilizzazione della *res*
- diritti reali su cosa altrui **di garanzia**: non è possibile l'utilizzazione della *res*

I diritti reali di godimento sono:

- **superficie**
- **servitù** (che abbiamo già trattato nelle tipologie di *res Mancipi*)
- **enfiteusi**
- **usufrutto**
- **uso/abitazione**

I diritti reali di garanzia sono:

- ***pignus datum*** (pegno)
- ***pignus conventum*** (ipoteca)

Si tratta di una classificazione che segue quella del diritto positivo.

- **SERVITÙ**: lo sviluppo dell'edilizia urbana aveva portato alla nascita di rapporti di servizio non solo tra i fondi rustici ma anche tra i fondi urbani. Contenuto dei diritti di servitù era la facoltà del proprietario di un fondo, detto dominante, di svolgere un'attività su un fondo altrui, detto servente o di pretendere che il proprietario di questo si astenesse dallo svolgere sul suo fondo una qualche attività. Le servitù rimanevano inalterate del tutto indipendentemente dagli eventuali passaggi di proprietà dei due fondi. Altra importante

caratteristica delle servitù consisteva nel fatto che essa non può consistere in un fare, ma doveva sempre essere in negativo. Le più antiche servitù rustiche si costituivano tramite *mancipatio*. Nel caso delle servitù urbane si ricorreva alla *in iure cessio*, vale a dire una finta rivendica della servitù da parte di chi voleva acquistarla, cui seguiva il silenzio o l'allontanarsi dal tribunale di colui nei confronti del quale era rivendicata, cioè il proprietario del fondo servente e la pronuncia del magistrato che riconosceva la titolarità del diritto di servitù al rivendicante. In età classica le servitù potevano essere costituite per destinazione del padre di famiglia, vale a dire quando il proprietario di due fondi, tra i quali esisteva un rapporto di servizio di fatto alienava uno di essi, nel momento in cui i due fondi si separavano il servizio di fatto diventava automaticamente una servitù. Per estinguere una servitù è necessario compiere un atto uguale e contrario a quello con cui è stata costituita. In forza del principio "*NEMO RES SUA SERVIT*", le servitù si estinguono per confusione se i due fondi diventano per qualsiasi ragione di proprietà della stessa persona. Le servitù erano tutelate da un'azione formulare in rem detta *vindicatio servitutis*.

- **USUFRUTTO**: il diritto di godere una cosa altrui e percepirne i frutti, spettante a una persona diversa dal proprietario: il titolare del diritto di usufrutto dicesi usufruttuario, quello del bene su cui grava un usufrutto dicesi nudo proprietario. L'usufrutto comprende il potere di vantare il diritto non solo nei confronti di chi glielo ha concesso e dei suoi eredi, ma anche nei confronti degli acquirenti a titolo particolare. A differenza della servitù l'usufrutto conferiva al titolare tutti i poteri del proprietario. La limitatezza consisteva nella sua temporalità e nel fatto che nel momento in cui si estingueva il nudo proprietario tornava *dominus* e doveva avere la possibilità di godere dello stesso bene. Questo principio impediva all'usufruttuario di distruggere la cosa. L'usufrutto non poteva essere costituito su cose consumabili che per definizione non sopravvivono al loro uso. Il modo di costituzione dell'usufrutto è il legato per *vindicationem*, ma anche *in iure cessio*. L'usufrutto si estingueva con atti uguali e contrari a quelli che lo avevano costituito. Era tutelato da un'azione *in rem* analoga alla *vindicatio servitutis* detta *vindicatio usufructus*.
- **USU SINE FRUCTU E FRUCTU SINE USO**: sono diritti reali analoghi all'usufrutto ma aventi contenuto meno esteso: il primo conferiva solo il diritto di usare una cosa altrui senza percepirne i frutti; il secondo era il diritto di godere dei frutti senza quello di usare la cosa, lasciato a un altro soggetto.
- **DIRITTO SULL'AGER VECTIGALIS**: chi riceveva in concessione della terra pubblica non ne acquistava la proprietà. I concessionari di appezzamenti di terre pubbliche ricevute a seguito di una locazione erano sottoposti a un regime particolare: la *locatio*, infatti, prevedeva una clausola secondo la quale fino al momento in cui il concessionario avesse pagato il *vectigal* la terra non avrebbe potuto essere sottratta né a lui né ai suoi eredi né agli acquirenti a titolo particolare.
- **ABITAZIONE**: consisteva nel diritto di usare un'abitazione, nonché di darla in comodato o locazione a terzi. In età classica era non di rado oggetto di un legato, che secondo alcuni costituiva un diritto di usufrutto, secondo altri un semplice diritto di credito.
- **OPERAЕ SERVORUM**: diritto di servirsi degli schiavi altrui. Questo diritto non si estingueva per la morte del titolare, ma solo alla morte dello schiavo o dell'animale.
- **ENFITEUSI**: parte di terreni anziché venir data in concessione, veniva affittata a contadini detti pubblici per un periodo in genere inferiore ai 5 anni, dietro l'obbligo di versare allo stato, anziché un canone, una quota del prodotto del fondo. L'enfiteusi da concessione pubblica diverrà poi concessione privata che alcuni configuravano come locazione, altri

come vendita fino al momento in cui Zenone diede all'enfiteusi una regolamentazione che la distingueva sia dall'uno che dall'altro contratto. Il dibattito riguardava l'individuazione della persona sulla quale doveva ricadere il danno prodotto da danno maggiore. Egli stabilì che il danno ricadeva sul concedente se la forza maggiore distruggeva il fondo. Se i danni erano riparabili e temporanei ricadevano sull'enfiteuta. L'enfiteusi era tutelata da un'*actio* in rem analoga alla *rei vindictio*. Sia i diritti reali che i diritti reali minori possono essere fatti valere *ERGA OMNES*. L'azione che permette AL PROPRIETARIO l'opponibilità *erga omnes* è l'*ACTIO IN REM*. A livello di tutela processuale però viene dato il segno che il rapporto sostanziale tra titolare di diritto reale e titolare di diritto reale minore è diverso. Per questo motivo l'*actio* a tutela di un diritto reale minore si chiama *ACTIO QUASI IN REM*.

I diritti reali di garanzia sono:

- **pegno (*pignus datum*)**: c'è la consegna di un bene per l'ipotesi in cui non si adempia all'obbligo. Il pegno non aveva funzione satisfattiva, ma coercitiva: il desiderio di recuperare l'oggetto induceva il debitore ad adempiere.
- **ipoteca (*pignus conventum*)**: è il risultato dello sviluppo del diritto romano: c'è solo l'accordo della consegna di un bene in caso di inadempimento dell'obbligo. Si va quindi nella direzione in cui si supera la formalità e si raggiunge l'idea che l'accordo sta alla base delle relazioni tra consociati. Si tratta di un istituto che deriva dal diritto greco, anche nel nome. A Roma si metteva un sasso sull'immobile ipotecato. Possono essere costituite più ipoteche, ma il primo ha la priorità e il secondo deve aspettare l'estinzione della prima ipoteca (*prior tempore potior iure*: primo nel tempo, più forte in diritto) o deve almeno assicurarsi che l'eventuale vendita della cosa soddisfi anche la sua posizione

Si arriverà poi a dire che, nella pratica, il pegno si userà per le cose mobili, mentre l'ipoteca per le cose immobili.

Anche in questo caso si ha la stessa tutela *erga omnes*, ma non si ha l'utilizzazione della *res*.

IL NEGOZIO GIURIDICO

Si tratta di un'espressione che nel Codice civile italiano (1942) non viene mai utilizzata. Ciononostante, si tratta di una locuzione fondamentale per lo studio del diritto romano e per la comprensione di tutto l'ordinamento giuridico italiano. Pertanto, così come ci siamo trovati spesso a fissare alcuni punti fermi nella nostra trattazione, anche ora dobbiamo concentrarci e giungere a una definizione univoca e uniforme di negozio giuridico.

Come definiamo nel diritto privato moderno il negozio giuridico? Il negozio giuridico è una dichiarazione di volontà che produce effetti giuridici, tutelati dall'ordinamento, destinata a modificare, estinguere o creare un rapporto giuridico.

I giuristi romani arrivano a una definizione dopo aver osservato le evenienze pratiche di questo istituto. Parlando di negozio giuridico, bisogna mettere innanzitutto in evidenza che la parola *negotium* deriva dal latino e indica un atteggiamento opposto all'*otium*: deriva infatti da *nec-otium*.

Quello che è contrario all'*otium* (cioè, in senso molto generico, gli studi e il dedicarsi alla casa o al potere) è **negozio**. Questo negozio deve avere dei riflessi giuridici, deve riguardare il mondo giuridico in relazione allo *ius* oggettivo. Dopo la riflessione dei giuristi sulla individuazione di una categoria giuridica, **in epoca classica si arriva a dare una definizione** seguendo un ragionamento. Seguiamo anche noi questa riflessione.

Il punto di partenza è la differenza tra fatto e atto, e in particolare tra:

- **fatto giuridico**: tutto ciò che rileva per l'ordinamento (il diritto in senso oggettivo), ma che non dipende dalla volontà dell'uomo. Per esempio, il terremoto o l'alluvione hanno riflessi sulla sfera giuridica, ma non dipendono dall'uomo
- **atto giuridico**: tutto ciò che rileva per l'ordinamento giuridico e dipende dalla volontà dell'uomo.

Da qui fanno un ulteriore passo avanti e ci insegnano che l'atto giuridico può essere classificato in due diverse categorie:

- **atto giuridico lecito**: è lecito l'atto giuridico conforme alle norme dell'ordinamento;
- **atto giuridico illecito**: è illecito l'atto giuridico non conforme alle norme dell'ordinamento

I giuristi romani attribuiscono tre possibili funzioni agli atti giuridici leciti:

- atti giuridici leciti volti a **costituire** un rapporto giuridico (una relazione tra consociati)
- atti giuridici leciti volti a **regolare** un rapporto giuridico
- atti giuridici leciti volti a **estinguere** un rapporto giuridico

Quando un atto giuridico lecito (ovvero che dipende dalla volontà dell'uomo ed è conforme alle regole dell'ordinamento) è finalizzato a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico si parla allora di negozio giuridico.

Ma i giuristi romani fanno un ulteriore passo avanti in epoca classica: **quando il negozio giuridico ha contenuto patrimoniale**, ci spiegano che si parla di **contratto**.

Gli effetti del negozio giuridico sono ricollegati dall'ordinamento giuridico alla fattispecie. Un negozio che produce effetti è detto valido (*validus*). Un negozio che non produce effetti è detto invece invalido (*invalidus*).

I giuristi romani raccontano che il giurista deve mettersi nella posizione di un medico: deve cioè indagare per verificare la presenza o meno di "malattie" in un negozio giuridico, la presenza delle quali rende invalido il negozio e annulla gli effetti che avrebbe prodotto. Ci sono varie tipologie di "malattie": malattie gravi, che comportano la morte del negozio, o malattie meno gravi, che si possono curare con appositi strumenti. Le malattie più gravi creano un negozio che *nullum effectum producit* (non producono alcun effetto – la nullità). Nel caso delle malattie meno gravi il negozio è invece annullabile.

Struttura del negozio

- **presupposti** del negozio giuridico: sono elementi che vanno verificati prima della conclusione del negozio giuridico, perché l'obiettivo dei giuristi romani è quello di verificare alcuni elementi **senza i quali non è possibile arrivare alla conclusione di un negozio giuridico**;
- **elementi essenziali** (*essentialia negotii*) del negozio giuridico
- **elementi accidentali** (*accidentalia negotii*) del negozio giuridico

Presupposti

Secondo i giuristi romani i presupposti, l'insieme di tutto quello che va verificato prima della conclusione del negozio giuridico, sono di due diversi tipi:

- **presupposti di natura soggettiva:** in linea generale, sono quelli che attengono ai soggetti che concludono un negozio giuridico, e si dividono in
 - **capacità di agire** di entrambe le parti: l'idoneità (attitudine) a concludere negozi giuridici per manifestare i propri diritti e per compiere i propri doveri. I primissimi articoli del Codice sono proprio dedicati a questo tema (**art. 2 c.c. - Capacità di agire**). Le modalità di accertamento della capacità di agire erano poche nella fase arcaica, ma erano di più nelle fasi successive. Diciamo che la verifica della capacità di agire delle parti coincideva nella fase arcaica con la maturazione sessuale delle parti: soltanto le parti che avessero raggiunto una maturità sessuale erano capaci di agire (secondo il ragionamento romano, questa maturazione portava a uno sviluppo mentale necessario per discernere quali atti compiere in modo indipendente). La coincidenza della capacità di agire con la maturazione sessuale comporta una verifica caso per caso, attraverso un istituto che si chiama *inspectio corporis*, tipica della fase arcaica. Questa modalità è coerente col numero ridotto di negozi giuridici e si pensò poi di superare questa modalità istituendo una modalità legata: alla *inspectio corporis* si affiancò, per poi superarla, una prassi per cui si consideravano capaci di agire le donne al compimento del dodicesimo anno di età e gli uomini al compimento del quattordicesimo anno d'età, tenendo conto che l'uomo raggiunge la maturazione sessuale in una fase successiva. Questa sostituzione è dovuta al mutamento della struttura sociale e l'avvenimento sempre più comune di negozi tra i consociati. Uno sviluppo successivo porterà a una equiparazione, così come oggi è nel nostro ordinamento. Un negozio giuridico eseguito da un soggetto incapace sarà considerato **inesistente**.
 - **Legittimazione delle parti:** non basta che le parti abbiano la capacità giuridica, ma prima della conclusione occorre verificare anche la legittimazione delle parti, cioè la riferibilità ai soggetti che concludono il negozio giuridico degli interessi che il negozio intende regolare (per esempio, io non posso vendere qualcosa che non è mio). Solo in questo caso sarà possibile poi esaminare gli altri elementi del negozio. Senza il presupposto della legittimazione il negozio giuridico sarà **inesistente**.
- **presupposti di natura oggettiva:** sono quelli che attengono all'oggetto del negozio giuridico.
 - Si riducono a un presupposto, chiamato **idoneità dell'oggetto del negozio**. Il bene deve essere idoneo a costituire la regolamentazione di interessi tra consociati. Abbiamo fatto, parlando delle *res*, la distinzione tra *humani iuris* e *divini iuris* (*res religiosae, sacrae e sanctae*) e fra le *res divini iuris* rientrano per esempio le porte e le mura della città, i templi, i sepolcri e siamo di fronte quindi a un oggetto non idoneo del negozio giuridico. Questa verifica consente di escludere alcuni beni che non possono essere oggetto del negozio.

L'attenzione dei giuristi è posta solo su quei negozi che si basano su questi presupposti. Questa verifica ha conseguenze molto gravi dal punto di vista degli effetti del negozio: non è tutelato un negozio che non ha questi elementi.

A Roma se mancano questi presupposti il negozio è un **negotium non existens** (inesistente, diverso sia dal negozio nullo, sia da quello annullabile).

Elementi essenziali

Sono quegli **elementi che non possono mancare affinché un negozio giuridico sia valido e quindi produca gli effetti che l'ordinamento ricollega alla fattispecie**. Se parliamo di compravendita, il

negozio deve produrre gli effetti dello scambio di una *res* a fronte del suo prezzo. La considerazione dei giuristi romani, dunque, è che dobbiamo studiare un negozio che produca effetti che l'ordinamento ricollega alla fattispecie in esame. Solo in questo modo il negozio giuridico è *validus*, cioè produce gli effetti che la fattispecie ricollega a quell'istituto. È qui che nasce il concetto di invalidità, cioè la caratteristica di un negozio che non produce gli effetti giuridici della fattispecie. Se mancano uno o più elementi essenziali, il negozio giuridico non produce effetti: ***nullum effectum producit***, espressione da cui deriva la terminologia di **nullità (o invalidità) del negozio**: un negozio è nullo se manca anche solo uno degli elementi essenziali. Anche nel diritto positivo si parla della nullità del negozio giuridico: nel libro IV del Codice civile italiano un capo è proprio intitolato *della nullità del contratto*. L'importanza degli elementi essenziali si ricava quindi proprio da questo.

Gli *essentialia negotii* del negozio giuridico sono:

- **la manifestazione di volontà**
- **la causa**
- **l'oggetto**
- **la forma** (non tutti i negozi giuridici hanno la forma tra gli elementi essenziali, ma **solo nei casi previsti dall'ordinamento per la validità del negozio giuridico**: si pensi a proposito alle obbligazioni da contratto letterale, dove il documento è la forma *ad substantiam*). Ci sono forme, come il chirografo e la singrafe, che accompagnano l'accordo, che non sono essenziali per la validità del contratto e quindi è una forma solo *ad probationem*.

Questa categoria degli elementi essenziali è giunta fino al nostro ordinamento, e in particolare la troviamo nell'**articolo 1325 c.c. - Requisiti del contratto**. Se vogliamo, questa insistenza sulla validità degli effetti è trasferita nella lettura dell'articolo 1325, che ci racconta che i requisiti del contratto (anche se in epoca romana si parlava di negozio giuridico) sono l'accordo delle parti, la causa, l'oggetto e la forma quando prevista dalla legge sotto pena di nullità.

1. LA MANIFESTAZIONE DI VOLONTÀ

Torneremo a parlare di questo elemento e, pertanto, è fondamentale fornire con precisione una definizione di "manifestazione di volontà". Si tratta della **estrinsecazione nel mondo dei fatti di una determinazione di volontà**. Non basta, cioè, che il professore Pergami abbia deciso di vendere la sua copia delle "Istituzioni di diritto romano" di Gaio, ma occorre che lui estrinsechi la sua volontà. Questa manifestazione pratica è frutto di una riflessione molto attenta da parte della giurisprudenza, che distingue per questo due modalità. La volontà può essere estrinsecata:

- in **maniera espressa**
- in **maniera tacita**: quando consiste in un comportamento da cui si deduce chiaramente la volontà del soggetto

L'estrinsecazione della volontà in maniera tacita, in particolare, mette i giuristi romani di fronte al complesso e ambiguo tema del **silenzi**, tanto frequente nella vita pratica. I giuristi romani forniscono una chiave di lettura semplificata, raccontandoci in maniera chiara che la regola generale è che **il silenzio non costituisce manifestazione di volontà**. Questo viene stabilito per evitare una interpretazione errata del silenzio. Ciò significa che il silenzio non è un elemento che permette di considerare soddisfatto il requisito di manifestazione di volontà. Ma nella vita quotidiana i giuristi romani si accorsero che questo poteva essere considerato come manifestazione di volontà e per evitare malintesi individuarono due casi in cui il silenzio potesse effettivamente essere assunto come tale:

- quando il silenzio, come elemento essenziale, è previsto dalle parti stesse
- quando il silenzio è previsto dalla legge come manifestazione di volontà.

2. LA CAUSA

I giuristi romani danno una definizione molto precisa: a Roma, e anche oggi, **la causa è lo scopo pratico cui tendono le parti nella conclusione del negozio giuridico** (per la compravendita, per esempio, è lo scambio di una cosa contro il suo prezzo).

I frammenti del **Digesto** sono su questo tema molto importanti ed esplicativi. I giuristi romani si accorgono che nella realtà quotidiana la causa poteva manifestarsi in due modi diversi e giunsero quindi a differenziare:

- **negozi giuridici causali**: la causa influisce e traspare dalla struttura del negozio giuridico.
- **negozi giuridici astratti**: la causa non traspare dalla struttura del negozio giuridico (ma **la causa c'è sempre**). Nel diritto romano la *mancipatio* era un tipico negozio giuridico astratto, in particolare in una fase avanzata dello sviluppo romano: con essa si trasferiva la proprietà di un bene, a prescindere dalla causa per cui avveniva. I negozi librali, di cui la *mancipatio* fa parte, sono negozi astratti, e includono anche il testamento. Nella cerimonia con il *libripens* e bilancia, che costituisce la forma del negozio, non traspare la causa del negozio.

I giuristi romani distinguono inoltre anche la causa dai **motivi**, che sono **le determinazioni interiori delle parti che non rilevano ai fini della conclusione (stipulazione) di un negozio giuridico**. Il motivo non può essere confuso con lo scopo pratico, dato che si tratta di una ragione soggettiva, a differenza della causa.

3. L'OGGETTO

Si pone il problema di distinguere l'oggetto dall'idoneità dell'oggetto: **l'oggetto è il contenuto del negozio giuridico, e cioè la regolamentazione degli interessi effettuata con la stipulazione del negozio giuridico** (le prestazioni che le parti si obbligano reciprocamente a fornire).

4. LA FORMA

La forma consiste nel modo con cui è concluso un negozio giuridico, ed è essenziale per la valida conclusione del negozio. La forma era distinta in due fattispecie:

- la forma chiamata ***ad substantiam* (negozio formale)**: è la forma che non può mai mancare affinché il negozio giuridico produca i suoi effetti. Si tratta, quindi, della forma come elemento essenziale: oggi, per esempio, la compravendita di beni immobiliari necessita di una forma *ad substantiam*. È questa la forma intesa come elemento essenziale del negozio giuridico.
- la forma chiamata ***ad probationem* (negozio informale)**: è la forma che può mancare, senza che il negozio giuridico sia improduttivo di effetti. Si tratta di una forma che non è elemento essenziale, ma funge da eventuale prova del negozio. Nella fase arcaica non esistevano negozi informali, dato che la volontà coincide sempre la forma.

Elementi accidentali

L'aumento del numero di negozi giuridici stipulati dai consociati fa sì che si aggiungano a presupposti ed elementi essenziali anche altri elementi che in **qualche modo potevano condizionare gli effetti del negozio giuridico una volta che venivano apposti**. Queste ipotesi così particolari sono quindi tenute nella massima considerazione da parte dei giuristi romani: **non potranno far venire meno un negozio giuridico valido, ma se vengono apposte dalla parte ne condizionano gli effetti**. Si tratta

in latino degli *accidentalium negotiorum*, che la riflessione giurisprudenziale non esita a dividere in tre categorie:

1. **CONDICIO**

Si tratta della condizione, cioè della **previsione di un evento futuro e incerto al cui verificarsi si producono (condizione sospensiva) o cessano di prodursi (condizione risolutiva) gli effetti di un negozio giuridico**. Viene introdotta per la prima volta la possibilità per cui gli effetti di un negozio, che fino a questo momento si producono in modo istantaneo, vengano fatti ricollegare a un evento futuro e incerto stabilito dalle parti. Si tratta di una modalità così diversa dalla solita, che ci deve far riflettere sull'importanza di questa condizione.

L'esempio proposto dalle fonti del diritto romano è il caso di un contratto di compravendita di tessuti, con la *condicio* che le navi trasportanti i tessuti giungano alla loro meta.

La giurisprudenza farà un grande sforzo per passare dallo studio di un negozio che ha effetti istantanei e continui a un negozio vincolato dalla condizione. Era anche possibile stipulare un patto risolutivo sottoposto a condizione sospensiva, che in epoca antica era l'unica tipologia possibile di condizione.

2. **DIES (termine)**

Per renderci conto della raffinatezza della riflessione, il **dies viene definito come la previsione di un evento futuro ma certo al cui verificarsi si producono (*dies a quo*, termine iniziale) o cessano di prodursi (*dies ad quem*, termine finale) gli effetti del negozio giuridico**. La disciplina della regolamentazione del negozio giuridico introduce quindi un secondo elemento accidentale, somigliante ma anche diverso dalla condizione.

Il termine può:

- essere fissato in modo del tutto certo con riferimento a una data del calendario (le calende di gennaio, per esempio) e si parla in questo caso di **dies certus an, certus quando**, poiché è certo sia che l'evento si realizzerà, sia il momento in cui si realizzerà
- essere fissato con riferimento a un evento futuro e certo, ma non precisabile cronologicamente (quando Tizio morirà, per esempio) e si parla in questo caso di **dies certus an, incertus quando**, poiché è certo che l'evento si realizzerà, ma non si sa di preciso quando.

3. **MODUS**

Esiste anche un terzo elemento accidentale, come riprova della articolazione sempre più complessa delle relazioni tra consociati: il **modus, che è una disposizione applicata volontariamente dalle parti**. Si tratta di una disposizione che comincia ad applicarsi alle ultime volontà, ma poi anche per altri casi. È una **clausola, apponibile ai soli negozi di liberalità** (una delle parti non versa un corrispettivo, a titolo gratuito) **sia inter vivos** (gli effetti del negozio non richiedono la morte per la loro produzione) **che mortis causa** (gli effetti del negozio si producono a causa di morte) **che consiste in un peso o in un onere che il disponente pone a carico del beneficiario**. Per il diritto romano classico questo obbligo era solo morale, cioè non creava un vincolo giuridico. Gli effetti del negozio, dunque, non erano subordinati all'adempimento dell'onere. Il negozio era efficace immediatamente e restava tale a prescindere dall'adempimento. Più avanti nello sviluppo di Roma, tuttavia, cambiò il valore di questo *modus*: la giurisprudenza escogitò vari mezzi per costringere il beneficiario a rispettare il *modus*. Uno dei più diffusi era quello di imporre al beneficiario di

impegnarsi ad adempiere il *modus* con una **cautio**. Ad esempio, si donava uno schiavo chiedendo al donatario di concedergli la libertà prima di morire o di farlo manomettere dal proprio erede. Per rendere vincolante il *modus*, si imponeva al donatario di pagare una somma di denaro a titolo di pena se lo schiavo non veniva effettivamente manomesso.

Forme di invalidità

Alla dicotomia valido/invalido, si accosta una categoria intermedia rispetto al negozio improduttivo di effetti in assoluto.

- NEGOZIO GIURIDICO PRODUTTIVO DI EFFETTI (con gli elementi essenziali): **VALIDUS**
- NEGOZIO IMPRODUTTIVO DI EFFETTI (mancano uno o più elementi essenziali), cioè negozio giuridico che *nullum effectum producit*: **INVALIDUS/NULLO**. Si parla quindi di **nullità**.
- NEGOZIO GIURIDICO CON GLI ELEMENTI ESSENZIALI, MA VIZIATI: si producono gli effetti fino a quando la parte interessata non fa valere il vizio: cessano quindi gli effetti e il negozio è **INVALIDUS**. Si parla allora di **annullabilità**.

Nei casi in cui si trova una patologia nel negozio giuridico, si distingue tra i casi di invalidità in cui è presente un vizio, e i casi in cui manca un elemento essenziale (nullità). L'invalidità è quindi una categoria che si contrappone alla validità e che si sviluppa in un'invalidità più grave (nullità) e una invalidità meno grave (annullabilità):

1. **NULLITÀ - improduttività definitiva degli effetti per mancanza degli *essentialia negotii***
 - La nullità può essere fatta valere da chiunque, anche da terzi.
 - Essa può essere fatta valere in ogni tempo (imprescrittibile)
2. **ANNULLABILITÀ - improduttività dopo che è stato fatto valere il vizio entro l'anno (il negozio produce effetti finché la parte che vi ha interesse fa valere il vizio)**
 - Essa può essere fatta valere solo dalla parte che vi ha interesse. Il segno della diversa rilevanza delle perturbazioni determina quindi una diversa legittimazione a far valere la nullità o l'annullabilità
 - L'annullabilità può essere fatta valere entro un termine di prescrizione (1 anno dalla conclusione del negozio giuridico). Si tratta di un termine che va studiato perché dopo un anno gli effetti del negozio giuridico diventano definitivi, come se le perturbazioni non fossero mai esistite.

Si parla di gravità a questo riguardo, perché i giuristi romani parlano del negozio come se fosse un malato: il negozio nullo è un malato gravissimo e terminale; il negozio annullabile è un malato grave ma curabile. Non è un caso che, ancora oggi, si parli di **patologia del negozio giuridico** (può essere patologia gravissima e patologia meno grave).

I vizi del negozio giuridico

Nel caso di invalidità del negozio giuridico, ci sarà sempre una patologia del negozio giuridico: i vizi. I giuristi romani non limitano l'attenzione sul negozio giuridico alla differenza tra produzione e non produzione degli effetti: **accanto a questa alternativa così rigida si affiancano ipotesi intermedie,**

per le quali gli elementi essenziali sono presenti, ma questi elementi essenziali presentano delle perturbazioni che vengono chiamati dai giuristi romani come vizi. **Si parla di vizi quando gli elementi essenziali, seppur presenti, sono irregolari.** Gli elementi essenziali sono quindi viziati.

A titolo di ripasso, ricordiamo che i giuristi romani parlavano di vizi già quando facevano riferimento ai *vasa vitiosa*: in quel caso, i vasi (e non il negozio giuridico), presentavano dei difetti, egli elementi di debolezza. Ci sono casi in cui questi vizi perturbano gli elementi essenziali del negozio giuridico. Se è vero che quando sono presenti gli elementi essenziali, la conseguenza è la produzione degli effetti, cosa succede se questi elementi sono viziati? Fino a che punto questo vizio può perturbare? Si tratta di un tema che dà la misura di come la regola generale subisce degli aggiustamenti nel corso dello sviluppo della storia dell'ordinamento giuridico romano. Studiare i vizi del negozio giuridico significa studiare tre diverse ipotesi che costituiscono un terreno di particolare fertilità nella giurisprudenza.

La grande varietà di casi che si presentavano quotidianamente venne incasellata in tre diverse ipotesi:

1. ERROR

Insistiamo nella necessità di annotare la definizione di errore che danno i giuristi romani per evitare dispersione nella sua definizione: si tratta della **divergenza inconsapevole tra determinazione di volontà e la sua estrinsecazione nel mondo esteriore, nel mondo dei fatti**. L'errore intacca l'integrità del negozio giuridico. Un esempio potrebbe essere il caso in cui mi determino a vendere la mia copia delle "Istituzioni di diritto romano" di Gaio a 50000 sesterzi, ma estrinseco di venderla a 5 sesterzi. Siamo quindi di fronte a un vizio, che viene chiamato anche vizio della volontà. Si arrivò poi a distinguere due tipi di errore:

- **errore ostativo**: cioè, errore della dichiarazione
- **errore vizio**: il problema non riguarda la distinzione tra determinazione ed estrinsecazione, ma il fatto che la volontà si sia formata male. Voglio comprare la penna del mio collega pensando che sia d'oro, ma la volontà si è formata male perché la penna non è d'oro.

È l'apertura di una situazione intermedia tra la piena produttività degli effetti e la non produttività degli effetti.

2. VIS (o METUS)

La vita quotidiana dei Romani fa sì che si aggiunga anche il vizio della violenza: **una delle parti ha commesso violenza**. E bisogna ancora una volta classificare le tipologie di violenza:

- la **vis ablativa**, la violenza fisica: con cui si obbliga fisicamente l'altra parte a manifestare la volontà
- la **vis compulsiva**, la violenza morale, con cui si obbliga moralmente una parte a manifestare la volontà: è il vizio del negozio giuridico che perturba moralmente la libera manifestazione della volontà.

In relazione alla *vis*, nelle fonti troviamo spesso il termine **metus**, che indica il **timore generato dall'altrui violenza**. Bisogna distinguere questa dalla *vis absoluta*, violenza fisica estrema che rendeva nullo ogni atto sotto la sua influenza.

3. DOLUS (dolus malus)

La vita quotidiana espone i Romani anche al vizio del **dolo**, cioè **gli artifici e i raggiri posti in essere nel corso delle trattative per indurre una parte in errore così che questa compia un negozio per lei svantaggioso (questo è il dolus malus)**. L'estensione territoriale di Roma porterà alla frequente

realizzazione del dolo e quindi alla necessità di intervento. Sul dolo i Romani impiegano la loro riflessione e arrivarono a classificare due tipi di dolo:

- il **dolus bonus**: non è vizio del negozio giuridico, perché rappresenta quell'insieme di furberie e astuzie di carattere commerciale che non rilevano ai fini del negozio giuridico. Un esempio moderno potrebbe essere questo: una marca famosa di birra elogia gli effetti positivi di questa bevanda assicurando la vita ultracentenaria di chi beve questa birra. Ovviamente non si tratta di un *dolus* che non rileva per la validità.
- il **dolus malus**: esso perturba invece il negozio giuridico. **Si tratta degli artifici o raggiri per indurre un soggetto a stipulare un negozio giuridico per lui svantaggioso.** Siamo di fronte a un caso in cui le fonti latine ci aiutano a memorizzare questa definizione, parlandoci di *dolus malus* anche usando l'espressione ***machinatio***. Per esempio, induco un soggetto a comprare la mia penna convincendolo che è di rubino di Taiwan. La *machinatio* poteva essere più o meno grave:
 - c'era un **dolo determinante** che mi permette di concludere un negozio che non avrei mai concluso
 - c'era un **dolo incidente** che mi permette di concludere un negozio a condizioni diverse di quelle a cui l'avrei concluso.

Importante è quindi dire che i vizi del negozio sono **ERROR, VIS, DOLUS MALUS**.

Metodi di sanamento della patologia del negozio giuridico

Nel caso di vizi del negozio giuridico, **gli effetti che l'ordinamento ricollega alla fattispecie concreta si producono regolarmente, fino a che il soggetto che ha interesse intende far valere il vizio e quindi cessare la produzione degli effetti.**

Allora si chiedono quali siano gli strumenti che possono guarire le due patologie: la cura con cui si cerca di rimediare alla malattia del negozio nullo si chiama **conversione** e la cura con cui si pone rimedio alla malattia del negozio annullabile si chiama **convalida**: l'obiettivo ultimo, l'unico che rileva, è quello di salvare gli effetti del negozio giuridico. Questa rigidità è una rigidità che poi ritroviamo nel Codice civile e che va tenuta ben presente per non confondere le cure del negozio giuridico.

La conversione

Nel caso in cui una compravendita, per esempio, sia priva di uno degli elementi essenziali, come per esempio il mancato pagamento del prezzo, si può comunque decidere di salvare il negozio: siamo di fronte al tentativo di salvare comunque gli effetti, convertendo il negozio della compravendita in un altro negozio che ha una forma diversa (quindi una forma in cui non c'è lo scambio della cosa per il prezzo, ma solo il trasferimento di proprietà cosa): si attua quindi la conversione e la compravendita si trasforma in donazione. Il negozio giuridico compravendita resta improduttivo di effetti, ma si può trasformare (convertire, dal latino *convertere*) in un negozio giuridico diverso di cui abbia tutti i requisiti previsti dall'ordinamento. Se il nuovo negozio ha tutti gli elementi essenziali, allora il negozio giuridico produce gli effetti del nuovo negozio giuridico. È il modo che i giuristi romani hanno trovato per salvare il negozio giuridico nullo, a cui manca uno degli elementi essenziali. La conversione, a differenza della convalida, che si prescrive in un anno, è **imprescrittibile**. Può essere fatta valere da tutti.

La convalida

Meno grave è la situazione dell'annullabilità e meno grave è quindi la cura: la **convalida** è l'**istituto in forza del quale la parte che ha interesse a far valere il vizio dichiara espressamente di voler rinunciare a questa eccezione**: non vuole eccepire l'esistenza di un vizio che ha perturbato la stipula del negozio giuridico. Indipendentemente dalla possibilità mia di annullare il negozio, decido comunque di non far valere la perturbazione. Ho quindi convalidato il negozio giuridico e gli effetti del negozio che si erano prodotti fin da subito continueranno a valere. Se io convalido il negozio, non sarà più una produttività "fino a che", ma una produttività uguale a quella di un negozio non perturbato. Questo ci dà la forza di capire che il negozio giuridico convalidato è identico a un negozio che non ha mai avuto un vizio. Si tratta di una cura più semplice ed efficace, che consente di cristallizzare per sempre gli effetti del negozio stipulato.

Conversione e convalida sono quindi i due strumenti con cui si possono curare le patologie del negozio giuridico. Quello che appare come una spiegazione sintetica è frutto di una lunga riflessione dei giuristi, che già supera l'originaria distinzione tra validità e invalidità. Si tratta di una riflessione che arriva fino ai giorni nostri e infatti un cenno alla disciplina positiva vale la pena farlo. Di nullità del contratto parla il nostro Codice civile nel libro IV al capo XI:

- **l'art 1421 - Legittimazione all'azione di nullità** ci dice proprio che la nullità può essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse (proprio come dicevano i Romani), visto che la nullità è una malattia talmente grave che tutti possono farla valere (in epoca romana rivolgendosi al pretore).
- **L'art. 1422 - Imprescrittibilità dell'azione di nullità** ci racconta come l'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, proprio come ci dicevano i Romani.
- **L'art. 1423 - Inammissibilità della convalida** riprende proprio l'insistenza sulla differenza tra le due patologie: il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente. Non possiamo quindi confondere i due piani, perché le patologie sono molto diverse e le cure sono quindi molto diverse.
- **L'art 1424 - Conversione del negozio nullo** ci dice proprio che la cura del negozio nullo è la trasformazione del negozio nullo in un altro negozio: il contratto nullo (negozio nullo, avrebbero detto a Roma) può produrre gli effetti di un contratto diverso del quale contenga i requisiti di sostanza (volontà, causa, oggetto) e di forma.

E dopo aver parlato della nullità, il nostro codice parla anche dell'annullabilità: gli articoli sull'annullabilità sono molto pochi:

- il primo si chiama **Art. 1441 - Legittimazione**: l'annullamento del contratto può essere richiesto solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge.
- **Art. 1442 - Prescrizione**: l'azione di annullamento si prescrive in cinque anni (a differenza del diritto romano, per cui si prescriveva in un anno). Se l'azione si prescrive, allora gli effetti continuano a prodursi come un normale negozio senza perturbazioni. Questa prescrizione c'è perché il diritto cerca sempre di dare certezza alle relazioni tra consociati.
- Si chiude con la trattazione dell'azione di annullamento con **l'articolo 1444 - Convalida**: il contratto annullabile può essere convalidato dal contraente al quale spetta l'azione di annullamento, mediante un atto che contenga la menzione del contratto e del motivo di annullabilità, e la dichiarazione che s'intende convalidarlo. In questo modo, gli effetti continueranno a prodursi come quelli di un negozio che non ha perturbazioni.

La disciplina dei vizi del negozio giuridico era originariamente regolata dallo *ius honorarium* e poi venne assunta dall'ordinamento dello *ius civile*. Il pretore, accertata la fondatezza della situazione del contratto viziato, concede un'azione che permetta di far cadere gli effetti del negozio giuridico. Per arrivare a questa precisa spiegazione e distinzione, la riflessione è stata infatti molto lunga e meditata. Per arrivare a questo risultato i giuristi romani hanno compiuto quindi una riflessione complessa. Uno dei passi più importanti del *Digesto*, che ha portato a questa disciplina è il seguente: ***Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalidescere*** ("Ciò che all'inizio è viziato, non può con il decorso del tempo essere convalidato", celebre brocardo del giurista **Giulio Paolo**, l'autore più citato nella compilazione del *Corpus iuris civilis*). Decorso l'anno, non ha più senso convalidare il negozio, perché è già la legge stessa che rende definitivamente produttivo il negozio viziato. E, allo stesso tempo, non basta il passare del tempo per convalidare il negozio giuridico: serve anche una dichiarazione. Si tratta del risultato di una riflessione straordinariamente importante che sta dietro.

LE SUCCESSIONI MORTIS CAUSA

Si tratta di un tema che ha occupato i giuristi romani in maniera straordinariamente importante: è l'argomento che ha visto il maggior numero di interventi da parte dei giuristi romani. È un argomento che richiede anche oggi la maggiore attrezzatura concettuale e terminologica: gli argomenti che costituiscono l'oggetto di questa ultima riflessione hanno una particolarità che gli altri istituti non hanno e che è così importante che deve essere introdotta immediatamente. L'argomento è un argomento che ci deve impegnare perché è un argomento con cui i Romani ipotizzano che la produttività degli effetti di un atto di un cittadino romano si realizzi dopo la morte di questo soggetto. Dobbiamo, cioè, studiare la produzione degli effetti di un atto giuridico dopo la morte di un soggetto. Dobbiamo disciplinare come io disponga dei miei beni dopo la mia morte e solo dopo la mia morte si produrranno quegli effetti. Dobbiamo occuparci quindi delle successioni *mortis causa*.

Anche la parola successione deriva dal latino ***succedere***, che qualifica il subingresso di un soggetto nella posizione giuridica di un altro soggetto. Ma i giuristi romani, e Gaio in particolare, ci raccontano che per parlare di successioni dobbiamo prima di tutto distinguere tra succedere *inter vivos* e *mortis causa*: nelle prime i diritti si trasferiscono tra vivi e ce ne siamo già occupati; nelle seconde i diritti si trasferiscono in seguito alla morte di un soggetto. Possiamo distinguere:

- successione universale: si subentra in tutta la posizione giuridica. Si parla in questo caso di ***hereditas***.
- successione particolare: si subentra in una o più posizioni giuridiche particolari. Si parla in questo caso di ***legatum***.

Quando si parla di un soggetto che è morto si usa solitamente l'espressione ***de cuius*** (che in latino non significa nulla, visto che vuol dire *di cui*): *de cuius* è un'espressione estrapolata da una frase latina che si riferisce alla successione universale e che nella versione completa è: ***de cuius hereditate agitur*** (della cui eredità si tratta). Si parla quindi del soggetto della cui posizione giuridica si discute *mortis causa*.

Il modo in cui il diritto romano disciplina il subingresso a un soggetto che è morto è fondamentale per capire uno degli istituti più importanti del nostro ordinamento, che nel Codice civile sta prima di moltissimi altri istituti: sta infatti nel libro II - Delle successioni.

Nel diritto romano, così come nel diritto positivo, esistono modalità di successione con cui si vuole privilegiare il nucleo familiare, mentre successioni con cui si vuole privilegiare la libertà di

disposizione. Si contrappongono quindi due modalità di successione, due modalità di sostituzione del titolare del patrimonio, che sono definite:

- **Successione *ab intestato*** (successione intestataria o legittima): i beni si succedono senza testamento (tramite regole di diritto), in maniera automatica
- **successione testamentaria**: i beni vengono trasferiti in forza del testamento, cioè di un atto del soggetto che muore che il diritto chiama *testamentum*

Già nella fase arcaica dello sviluppo romano si contrappongono e convivono queste due modalità di trasmissione. Si tratta di una contrapposizione che ci pone immediatamente un problema sulla possibilità di una convivenza di questi due sistemi e soprattutto se nel sistema civile della fase arcaica è stata introdotta prima una o l'altra modalità di successione.

La risposta a questa seconda questione, sulla precedente origine di una modalità successoria o dell'altra, è molto dibattuta ancora oggi. Gli argomenti che si pongono in difesa di una ipotesi o di un'altra sono le seguenti: nel caso della successione intestata, si mette in evidenza il fatto che nella primaria fase la *civitas* era formata da una serie di famiglie che si raggruppavano nella *gens* e quando ancora non c'era uno Stato che assolveva le funzioni di difesa e organizzazione, questo ruolo era svolto dalla famiglia e non è strano immaginare che le forme di successione *mortis causa* volessero tutelare proprio il nucleo familiare che costituiva il fondamento della originaria *cives*. Chi sostiene la priorità storica della successione testamentaria mette in evidenza il ruolo importantissimo del *paterfamilias*, che, avendo un potere davvero molto grande, era difficile che non potesse scegliere come destinare i suoi beni dopo la morte.

Molto si basa quindi sulla struttura originaria della *cives*, molto sulle fonti, molto sulla disciplina concreta.

La successione legittima (*ab intestato*)

Nel caso della successione legittima si devono individuare i "successibili" del *pater*, l'unico soggetto con la capacità patrimoniale. Il diritto romano, lo *ius civile*, prevede nella fase arcaica che alla morte del *paterfamilias* subentrino prima di tutto:

- gli ***heredes sui*** (figli e figlie);
- Il diritto civile non si ferma qui e prevede una seconda categoria, che prende il nome di ***adgnati proximi***, cioè i parenti in linea maschile del *paterfamilias*;
- la terza categoria è formata dai ***gentiles***, cioè dai componenti della *gens*, cioè la formazione che stava alla base della originaria *civitas* romana.

E allora da questa preliminare divisione abbiamo indicazioni importanti sulla risalenza di questo tipo di successione: il riferimento ai *gentiles* sta a significare che in quel momento storico, lo Stato non era ancora formato e la *civitas* era formata dalle *gentes* e quindi la famiglia assumeva sicuramente un ruolo fondamentale.

Queste riflessioni ci fanno capire quanto sia importante avere la chiarezza espositiva sul tipo di successione e una completa visione degli elementi a favore di una o dell'altra categoria ci si offre solo se studiamo anche i caratteri fondamentali della successione testamentaria.

Nell'epoca arcaica, alla morte del *pater* lo scopo sociale della successione *ab intestatio* era il mantenimento dell'unità del gruppo familiare, raggiunto tramite il subentro nella posizione del *de cuius* del primo erede maschio. Questo è il caso tipico della famiglia *communi iure*. Con lo sviluppo sociale di Roma, si passa prima a una potestà congiunta di tutti i figli, e in un momento successivo

alla famiglia *proprio iure*, in cui nel caso di morte del *pater*, la famiglia si scinde in tante famiglie aventi come *paterfamilias* ognuno degli eredi maschi.

La successione testamentaria

La prima forma di testamento di cui le fonti ci parlano è

- il **testamentum calatis comitiis**, cioè il testamento a comizi riuniti, che sta a significare che nell'epoca in cui il potere legislativo era affidato ai comizi, a loro era anche affidato l'istituto della *adrogatio*, ma anche il ruolo di assistere al *testamentum calatis comitiis*: gli effetti di questo testamento avevano tale rilevanza che doveva essere tenuto davanti ai comizi riuniti. In quelle due volte all'anno in cui si riunivano i comizi, essi dovevano quindi anche svolgere questo ruolo.
- una disposizione più recente dei propri beni dopo la morte è il **testamentum in procintu**, cioè il testamento in procinto di partire per la guerra. Il soldato che sta partendo per la guerra perfeziona il testamento in procinto davanti al comandante militare, a cui comunica le proprie ultime volontà. Si tratta di un istituto che nasce quando Roma inizia a espandersi, grazie soprattutto alle campagne militari.
- **testamentum per aes et libram** (testamento per bronzo e bilancia, un'evoluzione della *mancipatio*): richiama quelle forme di trasferimento di proprietà dei beni che si svolgeva *inter vivos* con la *mancipatio*: anche nel caso delle successioni *mortis causa* esiste una forma di successione che prevede una bilancia con un pezzo di bronzo che simboleggia il valore dei beni e il *paterfamilias* dispone che i beni vadano a un soggetto da lui stabilito. Il *testamentum per aes et libram* è quindi un **negozio librare**. La *mancipatio* applicata al sistema delle successioni *mortis causa* è un'evoluzione della semplice *mancipatio*, un'evoluzione che passa attraverso quella che le fonti chiamano *mancipatio familiae*, che dando buona prova si trasforma in un vero e proprio modo di successione. La presenza di cinque testimoni vale anche in questo caso e questa presenza ha quindi un valore probatorio. **Gaio** ci racconta questa evoluzione e racconta agli studenti in epoca classica, cioè dopo questa evoluzione, che è uno dei metodi di successione.
- Ma il tema delle successioni subirà ulteriori modifiche nell'epoca di Giustiniano: succede che, proprio come venne meno la *mancipatio* quale modo trasferimento della proprietà, anche il testamento per *aes et libram* cade gradualmente in disuso e si affermerà gradualmente, per essere poi disciplinato completamente nel codice di Giustiniano, **l'istituto del testamento scritto**: la novità è il testamento scritto (quello che anche Ippazio fece) e il valore che la scrittura aveva nelle disposizioni di ultima volontà, trova conferma nel fatto che, al posto dei cinque testimoni difficili da trovare, il testamento scritto viene redatto di fronte a un soggetto specifico che prende il nome di **notarius**.

Capacità di testare

Vi sono due categorie di persone che non possono fare testamento: coloro che non sono titolari di un patrimonio e coloro che non possono disporre del loro patrimonio perché ritenuti incapaci di agire e quindi non possono fare testamento oppure possono farlo solo con l'autorizzazione del tutore (sordi, prodighi, pazzi, impuberi e donne). Queste incapacità vennero ad attenuarsi nel corso del tempo. Alle donne, per esempio, si consentì di fare testamento con l'*auctoritas* del tutore legittimo. In età imperiale fu loro concesso di scegliersi come tutore un amico che dava senza difficoltà il suo assenso.^[1] Incapaci di essere istituiti eredi invece sono tutti coloro che non hanno capacità giuridica. Le donne non potevano essere istituite eredi per testamento da coloro che

appartenevano alla prima classe del censo, ovvero coloro che possedevano un patrimonio superiore a 100mila assi. Questa limitazione venne aggirata grazie all'uso dei fedecommissi.

Bonorum possessio

In epoca classica ci si domanda come fosse possibile che in questo rigido sistema non avesse un qualche ruolo anche la moglie, che alla morte del marito si trovava priva di tutela giuridica secondo lo *ius civile* e allora le ipotesi che le fonti danno è che la moglie dovesse lasciare la casa in cui aveva vissuto cinquant'anni col marito in quanto i beni del marito defunto senza aver lasciato andavano ai successibili intestati o a quelli designati dal testamento: si crea quindi un conflitto tra la moglie e i successibili intestati. L'evoluzione di Roma fece sì che la situazione della donna assumesse rilevanza e che la donna potesse lamentare mancanza di tutela da parte del diritto civile: la moglie, che si trova in una posizione meritevole di tutela, si rivolge al pretore, che in prima battuta tutela la posizione della moglie valorizzando quello che era stato indubbiamente un comportamento di fatto su cui il pretore era intervenuto anche *inter vivos*: tutelava il possesso da parte della moglie dei beni ereditari, introducendo un sistema di tutela della moglie chiamato **bonorum possessio**, cioè possesso dei beni (in questo caso possesso dei beni ereditari). La tutela del possesso concede quindi alla moglie di avere tutela giuridica nei confronti di terzi attraverso la tutela di fatto del possesso da parte del pretore. Si realizza così una forma di successione che non era coerente con la successione dello *ius civile* e che per questo viene chiamata successione pretoria, successione onoraria: viene introdotta una nuova categoria di successibili.

La successione onoraria veniva tutelata nei singoli casi e con singole modalità: le fonti di Gaio, che su questo tema è particolarmente attivo, ci raccontano quante sono le singole ipotesi e le singole modalità. Lo *ius honorarium* compie quindi un'operazione centralissima: attraverso la tutela della moglie, si introduce una forma di successione con la quale il ruolo della donna viene tutelato indipendentemente da quello che dice il diritto civile e indipendentemente da quello che dice anche il testamento: sia che il testamento esista, sia che il testamento esista ed escluda la moglie dalla successione, la successione onoraria apre la strada a una terza forma di successione che opera indipendentemente da tutto il resto. Non può il *de cuius* disporre per intero dei propri beni, ma deve destinarne necessariamente una parte alla moglie. Viene introdotta quindi una successione nuova che anche oggi è prevista: esistono dei membri della famiglia che sono destinatari dei beni del *de cuius* indipendentemente dalla volontà di costui. Oggi questa successione prende il nome di successione necessaria, nata dall'esigenza di tutelare la donna che non rientrava tra i successibili.

Bisogna affrontare anche una lettura del Codice civile, per capire quanto la regolamentazione delle successioni in epoca romana abbia influenzato il diritto positivo: naturalmente, il vero problema è se l'atto del testamento possa o meno produrre effetti dopo la nostra morte.

Ci troviamo quindi al libro II - Delle successioni e in particolare:

- nell'**articolo 457 - Delazione del testamento**: l'eredità si devolve per legge o per testamento.
- Apparentemente non ci sono problemi, perché anche nel nostro ordinamento si disciplinano nella successione per legge le categorie dei successibili: siamo all'**articolo 565 - Categorie dei successibili**. Non è un caso che il nostro ordinamento disciplina per primo, in ordine, la successione legittima.
- Dopo questo, all'**articolo 587 - Testamento**, il codice si occupa delle successioni testamentarie: il testamento è un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo in cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o di parte di esse.

- Abbiamo poi visto una terza categoria, che sta a metà strada tra le due forme di successioni e che è stata introdotta dal diritto onorario, e vediamo questa sussunzione nell'ordinamento civile e quindi positivo all'**articolo 536 - Legittimari**: Le persone a favore delle quali la legge riserva una quota di eredità o altri diritti nella successione sono: il coniuge, i figli, gli ascendenti. La *ratio* con cui è stato scritto il Codice civile in questo punto è la stessa *ratio* con cui a Roma si stabilì che alcuni famigliari stretti avevano bisogno di tutela in ambito successorio.

Legatum

Parliamo di legati in relazione a una successione *mortis causa* a titolo particolare: ci si rende conto che bisogna regolamentare le situazioni in cui il *de cuius* volesse lasciare una parte sola del patrimonio. La riflessione, assai complicata, trova soluzione nel secondo commentario di Gaio, che ci parla di *quattuor genera legatorum* (**Gaio**):

1. **legatum per vindicationem**: prevede che alla morte del *de cuius* il bene legato (o comunque la posizione giuridica) si trasferisca al legatario automaticamente e direttamente. Questo tipo di legato ha quindi effetti reali.
2. **legatum per praeceptionem**: alla morte del *de cuius*, dava al legatario (che è uno dei coeredi) il diritto di apprendere direttamente la cosa legata prima che gli eredi procedano alla divisione dell'eredità. Si tratta di un legato a effetti reali.
3. **legatum per damnationem**: alla morte del *de cuius* l'erede è obbligato a consegnare la cosa legata al legatario. Non si diventa automaticamente proprietari. Gli effetti non sono quindi reali, ma obbligatori.
4. **legatum sinendi modo** (*sinere* vuol dire non impedire): alla morte del *de cuius* l'erede non deve impedire al legatario di apprendere il bene legato. Si parla quindi di effetti obbligatori negativi: l'erede ha l'obbligo di compiere un'attività negativa.

La prima legge comiziale che disciplina un importo massimo per l'eredità dei legatari è la *Lex Furia testamentaria*, secondo cui il valore massimo delle eredità dei legatari era di 10'000 assi (un importo successivamente convertito in sesterzi). Con la *Lex Voconia* l'impostazione cambia, prescrivendo invece che non poteva essere lasciato un importo superiore a quello lasciato agli eredi; mentre con la *Lex Falcidia* la quota dedicata esclusivamente agli eredi sale ai tre quarti del patrimonio del *de cuius*.

Gaio ci spiega queste ipotesi facendo esempi relativi alla successione dello schiavo Stico.

FEDECOMMESSI E CODICILLI

Il **fedecompresso** era una disposizione di ultima volontà, a titolo particolare o universale, formulata in termini non imperativi, ma in forma di preghiera rivolta all'erede legittimo o testamentario. Essa poteva essere contenuta nel testamento o in un'appendice indipendente dello stesso, chiamata *codicilli*. Le ragioni della fortuna del fedecompresso sono di facile comprensione; oltre a non richiedere alcuna formalità, esso permetteva di fare pervenire il proprio patrimonio, in tutto o in parte, anche a persone che non potevano essere istituite eredi (ad esempio, i figli non ancora concepiti) e di aggirare le disposizioni limitative della libertà di ereditare, come, ad esempio, quelle della *lex Voconia*: quel che le donne non potevano avere come eredi, potevano ricevere per fedecompresso.

Col termine **codicilli** (sempre adoperato al plurale) si indicava un documento scritto, per il quale non era richiesta alcuna formalità. Questo istituto fu riconosciuto per la prima volta da Augusto. Si

distingue fra codicilli confermati e codicilli non confermati: i primi sono quelli cui si fa espresso riferimento nel testamento o per confermarli (se precedenti ad esso) o per preannunciare che vi si ricorrerà a integrazione del testamento. I secondi sono quelli che non vengono menzionati nel testamento. I *codicilli* confermati possono contenere validamente qualsiasi disposizione che possa essere contenuta in un testamento ad eccezione, ovviamente, dell'istituzione di erede. Quelli non confermati possono contenere solo fedecommissi.

Donatio

Quando parliamo delle successioni, non possiamo non parlare di **donatio**, cioè un negozio a titolo gratuito, quindi senza la previsione di un corrispettivo. Si tratta di un istituto che noi abbiamo studiato seguendo le esemplificazioni fatte dai giuristi romani parlando della conversione del negozio giuridico. Quando c'è il trasferimento di una *res* senza la previsione di un corrispettivo, si parla di donazione.

Per un lungo periodo, essa non avrà una regolamentazione completa dal punto di vista giuridico: sarà riconosciuta completamente solo in epoca post-classica, in particolare con una costituzione imperiale dell'imperatore Costantino (IV secolo dopo Cristo). Non è indifferente l'influenza della religione cattolica sull'imperatore Costantino. Nel nostro ordinamento la donazione è disciplinata in modo rigoroso, richiamando proprio il contenuto della costituzione di Costantino. La cancelleria imperiale prevedeva che la donazione avesse valore giuridico solo se erano rispettati i requisiti formali di:

- **forma scritta**, senza la quale non poteva darsi seguito a una disciplina della donazione
- **la presenza di testimoni**, che confermassero la rinuncia da parte di chi aveva rinunciato alla *res*.

Inoltre, era necessaria per l'opponibilità *erga omnes* la trascrizione dei pubblici registri la donazione (un istituto trasmesso anche all'ordinamento contemporaneo). Con Giustiniano la trascrizione diventa necessaria solo in casi di donazioni di valore rilevante.

Gli schiavi e l'eredità - Gli status

Partendo dal tema delle successioni e quindi dal tema della capacità di essere eredi, dobbiamo domandarci chi ha la capacità di essere erede: non soltanto quindi la capacità di fare testamento (cfr. negozio giuridico), ma dal punto di vista passivo chi può essere erede.

Non c'è dubbio che gli schiavi non possono ricevere per testamento, ma il problema si pone sotto il profilo giuridico a proposito di quegli schiavi che vengono liberati dalla condizione servile. In un certo momento dello sviluppo di Roma, si prevede la libertà dello schiavo tramite l'istituto della *manumissio*, con cui si libera lo schiavo dalla condizione servile. Lo schiavo liberato dalla condizione servile si chiama liberto.

Bisogna quindi occuparsi delle forme di affrancamento dello schiavo e della **condizione dei cittadini romani in riferimento alla libertà**: si parla quindi di **status libertatis**. A Roma ci sono infatti i cittadini liberi e ci sono cittadini schiavi. I cittadini liberi possono ricevere per testamento, mentre gli schiavi non possono ricevere per testamento. Tra le due condizioni ci stanno i liberti, cioè coloro che erano schiavi, ma sono liberati dalla condizione servile. Questo è utile ai nostri fini, perché lo *status libertatis*, se posseduto, permette di succedere per testamento; al contrario, se non posseduto, non permette di succedere per testamento.

Si poneva il problema di regolare la capacità dei liberti di ricevere per testamento. Cerchiamo di dare anche noi una soluzione al problema, ma non prima di aver analizzato le condizioni di liberi, schiavi e liberti.

I cittadini liberi possono quindi succedere per testamento, mentre gli schiavi non possono succedere per testamento, ma possono essere oggetto di testamento.

Il profilo che rileva è sapere se la condizione servile sia o meno una condizione immutabile e poiché abbiamo dato una risposta negativa, sapere come essere liberati da tale condizione e sapere se il liberto possa o meno succedere.

Per rispondere a questa domanda, dobbiamo innanzitutto domandarci quali siano le cause della schiavitù:

- **Prigionia di guerra (*captivitas*):** cittadino non romano fatto prigioniero di guerra dai Romani.
- **Nascita da madre schiava:** che non consente di liberarsi da questa condizione.
- **Deditio:** per chi avesse violato le regole dei rapporti fra territori diversi. Ci riferiamo a chi tradisce le regole di una corretta gestione dei rapporti tra Roma e i territori conquistati, per esempio fornendo informazioni che possono essere a favore dell'una o dell'altra parte.
- **Vendita *trans Tiberim*:** per alcune fattispecie, come quella del debitore insolvente (cfr. *legis actio per manus iniunctionem*) e la diserzione al servizio militare, che costituiscono le due ipotesi più importanti in forza delle quali il cittadino può essere venduto *trans Tiberim*.
- **Noxae deditio:** il padre non solidarizza col sottoposto che ha commesso il delitto e quindi il sottoposto entra nella famiglia del creditore assumendo una posizione inferiore a quella dello schiavo.

Se queste sono le cause della schiavitù e se abbiamo chiara la distinzione tra titolarità dello *status libertatis*, occorre procedere alla spiegazione delle ipotesi in cui ci si può liberare dalla condizione servile.

L'istituto che consente la liberazione dalla schiavitù si chiama *manumissio*, atto con cui si libera lo schiavo dalla condizione servile (*liberto*).

L'aumento del numero degli schiavi comporterà il superamento del rigore formale iniziale e previsto dallo *ius civile*, che avverrà ancora una volta grazie al diritto onorario.

Le prime forme, previste dallo *ius civile*, sono:

- ***manumissio testamento*:** nella scheda testamentaria il *dominus* dichiarava di voler liberare lo schiavo. Bisognava aspettare la morte per la liberazione.
- ***manumissio vindicta*:** si svolgeva di fronte al magistrato e il *dominus* non rivendicava la proprietà dello schiavo di fronte alla dichiarazione dell'acquirente. Siamo davanti al magistrato, Tizio dichiara di essere proprietario dello schiavo che è mio, io non rivendico la proprietà dello schiavo. Il *dominus* non eccepisce nulla e questa è l'evoluzione di un altro istituto già analizzato, che ci testimonia il fatto che siamo di fronte a un processo in cui si verificano effetti analoghi: siamo davanti all'evoluzione della *in iure cessio*.
- ***manumissio censu*:** consisteva nell'iscrizione dello schiavo nelle liste del censo, a cui erano iscritti soltanto i cittadini romani liberi. Si tratta di un effetto automatico.

Si trattava di modalità rigide di liberazione dalla condizione servile e che sono coerenti con una realtà in cui il numero degli schiavi è ancora limitato. L'aumento del numero degli schiavi comporterà anche un aumento del numero di strumenti di liberazione, introdotti dallo *ius honorarium*:

- ***manumissio per epistulam*** (per lettera): dichiarazione del *dominus* di liberare lo schiavo.

- **manumissio inter amicos**: il *dominus*, in una riunione fra amici, dichiarava di volere liberare lo schiavo.
- **manumissio per mensam**: il *dominus*, in un banchetto, dichiarava di volere liberare lo schiavo.
- **(manumissio in sacrosanctis ecclesiis**: si svolgeva davanti al vescovo e fu introdotta solo dopo la forte influenza del cristianesimo).

Quello che conta è che, in tutti i casi in cui fosse intervenuta una manumissione, la condizione servile si trasformava in condizione di *liberto*. Il *liberto* non può fare testamento o ricevere per testamento (tranne che per fedecommesso, anche se l'imperatore Giustiniano eliminerà questa limitazione) e quindi l'equiparazione tra cittadini liberi e liberti non è completa, proprio per questa ragione.

Proprio per questo vale la pena rispiegare che al *liberto*, si contrapponeva lo stato degli *ingenui*, coloro che erano nati liberi e che fin dalla nascita godevano dello *status libertatis*. I liberti non erano *ingenui* e quindi i loro figli non erano *ingenui*. Un liberto non poteva diventare un ingenuo per adozione. Solo la terza generazione dei discendenti dei liberti erano uomini liberi.

Accanto allo *status libertatis*, il diritto romano parla di **status civitatis**: condizione nei confronti della *civitas*, che permette di distinguere i consociati in:

- **cittadini**: la cittadinanza si acquista con
 - la nascita all'interno della *civitas*
 - la concessione della cittadinanza: per esempio, tramite la manumissione: gli schiavi non sono cittadini, mentre i liberti lo sono

A un certo punto della storia di Roma, sempre davanti a un aumento del numero di coloro che venivano da territori esterni a Roma, si concederà la cittadinanza, intesa nel senso più ampio del termine, a tutti gli abitanti di Roma (tramite l'editto di Caracalla, cioè la *Constitutio Antoniniana*, editto con cui, nell'anno 212 d.C., l'imperatore Antonino Caracalla concesse la cittadinanza romana a tutti, o quasi, gli abitanti dell'Impero. Tra i pochi esclusi vi erano i cosiddetti *dediticii*, ossia i non Romani formalmente privi di ogni altra appartenenza cittadina. L'emissione dell'editto fu ispirata da finalità del tutto contingenti, di natura per lo più fiscale, volendo l'imperatore generalizzare le imposte fino allora dovute dai soli *cives*).

- **stranieri**

Accanto a questi *status*, consideriamo anche lo **status familiae**: la condizione nei confronti della famiglia. Naturalmente, non torniamo a parlare di quella che è la distinzione più importante dei soggetti all'interno della famiglia, tra soggetti *alieni iuris* e *sui iuris*.

Abbiamo visto che tutti questi *status* sono collegati sempre a una distinzione tra gli individui, che Gaio chiama *summa divisio personarum*. Gaio parla di *summa divisio* anche in altri ambiti.

Nella famiglia dobbiamo quindi parlare del modo in cui il *paterfamilias* esercita la *manus* sulla moglie. I modi attraverso i quali si celebra il matrimonio tra marito e moglie e quindi tramite cui si impone la *manus*. Ovviamente si avrà anche in questo caso un'evoluzione, siccome il potere imposto dal *paterfamilias* sulla moglie sarà sempre meno rilevante.

- **Confarreatio**: cerimonia con cui marito e moglie si dividono una focaccia di farro.
- **Coemptio**: una finta vendita della donna al marito, evoluzione della *mancipatio*.
- **Usus**: la convivenza prolungata della donna presso la casa del marito (senza che la donna si allontani per più di tre notti, perché altrimenti questo *usus* si interrompeva: si parla di

trinoctium o *trinoctis usurpatio*). Il comportamento continuativo della donna, l'*usus* portava all'imposizione della *manus*.

Il matrimonio acquista una precisa legislazione da parte dell'**imperatore Augusto**. Sicuramente la legislazione matrimoniale di Augusto mette in evidenza come un'evoluzione della concezione del rapporto marito-moglie superi la rigidità della *manus* e permette anche di arrivare al *divortium*, quale segno di un'affermazione della posizione della donna. Il *divortium* andò a scardinare l'idea del ***consortium omnis vitae***.

Interessante è sapere che uno dei più grandi sostenitori del referendum sul divorzio fu proprio un professore di diritto romano, Gabrio Lombardi, che sosteneva l'importanza dell'antichità del vincolo matrimoniale.

APPROFONDIMENTO: L'*AEQUUM IUDICIUM* NELL'ESPERIENZA PROCESSUALE ROMANA. IL GIUSTO PROCESSO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO E IN QUELLO EUROPEO

Quando è sorta la necessità di un processo europeo, ci si è affidati al modello del processo romano, basandosi sui principi dell'*aequum iudicium*. Questa è una caratteristica essenziale del processo moderno, che è tratta direttamente dal diritto romano. Per comprendere pienamente il concetto di processo giusto, è necessario distinguere processo accusatorio (in cui la prova si forma all'interno del processo) e inquisitorio (basato su prove al di fuori del processo). Nel processo accusatorio, colui che sostiene l'accusa è distinto dalla figura del giudice, mentre nel processo inquisitorio queste figure coincidono. Per avere un processo giusto, era necessario un processo accusatorio, e un processo in tempi ragionevoli.

Nell'ordinamento giuridico italiano, l'idea di *aequum iudicium* è trasfusa nell'**articolo 111 della Costituzione**, che nella nuova formulazione dice che i processi devono svolgersi in tempi ragionevoli: solo in questo caso possiamo parlare di giusto processo, di quello che a Roma veniva chiamato *aequum iudicium*, che oltre a essere alla base di quell'articolo è anche alla base dell'**articolo 6 della CEDU**.

La natura pubblicistica, **i tempi ragionevoli, l'imparzialità del tribunale e la possibilità in caso contrario di riesame della sentenza**, sia per quello che è di natura civile sia quello che è di natura penale: questi sono i caratteri del giusto processo. Il processo è giusto se è prevalentemente accusatorio: dobbiamo avvicinarci a un sistema in cui vige il principio dell'*accusatio*. Non è lo stesso giudice che apre il processo: nel processo inquisitorio colui che apre il processo e colui che decide sono la stessa persona. Il principio dell'alterità fisica è essenziale per un processo accusatorio e un processo giusto. Il tribunale, in questo senso, non potrebbe essere indipendente e imparziale. Deve esserci una distinzione fisica tra colui che decide l'accusa e colui che decide. Il giudice, nel processo accusatorio, sta sopra le parti. La nostra Corte costituzionale è intervenuta per spiegare cosa significhi *tribunale indipendente e imparziale*: il tribunale non deve avere giudizi precostituiti. Non basta che il giudice sia diverso fisicamente dalle parti, ma deve anche non avere pregiudizi. È indipendente e imparziale se non nella sua testa la decisione prima ancora che inizi il processo: è nel giudizio che deve formarsi il convincimento del giudice. Soltanto il giudizio che porta alla sentenza è un giudizio che può essere riesaminato in forza del principio del giusto processo. Anche i Romani ci dicono che quando il giudice ha un *prae-iudicium* non si può nemmeno parlare di

riesame, perché il *prae-iudicium* non merita nemmeno il nome di sentenza. Il pregiudizio non vale nulla nel diritto e nel diritto processuale romano e così non può averlo oggi.

Tutti gli ordinamenti europei si basano su questo principio dell'articolo 6. L'articolo 6 riprende in modo evidente le parole del diritto romano.

Articolo 6 CEDU, comma 1°:

"1. Ogni persona ha diritto ad un'equa e pubblica udienza entro un termine ragionevole, davanti a un tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, al fine della determinazione sia dei suoi diritti e dei suoi doveri di carattere civile, sia della fondatezza di ogni accusa penale che gli venga rivolta. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o una parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la tutela della vita privata delle parti nel processo, o nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale quando, in speciali circostanze, la pubblicità potrebbe pregiudicare gli interessi della giustizia".

Questo principio, nell'ordinamento italiano, ha portato all'emanazione dell'articolo 111 della costituzione, che in una nuova versione è stato modificato. L'articolo 111 nella nuova formulazione è un articolo che si modella sulle regole dettate dall'articolo 6 della CEDU. Il dibattito che ha portato alla nuova versione aveva l'obiettivo di far sì che in Italia il processo potesse definirsi come giusto processo. Le vicende quotidiane avevano sottolineato qualche criticità e quindi si pone la necessità di uniformare il diritto italiano al diritto della CEDU e quindi, in qualche modo, al diritto romano. I problemi pratici riguardavano soprattutto alcuni poteri inquisitori.

Articolo 111 Costituzione:

"1. La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge.

2. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata.

3. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo (1) (2)".

Caratteristiche necessarie per un processo giusto

1. Il processo è solamente giusto se il giudice è terzo e privo di *prae-iudicia*: un tribunale imparziale e un processo accusatorio.
2. Riprende il concetto romano di parità d'armi, ovvero di parità tra gli strumenti disponibili all'accusa e la difesa.
3. Pubblicità, il processo deve essere svolto in maniera pubblica
4. Durata ragionevole
5. Possibilità di un riesame

Queste caratteristiche sono chiaramente riprese dal processo romano, in particolare la *cognitio extra ordinem*. Solo il giusto processo applica il comando secondario secondo le regole del sistema

accusatorio. Nel nostro ordinamento ci deve essere parità nel processo ed esso si deve svolgere un processo equo e imparziale, un giudice che non ha *prae-iudicia*. Inoltre, il processo deve avere una ragionevole durata. Anche nel processo penale vige il principio del sistema accusatorio e quello della ragionevole durata del processo.

Il processo criminale

Il sistema della *cognitio extra ordinem* ci fa pensare, per l'importanza del sommo giudice, che sia prevalentemente inquisitorio, ma in realtà nella pratica rimane una grande attenzione alle accuse: il sistema accusatorio, fermo restando il potere dell'imperatore, è quello che garantisce il giusto processo. Quindi gli imperatori sanno che devono mantenere il sistema delle *accusationes*. L'imperatore è il sommo giudice, ma vuole che comunque il processo venga svolto anche sotto le accuse: il processo criminale di epoca postclassica vede infatti alcuni reati perseguiti in modo inquisitorio e altri in modo accusatorio.

Iniziano con una *accusatio* tutti i processi che coinvolgono solo la parte offesa (proprio come oggi, in cui serve la denuncia), ma **ci sono alcuni reati che turbano l'intera collettività (omicidio) e che quindi vengono perseguiti con un sistema inquisitorio**. Fermo restando il sistema accusatorio, alcuni reati vengono perseguiti con sistema inquisitorio.

Troviamo quindi una distinzione che nasce dalla riflessione che abbiamo fatto su *delicta* e *crimina*: i delitti sono puniti solo con il pagamento di una somma di denaro, mentre per esempio il parricidio e la *perduellio* la pena è la morte e il sistema che eventualmente porta a questa pena è inquisitorio: questo, in qualche modo, è quello che succede anche oggi anche se con risultati diversi a livello di pena.

Quando occorre reprimere i comportamenti che perturbano l'intera collettività (***crimina***) si utilizza il sistema del processo criminale. Aspettiamoci un'evoluzione sul processo criminale analoga a quella analizzata in riferimento al processo civile.

FASE ARCAICA

I re irrogavano le **sanzioni capitali** contro chi compiva dei *crimina*. Sono proprio su questi *crimina* che venivano emanate le leggi regie. Questo è il tipico caso di un processo inquisitorio: non c'è alcuna distinzione tra chi inizia il processo e che decide la colpevolezza dell'indagato (il *rex*). Siamo lontanissimi dall'*aequum iudicium*.

FASE CLASSICA

Si sviluppano dei tribunali che si chiamano ***iudicia populi***, proprio perché sono i rappresentanti del popolo a decidere su comportamenti che sono particolarmente gravi. La stessa componente che è perturbata delega dei rappresentanti per giudicare quel comportamento. Anche oggi in alcuni casi previsti dal diritto penale ci sono, oltre ai giudici togati, anche dei giudici popolari.

Si ha un grande passo avanti verso l'*aequum iudicium*, dato che coloro che portano avanti l'accusa, i magistrati, sono distinti da coloro che emanano le sentenze, i ***iudicia populi***.

Ovviamente riunire queste assemblee comportava un rallentamento nel giudizio, in un periodo in cui i comportamenti criminali aumentano molto rapidamente: è quindi necessario istituire nuove giurie per reprimere nuovi *crimina*, come **l'appropriazione di denaro pubblico da parte dei governatori**, o come i **brogli elettorali**. Vennero quindi istituite delle ***quaestiones extraordinariae***,

istituite per l'appropriazione dei fondi pubblici, per i brogli etc.: i *crimina* passarono da due a sette e poi da sette a nove. Si trattava quindi di giurie che si occupavano di tutti i nuovi *crimina*, ma non dei vecchi, di cui si occupavano le *iudicia populi*. Nelle *questiones extraordinariae*, come dicono le fonti romane, ci si allontana dal processo accusatorio che Roma cerca di mantenere, data la sovrapposizione di giudice e accusa.

Queste *quaestiones* daranno buona prova e a un certo punto dello sviluppo di Roma diventeranno *quaestiones perpetuae*, cioè dei veri e propri tribunali che si occupano di tutti i *crimina*. Nelle *quaestiones perpetuae* si ritorna, non più trattandosi di processi urgenti e straordinari, alla distinzione tra magistrato accusatore e il collegio di giudici dotati del potere decisionale.

FASE IMPERIALE

Nell'epoca in cui tutti i poteri si concentrano nelle mani dell'imperatore, il processo da utilizzare è quello della *cognitio extra ordinem*, che coincide sia in senso civile che in senso penale. Nelle sue mani vengono raccolti quindi tutti i poteri giurisdizionali. Il giudice tornerà ad essere unico, dato l'accentramento di tutto il potere giurisdizionale nelle mani dell'imperatore, ma portando per la prima volta l'istituto dell'*appellatio* al processo criminale.

AVVIO DEL PROCESSO CRIMINALE IN FASE CLASSICA E POSTCLASSICA

Dobbiamo fare un ulteriore approfondimento, per capire quale fosse il modo di iniziare un processo di natura criminale nell'epoca classica. Il processo in epoca classica in sede dell'attività criminale iniziava tramite l'**iniziativa di una parte**, e non di ufficio. Questa iniziativa veniva definita **accusatio**, un'accusa che consentiva l'avvio di un processo criminale. Questa caratteristica non è difficile da memorizzare: ancora non era pensabile un'iniziativa pubblica, ma era necessario che un rappresentante del popolo segnalasse questa attività. I processi che iniziano non d'ufficio sono processi che si chiamano accusatori.

Questo tipo di processo va tenuto distinto da un processo in cui non è necessaria l'accusa, ma in cui è previsto l'avvio mediante l'iniziativa dell'ufficio: si tratta della caratteristica tipica della *cognitio extra ordinem*. Quando il processo si avvia per iniziativa d'ufficio, come nel caso della *cognitio extra ordinem*, il processo si chiama **processo inquisitorio**, perché l'avvio è proprio la **inquisitio** pubblica, la *inquisitio* dell'imperatore. Questo è coerente con l'idea della figura dell'imperatore che svolge tutta l'attività giurisdizionale. Un sistema accusatorio puro e inquisitorio puro, comunque, non esiste. Nei sistemi in cui la salvaguardia dei cittadini è garantita è prevalentemente accusatorio. Ci fu, in questo senso, una grande riforma di questo aspetto nell'ultima parte del secolo scorso.

Leggendo le *Costituzioni* del Codice **Teodosiano** capiamo però che esiste una lieve incrinatura su questo schema: esiste un numero molto alto di riferimenti all'*accusatio*, quindi al precedente metodo di avvio del processo criminale. Il codice di Teodosio parla ancora di *accusatio* in molti casi che cita e quindi dobbiamo immaginare che nella *cognitio extra ordinem* si è sviluppata la differenza tra:

- **atti illeciti perseguibili d'ufficio** (quelli più gravi, quali i *crimina*) per i quali vige il processo inquisitorio;
- **atti illeciti perseguibili a seguito di denuncia di parte** per i comportamenti meno gravi, per i quali vige il processo accusatorio. La repressione dei comportamenti meno gravi, quindi, è ancora un tipo di processo che può essere definito accusatorio.

I comportamenti più gravi puniti senza la necessità di un'accusa, ma perseguiti d'ufficio, davano luogo a un **processo che si chiama criminale** che doveva portare a pene di particolare intensità, mentre i comportamenti meno gravi venivano perseguiti tramite un sistema accusatorio che doveva portare alla *poena*, e quindi tramite un **processo penale**.

Oltre a Teodosio e Giustiniano, troviamo anche un importante editto (*De accusationibus*) di Costantino che ci dice che, nonostante Costantino fosse raffigurato come un dio, precisa che il processo criminale nella sostanza doveva essere accusatorio. Non sappiamo come mai non sia contenuto nel codice di Giustiniano.

Collaborazione processuale

Ci sono due categorie di soggetti che possono sostituirsi all'accusator (oggi regolati dall'art. 58 ter del c.p.p.):

- *indices*: colpevoli del reato che si dissociano dal disegno criminoso (pentiti)
- *delatores*: soggetti non colpevoli che collaborano con la giustizia

A Roma è previsto non solo uno sconto alla pena degli *indices*, ma anche un corrispettivo in denaro per questi soggetti, un segnale evidente della grande necessità di aiuto alle autorità nel rintracciare e punire i responsabili del crescente numero di criminali.

Caratteristiche della collaborazione processuale:

- Gestione negoziale-amministrativa dei rapporti con gli autori del reato
- Collaborazione premiale (riduzione della pena, somma di denaro)
- Reati a condotta multipla

Codice deontologico forense

Insieme di regole di comportamento che l'avvocato deve rispettare nel sistema processuale romano. Sono norme giuridiche? Sono comandi generali, astratti (non riferiti a situazioni specifiche), e munite di forza coattiva (portano a sanzioni per violazione, come la radiazione all'albo).

La deontologia professionale dell'avvocato

I Romani dicono che un comportamento equo di un avvocato è che sia *honeste et libere*. Questo dovere è disciplinato in modo dettagliato dalle norme deontologiche della professione, sia nell'antica Roma, sia nell'attualità.

Diritto Romano	Codice deontologico forense
Dovere = <i>agere cum diligentia</i>	Art 12: dovere di diligenza , l'avvocato deve svolgere la propria attività con coscienza e diligenza assicurando la qualità della prestazione professionale.
Dovere di competenza professionale = le fonti romane parlando di <i>studium</i>	Art 14: dovere di competenza , l'avvocato, al fine di assicurare la qualità delle prestazioni professionali, non deve accettare incarichi che non sarebbe in grado di svolgere con adeguata competenza. Art 15: dovere di aggiornamento professionale, l'avvocato deve curare costantemente la sua preparazione professionale

Dovere di correttezza e di lealtà	Art 9: doveri di probità, dignità, decoro ed indipendenza, l'avvocato deve esercitare la sua attività con indipendenza, lealtà e correttezza (anche al di fuori dell'esercizio della professione).
Questi doveri si esercitano verso i clienti, la controparte e il giudice	Art 23: conferimento dell'incarico Art 38: rapporto di colleganza Art 53: rapporti con i magistrati
Diritto e dovere di indipendenza : non avere condizionamenti esterni Esposizione di tutto quanto ritenuto necessario per lo svolgimento del proprio incarico	Art 24, comma 2: l'avvocato nell'esercizio dell'attività professionale, deve conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni e condizionamenti di ogni genere. Art 27, comma 1: l'avvocato deve informare le parti assistite delle caratteristiche e l'importanza dell'incarico.
Diritto di impostare la difesa nei modi e nei tempi ritenuti utili dall'avvocato 1. Facoltà di valutare ogni elemento favorevole al cliente	Art 27, comma 2: l'avvocato deve informare la parte assistita sulle caratteristiche dell'incarico, sulla durata e sull'oggetto del mandato
2. Diritto di scelta dei tempi di durata della esposizione difensiva,	Art 27, comma 6
3. <i>libere difendere</i> - parità d'armi con la controparte	Art 38: rapporto di colleganza

Per consultare il Codice Deontologico Forense nella sua interezza, si rimanda al seguente link:
<https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/451926/Nuovo+Codice+Deontologico+Forense/dde0cdb5-a420-4379-9c46-c3872163f763>

APPROFONDIMENTO: IL PROCESSO CIVILE NELL'ANTICA ROMA – ANALISI DI UNA COSTITUZIONE DI DIOCLEZIANO

Esaminiamo ora una costituzione dell'imperatore Diocleziano riguardante il processo civile della fase imperiale. La costituzione ha il titolo seguente: "Libro settimo, passo numero 6. DE APPELLATIONIBUS".

Il brano discute vari aspetti del processo della *cognitio*, e le riforme introdotte da Diocleziano:

- **Ampliamento del processo nel secondo grado di giudizio:** Si sottolinea l'importanza del giudice che decide sull'*appellatio*, affermando che una volta giunti all'appello, non è consentito rimandare la questione al giudice di primo grado, ma è necessario che il giudice dell'*appellatio* determini definitivamente *omnem causam* (tutte le cause) con la propria sentenza. Se un litigante ritiene di non aver presentato adeguatamente la propria posizione durante il processo, può rivolgersi al giudice di secondo grado per far valere ciò che ritiene essere stato omesso.
- **Testimoni:** Il testo afferma che, se nel giudizio di secondo grado si ritiene necessario richiedere la presenza di determinate persone per dimostrare la verità al giudice dell'*appellatio* (i testimoni), è necessario sostenere i costi per il loro viaggio, dato che la loro testimonianza è necessaria per un giudizio completo.
La verità in sede processuale può essere di più tipi: verità processuale emersa all'interno del processo (processo accusatorio), verità emersa all'esterno del processo (processo inquisitorio). Nel processo della fase imperiale è lecita solamente la prova interna del processo (come la testimonianza orale), per tutelare l'*aequum iudicium*. La verità fattuale, al di fuori del processo, può essere distinta rispetto alle prove emerse nel processo.: è compito dell'ordinamento lavorare affinché la verità processuale sia coincidente con la verità fattuale.
- **Appello in casi capitali:** Si sancisce che nelle condanne capitali, coloro che appellano devono attendere che la causa sia discussa e la sentenza pronunciata prima di presentare l'appello. È necessaria in ogni caso l'*opinio* favorevole all'appello per la prosecuzione al secondo grado.
- **Sanzione per cause considerate futili:** nel testo è previsto che per cause considerate futili o strumentali, la parte sarà condannata al pagamento di una somma di denaro come sanzione.
- **Tempi per presentare l'appello:** Vengono stabiliti i tempi entro cui un appellante deve presentare la richiesta d'appello al giudice di primo grado. Nel caso di un appellante che agisce a nome proprio, il termine è *eodem die vel altero* (il giorno stesso o il successivo), mentre per un appellante rappresentato da terzi, il termine si estende di un giorno.

APPROFONDIMENTO - LE PERIODIZZAZIONI DEL DIRITTO ROMANO

Il punto di partenza, sia per il diritto pubblico che per il diritto civile, è la data di fondazione della città di Roma: Roma venne fondata molto probabilmente nella metà **dell'ottavo secolo a.C. (21 aprile del 753 a.C.)** fu la data individuata da Varrone). Il punto di arrivo è rappresentato dall'anno **565**, data della morte dell'imperatore **Giustiniano I**, che salì sul trono nel 527 d.C. nella parte orientale dell'Impero, e cercò di riunificare l'impero che all'epoca era diviso neanche più in due parti perché in Occidente si erano affermati i regni romano barbarici, ma ci provò con scarsi risultati. Un'operazione che gli riuscirà meglio sarà quella di raccogliere una serie di *leges* e *iura* in quattro

opere che verranno considerate unitariamente in epoca medievale sotto il nome di **Corpus iuris civilis**. L'operazione che riuscirà a Giustiniano sarà, pertanto, quella di ordinare la compilazione di un'opera che raccolga *leges* e *iura*. Nel periodo giustiniano la denominazione di *Corpus iuris civilis* è una denominazione sconosciuta, perché questa denominazione sarà data alla complessiva compilazione giustiniana soltanto in età medievale, per distinguere la raccolta del materiale normativo relativo al diritto civile dalla legislazione canonica, raccolta nel *Corpus iuris canonici*.

Periodizzazione del diritto civile romano

Distinguiamo, per la trattazione del **diritto civile romano**, tre periodi fondamentali: periodo antico o arcaico, periodo preclassico e classico, periodo postclassico e giustiniano.

Il **periodo antico (o arcaico)** è quello più risalente, del quale non abbiamo notizie dirette che testimoniano dell'evoluzione del diritto in quel periodo, che si conclude pressappoco in corrispondenza della fine della Prima guerra punica, che contrappone Roma alla città di Cartagine: in realtà la Prima guerra punica si concluse nel 241 a.C., ma solitamente in diritto romano si fa riferimento più precisamente all'anno **242 a.C.**, che è la data di istituzione di un nuovo magistrato, cioè del *praetor peregrinus*, che è chiamato a *ius dicere* tra stranieri e cittadini, data l'espansione di Roma in quel periodo dopo la contrapposizione con Cartagine.

Al centro di questo periodo c'è un avvenimento particolarmente rilevante: nel **450 a.C.** viene emanata la **legge delle XII tavole**: si tratta del primo *corpus* normativo scritto e della principale fonte del diritto in età antica e per le età successive, sino all'affermarsi di nuove fonti del diritto, ma si tratta di un evento epocale perché è la prima volta che le disposizioni normative vengono stese per iscritto.

Il periodo antico si distingue quindi in due sottoperiodi:

- il periodo pre-decemvirale fino al 450, cioè precedente alla istituzione dei *decemviri legibus scribundis*, che sono dieci magistrati nominati per governare temporaneamente la città di Roma, ma anche per mettere per iscritto delle leggi
- il periodo post-decemvirale

Dal 242 a.C. al 240 d.C. abbiamo il **periodo preclassico e classico**: il 240 d.C. è una data simbolica perché corrisponderebbe alla data della morte di un giurista che si chiamava Modestino, che viene considerato l'ultimo dei giuristi classici e che è quindi una data solo evocativa che segna il periodo della grande giurisprudenza romana classica, quindi dell'interpretazione del diritto da parte dei *prudentes*, attività che proseguirà ma non con quelle modalità che hanno contrassegnato questo periodo. Questa attività è fondamentale per lo sviluppo sia dell'ordinamento romano che della disciplina della giurisprudenza, che prende il nome dalla *iuris prudentia*, l'interpretazione del diritto, nata proprio con i primi giuristi a Roma.

L'87 a.C. è una data semplicemente evocativa, che segna una spartizione tra il periodo preclassico e quello classico e che è l'anno a partire dal quale Cicerone inizia la sua attività giudiziaria (un'attività che oggi considereremmo simile a quella di un avvocato), che oggi ci permette grazie ai suoi scritti di conoscere l'attività di un tribunale nel I secolo a.C. Chiaramente Cicerone lega con vari giuristi, con vari *prudentes*.

Dal 240 al 565 abbiamo **l'epoca post-classica e giustiniana**. È un periodo caratterizzato da un'attività di riconsiderazione e di raccolta di tutto il materiale che si era accumulato durante il periodo preclassico e classico e in particolar modo il materiale proveniente da quei giuristi che

avevano segnato una fonte importantissima, cioè la giurisprudenza romana del periodo classico. Al centro di questo periodo troviamo il 527 d.C., l'anno di ascesa al trono dell'imperatore Giustiniano I, che tenterà su vari fonti di riunire l'impero, con scarsi risultati dal punto di vista delle annessioni territoriali, ma con risultati più soddisfacenti per quanto riguarda la raccolta del materiale normativo di epoca preclassica e classica. L'importanza della compilazione giustiniana è evidente: se non ci fosse stata, non avremmo avuto modo di ricostruire il diritto romano, perché ciò che abbiamo è estremamente frammentario: è l'unico caso in cui possiamo ricostruire storicamente un sistema giuridico dall'origine della civiltà a cui esso fa riferimento fino a un certo periodo. Ovviamente le nostre conoscenze non sono complete, perché molte opere di epoca classica ci sono pervenute soltanto in via frammentaria e addirittura in riferimento al periodo arcaico non abbiamo testimonianze dirette.

Periodizzazione del diritto pubblico romano

Parallela all'evoluzione del diritto privato, possiamo individuare una successione temporale relativa al diritto pubblico: alla Monarchia segue la Repubblica, cui segue il Principato, cui segue il Dominato. Roma sarebbe nata come una monarchia: di questo ci sono alcune testimonianze archeologiche, sicuramente le testimonianze degli storici (anche se molto tardi, cioè del II o I secolo a.C. quando si cerca di ricostruire la storia di Roma perché essa diventa una sorta di superpotenza mondiale) e le testimonianze ci dicono che Roma inizialmente fu retta da re e in particolare da sette re, il primo dei quali fu il fondatore della città Romolo e l'ultimo Tarquinio il Superbo, che venne cacciato dalla città di Roma nel 509 a.C.. Ci importa sapere che questo periodo monarchico è caratterizzato dalla presenza di un unico organo costituzionale, cioè il *rex*, nelle cui mani si concentrano tutti i poteri. Ci interessa anche sapere che la tradizione ricorda con rilevanza la cacciata del re, cioè la cacciata del soggetto sul quale si concentrano tutti i poteri: i Romani rifiutano continuamente l'idea che una sola persona possa assumere su di sé tutti i poteri. Sappiamo poi che questo tipo di ideologia si scontrerà con i fatti: Cesare proverà a farsi re, come dicono i Romani, ma viene ucciso; Augusto adotta invece alla base della sua ideologia i valori repubblicani, trasformandoli profondamente a suo vantaggio.

La Repubblica si caratterizza come una pluralità di magistrati, che si dividono il potere. I magistrati al vertice dell'organismo statale romano sono i due *consules* (che in una prima fase si chiamano *praetores*), la cui carica è limitata nel tempo e, quindi, esiste una forma di controllo di un magistrato dall'altro.

Il periodo si conclude nel **27 a.C.**, data in cui Ottaviano assume il titolo di Augusto e di fatto diventa un **princeps** (→ **principato**) e somma su di sé tutti i poteri, anche se in questa fase esistono ancora tutte le magistrature repubblicane, esiste ancora il Senato, esistono ancora le assemblee e quindi formalmente sembra di trovarsi ancora nella Repubblica, ma su di sé Augusto assume un potere ben più ampio.

Potremmo dire che il principato dura fino alla fine del periodo da noi analizzato, ma anche oltre nel senso che l'impero d'Oriente finirà soltanto nel 1453, quando l'ultimo imperatore, Costantino XI Paleologo, verrà sconfitto da Maometto II che darà corso a un'altra vicenda storica che porterà all'odierna Turchia.

Possiamo però individuare all'interno del principato un periodo specifico, che è quello chiamato dominato: quando, cioè, il principe si trasforma in *dominus et deus*. Il 284 l'anno in cui sale al trono

l'imperatore Diocleziano, il quale cercherà di provvedere all'amministrazione dell'impero ormai vastissimo in un modo diverso rispetto a come si era fatto fino a quel momento, ideando il sistema della tetrarchia, cioè, dividendo il potere tra due augusti (uno per l'Oriente e uno per l'Occidente) e due cesari, sottoposti ai relativi augusti. Questo sistema durerà fino a quando sarà al potere Diocleziano che riuscirà a placare gli animi di coloro che vorrebbero assumere personalmente il potere, ma verrà meno quando Diocleziano deciderà di dimettersi il 1° maggio del 305 d.C. (unico imperatore a dimettersi) e costringe in qualche modo il suo collega d'Oriente a fare lo stesso. Gli storici dicono che Diocleziano volesse vedere se il suo sistema fosse efficace o meno, ma molto probabilmente Diocleziano temeva anche per la sua vita.

Il sistema tetrarchico durerà ancora un anno dopo le dimissioni di Diocleziano, perché nel 306 si impone una nuova personalità, cioè la figura di colui che inizialmente viene visto come un usurpatore, ma che poi verrà ricordato come Costantino il grande. Lui aprirà la strada alla nuova religione che si fa sempre più viva nell'impero che è il cristianesimo, rendendola dapprima una religione tollerata all'interno del sistema religioso romano e successivamente arriverà anche a essere l'unica religione ammessa all'interno dell'impero. Si tratta di una rivoluzione su tantissimi fronti: pensiamo solo al fatto che si mise poi in dubbio un istituto tanto importante come la schiavitù.

Per quanto riguarda i giuristi romani più importanti, va detto che essi operano nel tratto del periodo preclassico e classico: Gaio, per esempio, si colloca nel periodo classico e in particolare nel II secolo d.C. La compilazione giustiniana si colloca invece sul finire del periodo considerato, che rappresenta l'inizio della storia del diritto italiano o storia del diritto medievale e moderno, che partirà proprio da quel 529 d.C.

APPROFONDIMENTO – LE FONTI GIURIDICHE ROMANE E LA SISTEMATICA DEL DIRITTO

La nozione di fonte riguarda una metafora. **Sesto Pomponio**, giurista del II secolo d.C. e quindi coevo di Gaio, autore di un manualetto che si chiama *Liber singularis enchiridii* (che conosciamo perché alcuni frammenti sono contenuti nel *Digesto*), che è una storia del diritto romano, dice in riferimento alle XII tavole che *ex iis fluere cepit ius civile*: da loro iniziò a scorrere lo *ius civile*. Ecco allora il collegamento tra la metafora dello scorrere come se esso provenisse da una fonte d'acqua. Questa stessa metafora la usiamo per indicare tutti quegli atti o fatti da cui deriva il diritto (ma la usiamo anche per le obbligazioni).

Fonti nella fase arcaica

Le fonti principali del diritto antico sono principalmente i **mores**, che non sono nient'altro che comportamenti consuetudinari che si trasformano in precetti: sono comportamenti che sono seguiti e sono ritenuti obbligatori e hanno una natura particolare in questo periodo (in particolare nel periodo pre-decemvirale): questi *mores* si differenziano dalle semplici consuetudini perché essi hanno carattere religioso, magico e giuridico. Non sono soltanto norme giuridiche, ma anche religiose e magiche allo stesso tempo e questo è in sintonia con la caratterizzazione della arcaica società romana. In questa fase le leggi sono conservate, trasmesse e interpretate dai **pontefici**, appartenenti alla classe dei patrizi, che generalmente favorivano una interpretazione che reca vantaggio alla classe patrizia.

Una elencazione di queste fonti la consociamo sempre grazie a Pomponio, che fa riferimento anche a delle leges regiae, cioè a delle leggi dei re. In realtà il termine *lex* è qua utilizzato in senso atecnico, perché la *lex* è un provvedimento tecnico che viene proposto dal magistrato in età repubblicana, approvato dalle assemblee popolari e sottoposto poi a un ulteriore vaglio da parte del senato. Quindi parlare di *leges* nel periodo arcaico pre-decemvirale è quasi un errore da parte di Pomponio, ma dobbiamo considerare che Pomponio scrive moltissimi secoli dopo i fatti ai quali si sta riferendo. Le *leges regiae* erano semplicemente dei provvedimenti orali che venivano pronunciati dal *rex* di fronte al popolo. Lo stesso Pomponio ci dice che subito dopo la cacciata dei re le leggi regie vennero abrogate proprio per dimenticare quel passato monarchico.

Si arriva così alla fonte più importante del periodo, cioè la legge delle XII tavole, che venne emanata nel **450 a.C.** da dieci magistrati speciali eletti proprio per scrivere le leggi: questo perché il potere di tramandare e interpretare le leggi regie e i *mores* sono nelle mani della sola classe dei pontefici (patrizi) e quindi c'è un'istanza da parte dei plebei perché vi sia una tendenza verso una maggiore certezza del diritto e questa certezza del diritto può avvenire solamente qualora le norme generali ed astratta vengano scritte. Dopo varie vicende viene emanata la legge delle XII tavole che contiene la normativa relativa sia al diritto privato sia a quello criminale e anche molte innovazioni: non contiene più la differenza tra patrizi e plebei, tranne sul tema del *conubium* (matrimonio) tra patrizi e plebei. L'importanza di questo testo a Roma è fondamentale: le fonti ci raccontano che perfino nel I secolo a.C., era utilizzato nelle scuole come testo da studiare.

Abbiamo anche un'altra fonte, cioè l'interpretatio prudentium, l'interpretazione da parte dei *prudentes*, che erano gli interpreti laici del diritto che si affermano dopo l'emanazione della legge delle XII tavole e andranno lentamente a sostituirsi nel ruolo dei pontefici. Si forma quindi il primo nucleo di quella che sarà la giurisprudenza dell'età classica e preclassica e che sarà al centro delle fonti del diritto.

Le leges erano provvedimenti (un documento contenente una proposta di legge) proposti dal magistrato all'assemblea popolare: le assemblee non potevano apportare modifiche alle proposte del magistrato: potevano solo votare *pro* oppure *contra* la proposta del magistrato (*uti rogas, antica probo*).

I plebiscita erano invece dei provvedimenti che impegnavano solo i plebei: solo nel 286 a.C. con la *lex Hortensia* i plebei riuscirono a fare in modo che i *plebiscita* fossero vincolanti sia per i plebei che per i patrizi (e dunque hanno la stessa validità delle *leges*), ma ormai la lotta tra le due classi era quasi alla fine.

Fonti nella fase preclassica e classica

Sulle fonti del periodo preclassico e classico siamo maggiormente informati, perché abbiamo i frammenti di opere giuridiche che ci offrono l'elenco delle fonti in questo periodo.

Sono due i giuristi classici che, nello specifico, ce ne parlano e ci offrono un'elencazione delle fonti:

- **Gaio (II secolo d.C.):** Gaio ci dice che il diritto del popolo romano consta di leggi, plebisciti, senatusconsulta, costituzioni dei principi, editti di coloro che hanno lo *ius edicendi* (dei magistrati) e i responsi dei *prudentes*.

- **Papiniano (III secolo d.C.)** ce ne parla in un suo libro chiamato *Definitio*, i cui frammenti sono inseriti nel *Digesto*. In particolare, il frammento che ci interessa è inserito in *Digesto* 1,1, 7 *principium* 1. Papiniano pone una distinzione tra lo *ius civile* e lo *ius praetorium*: lo *ius civile* viene da leggi, plebisciti, senatusconsulti, decreti dei principi, autorità dei *prudentes*. Gaio ci parla delle costituzioni dei principi (termine generale per indicare tutti i provvedimenti che vengono dal principe), mentre Papiniano ci parla dei decreti dei principi, che in realtà sono una *species* delle costituzioni. Papiniano individua questa definizione dello *ius praetorium*: *ius honorarium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*.

La **consuetudo** è una fonte già presente nel periodo arcaico, ma con forme e modalità differenti da quella presente in epoca classica: la differenza tra i *mores* e la *consuetudo* sta nella maggiore giuridicità di quest'ultima. Indichiamo quindi quei comportamenti che vengono seguiti nella convinzione della loro vincolatività e che si caratterizzano per la loro giuridicità (vengono meno gli elementi di magia e religione).

Abbiamo ancora le **leggi dei plebisciti**, poco diverse da quelle dell'epoca post-decemvirale, ma che perderanno sempre più importanza visto l'accentuarsi della differenza tra classi: dopo le guerre puniche inizieranno ad arrivare a Roma una quantità enorme di stranieri che cambierà in qualche modo gli assetti della società romana arcaica.

Le **leggi**, sempre secondo Papiniano, si suddividono in questo periodo in

- leggi imperfette, che evitavano un determinato comportamento senza la previsione di una conseguenza
- leggi *minus quam perfectae*, che vietano il comportamento di un determinato atto prevedendo una sanzione, ma non la nullità dell'atto nel caso venga compiuto
- leggi perfette, che sono appunto quelle che vietano un determinato atto giuridico e allo stesso tempo prevedono la nullità dell'atto.

I **senatoconsulti** sono un'altra fonte che caratterizza questo periodo: il Senato ha sempre avuto un ruolo, cioè quello di consigliare i magistrati repubblicani rispetto a importanti tematiche che riguardavano la vita militare e politica della *civitas* e quindi il senato si asteneva dall'assumere provvedimenti generali ed astratti che riguardassero il diritto privato o criminale, ma nel periodo classico il senato diventa una sorta di braccio destro dell'imperatore, tanto che alcuni storici ottocenteschi hanno parlato di una vera e propria diarchia tra l'imperatore e il senato (concezione che oggi è venuta meno), e comincia a intervenire anche nell'ambito del diritto privato, quindi nell'ambito dei rapporti tra i cittadini e anche nel diritto criminale. Quindi i *senatusconsulta* iniziano ad avere un ruolo legislativo in questo periodo.

Ma la fonte più importante del periodo, insieme alla giurisprudenza, è sicuramente rappresentata dalle **costituzioni imperiali**. Le costituzioni imperiali sono provvedimenti che provengono dall'imperatore e possono essere di diverso tipo:

- gli editti (**edicta**): provvedimenti a carattere generale ed astratto rivolti a tutti i consociati in tema di diritto privato e diritto criminale.
- i **decreta**: sentenze che vengono emesse dall'imperatore o dall'ufficio preposto all'imperatore per la risoluzione di controversie concrete. La caratteristica dei *decreta* è che

finiscono per diventare un precedente rilevante per la risoluzione di casi simili e quindi assumono anche essi validità di fonte del diritto anche se si tratta di sentenze.

- le **epistulae**: erano lettere che l'imperatore o l'ufficio *ab epistulis* inviava a governatori o a magistrati in risposta a dei quesiti per la risoluzione di determinati casi giuridici.
- le **subscriptiones** e i **rescripta** sono invece missive inviate dall'imperatore o dall'ufficio *a libellis* a privati cittadini che chiedevano un parere su una determinata questione giuridica e sulla sua soluzione. A differenza delle *epistulae*, le *subscriptiones* e i *rescripta* vengono aggiunti direttamente al documento della richiesta del parere, fatto che spiega anche l'etimologia della fonte.
- i **mandata**: ordini o raccomandazioni che l'imperatore invia a governatori provinciali per la gestione o l'amministrazione delle province affidate alla loro cura.

Fonte molto rilevante di questo periodo è però anche la **giurisprudenza**, cioè l'interpretazione del diritto, un'attività svolta ora solo da soggetti laici, dai grandi autori giuristi del II e III secolo (pensiamo, ancora, a Gaio e Papiniano).

Gli **editti dei magistrati**, che restano valide come fonti solamente fino al momento in cui l'imperatore assume in modo diretto ogni forma di potere giurisdizionale.

Fonti del diritto nella fase postclassica e giustiniana

Le fonti del periodo postclassico e giustiniano sono costituite essenzialmente da **iura e leges**.

Gli *iura* sono passi di frammenti di giuristi classici che vengono raccolti in opere collettanee, mentre le *leges* sono proprio le leggi imperiali: qui *leges* assume un significato tecnico diverso rispetto al periodo antico o al periodo classico, perché le *leges* indicano le costituzioni imperiali.

Giunti alla fase di espansione maggiore dell'Impero Romano, l'ordinamento romano era talmente vasto che divenne necessario per i giuristi e gli avvocati raccogliere il materiale normativo, in particolare le *leges*. Tra le raccolte di *leges e iura* che erano già state predisposte prima dell'epoca di Giustiniano, ricordiamo quelle composte da privati cittadini sotto l'imperatore Diocleziano (284-305 d.C.):

- il **Codice Gregoriano (Codex Gregorianus)**: contiene costituzioni dalla prima metà del secondo secolo dopo Cristo (imperatore Adriano), fino alle *leges* di Diocleziano stesso.
- il **Codice Ermogeniano (Codex Hermogenianus, 393, 394 o 395)**: contiene costituzioni compendiate solamente dell'imperatore Diocleziano.

I due testi non ci sono arrivati per intero, quindi non li conosciamo completamente. Sono i primi tentativi di razionalizzazione del vastissimo ordinamento romano, utili non per lo studio, ma per la pratica concreta del diritto.

La prima raccolta statale di *leges* fu il **Codice Teodosiano**, che venne ordinato dall'imperatore Teodosio II e compilato nel 438 d.C., che conteneva costituzioni imperiali da Costantino sino a Teodosio II. Il codice, importantissimo perché ci consente di studiare il diritto romano tardoantico in modo molto completo, dato che è giunto ai giorni nostri quasi nella sua interezza, entrò in vigore per entrambe le parti dell'Impero, ormai diviso. Si crede che l'autore fosse a conoscenza dei codici precedenti, e che abbia preso spunto da questi per completare l'opera con le costituzioni a partire da Diocleziano, e arrivando fino all'epoca di Teodosio.

Nel 426, con la “Legge delle citazioni” di Valentiniano III, si prevede che in casi di difficoltà nell’interpretazione di una legge bisogna riferirsi alle interpretazioni di 5 giuristi romani: Gaio, Ulpiano, Paolo, Papiniano e Modestino.

Il ***Corpus iuris civilis***, la raccolta giuridica più importante della storia di Roma, promulgata sotto l’imperatore Giustiniano, era composto da:

- CODICE: esistono due codici
 - *Codex vetus* (528), ordinato da Giustiniano pochi mesi dopo essere salito al trono e conteneva le costituzioni emanate fino a quel momento. Abbiamo una conoscenza incompleta di questo codice dato che dopo pochi anni fu sostituito dal codice di Giustiniano;
 - *Codex repetitae praelectionis/Codex Iustiniani o Iustinianus* (534).
- *DIGESTA* (o *PANDETTE*, dal greco significa “raccolgo tutto”): si tratta di una raccolta di *iura* di giuristi di età classica in 50 libri, composta nel 533. Si tratta quindi di una grande opera che ci consente di avere uno sguardo sulla giurisprudenza di età classica.
- *INSTITUTIONES* (534): si tratta di un piccolo manuale in quattro libri che ricalcano la struttura delle Istituzioni di Gaio del II secolo d.C. e sono un manuale elementare di introduzione allo studio del diritto civile. Queste istituzioni non rappresentano soltanto un manuale a uso degli studenti, ma anche un testo legislativo vero e proprio, una normativa vincolante da seguire.
- *NOVELLAE CONSTITUTIONES*: sono tutte le costituzioni emanate dall’imperatore Giustiniano dopo il 534 d.C. e fino alla sua morte. Si tratta di un’opera scritta in parte in latino, in parte in greco nonostante i tentativi di Giustiniano di riunificare l’impero.

Il nome *Corpus Iuris Civilis* non venne mai attribuito dai giuristi romani, ma fu creato come collezione delle quattro parti con un lavoro dei giuristi ecclesiastici nel sedicesimo secolo.

Sistemica del diritto

Tutti gli istituti che abbiamo studiato devono essere collocati nella giusta area. Questa problematica era sentita anche dai Romani, nonostante non avessero una tendenza molto forte alla astrazione o alla classificazione.

All’inizio delle Istituzioni di Gaio (commentario I, paragrafo 8: “*Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones*”) leggiamo che tutto il diritto del quale ci serviamo riguarda le persone, le cose e le azioni. Questa è la sistemica che Gaio utilizza per collocare poi i singoli istituti all’interno della sua trattazione rivolta agli studenti.

- **persone**: diritti personali e diritto di famiglia
- **cose (res)**: diritti reali, diritti di credito (obbligazioni, che erano oggetto di diritto secondo una prospettiva processuale: loro avevano distinto le *actiones in rem*, che servivano a tutelare quelli che noi chiamiamo diritti reali, e le *actiones in personam*, che servivano a tutelare quelli che noi chiamiamo diritti di credito o obbligazioni) e successioni
- **azioni (actiones)**: cioè, la tutela processuale. Il termine *processus* è un termine latino, ma non veniva utilizzato dai Romani come sinonimo del nostro processo, perché i Romani usavano la parola *actiones*: il termine processo si impone solo in età medievale per indicare la sequenza ordinata di atti che deve portare all’emanazione di un provvedimento da parte del giudice.

Una *divisio iuris* (=sistemica) noi la ritroviamo anche nel Codice civile: il codice è diviso in 6 libri:

- delle persone e della famiglia

- delle successioni
- della proprietà
- delle obbligazioni
- del lavoro
- della tutela dei diritti

In effetti si tratta di una divisione che corrisponde alla tripartizione che Gaio ci propone e che troviamo anche in altre opere, come nelle *Istituzioni* di Giustiniano.

Le obbligazioni nelle fonti positive e romane

Il libro IV del Codice civile è interamente dedicato alla disciplina delle obbligazioni. Nel libro IV non troveremo una definizione di obbligazione, non offerta dal legislatore del 1942. Il libro IV si apre con **l'articolo 1173 - Fonti dell'obbligazione**: il libro si apre con questa specificazione e poi si sviluppa proprio seguendo questa tripartizione: contratti, fatti illeciti, altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni.

Per trovare una definizione dobbiamo quindi fare riferimento alla dottrina, che ovviamente non inventa la definizione ma la trae dalla disciplina generale e dalla storia del diritto.

- CESARE MASSIMO BIANCA: "l'obbligazione è lo specifico dovere giuridico in forza del quale un soggetto detto debitore è tenuto a una determinata prestazione patrimoniale nel soddisfare l'interesse di un altro soggetto detto creditore. Oltre a designare la posizione debitoria, il termine obbligazione indica il rapporto che intercorre tra il debitore e il creditore e questo rapporto prende il nome di rapporto obbligatorio". Questa prima definizione ci dà una duplice prospettiva, perché considera l'obbligazione come dovere giuridico ma anche come rapporto giuridico, quindi come rapporto obbligatorio.
- TORRENTE-SCHLESINGER: "con il termine obbligazione si intende il rapporto tra due soggetti, il soggetto passivo c.d. debitore e il soggetto attivo c.d. creditore, in forza del quale il primo è tenuto nei confronti del secondo a una determinata prestazione". Il Torrente si sofferma sull'obbligazione come rapporto tra creditore e debitore.
- TRIMARCHI: "il diritto di credito, detto anche personale in contrapposizione a reale, attribuisce al creditore la pretesa di esigere una prestazione da una o più persone determinate. Il rapporto tra il creditore e il debitore è detto obbligazione o rapporto obbligatorio". Il Trimarchi si sofferma sull'obbligazione come diritto soggettivo di credito, detto anche personale in contrapposizione a reale, distinzione interessante perché proprio i Romani propongono la distinzione tra *actio in rem* e *actio in personam*, che sta alla base della distinzione che noi facciamo tra diritto reale e diritto di credito.

Questa definizione le possiamo ricavare non dal Codice civile, perché non esiste una definizione generale ed astratta. Se noi leggiamo l'articolo 1174 - *Carattere patrimoniale della prestazione*: "La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore". Quindi in qualche modo il codice ci parla dei caratteri della prestazione che costituisce l'oggetto dell'obbligazione e che deve essere suscettibile di valutazione economica, ma allo stesso tempo ci dà una serie di elementi che ci permettono di costruire la nozione di obbligazione, cosa che hanno fatto anche gli autori citati sopra mettendo in evidenza la duplice natura di dovere giuridico e rapporto obbligatorio

oppure soffermandosi più sull'obbligazione come diritto soggettivo o l'obbligazione come rapporto giuridico (*iuris vinculum*).

Vediamo quindi che l'obbligazione si compone di una serie di elementi: debito e credito come posizioni contrapposte, i caratteri della prestazione che deve essere suscettibile di valutazione economica, l'interesse del creditore a ricevere la prestazione (che può anche non essere patrimoniale), che è un elemento funzionale perché l'intera obbligazione sorge proprio per il soddisfacimento di un interesse del creditore.

Se nel codice non c'è una definizione generale e astratta, nelle fonti romane possiamo trovarla:

- **Istituzioni di Giustiniano - 3,13 pr.:** vediamo la duplice prospettiva che troviamo anche in Bianca: rapporto obbligatorio e diritto soggettivo. "*Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*" ("Passiamo ora alle obbligazioni. L'obbligazione è il vincolo giuridico per effetto del quale noi ci troviamo costretti dalla necessità di eseguire una prestazione, secondo le norme della nostra *civitas*".)
- **Digesto - 44, 7, 3 pr. (Paul. 2 Ist.):** si parla della sostanza delle obbligazioni. "*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum faciat aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*" ("La sostanza delle obbligazioni non consiste nel far nostra una cosa corporale o una servitù, ma nel costringere altri verso di noi a dare, a fare o a prestare").
- **Gaio - 4,2:** la famosa contrapposizione tra azioni in *rem* e *in personam*. "*In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut ius aliquod nobis competere, veluti utendi aut aut utendi fruendi*" ("È personale l'azione con cui agiamo contro qualcuno che ci è obbligato per contratto o per delitto, ossia quando pretendiamo doversi *dare fare o prestare*. È reale l'azione quando pretendiamo che una cosa corporale sia nostra, o che ci competa qualche diritto, come di uso o di usufrutto").

Una delle fonti delle obbligazioni è il contratto.

L'art. 922 è il primo a parlare di contratto: si configura in questo caso come modo d'acquisto della proprietà. L'art. 1173 ce ne parla invece come fonte.

L'articolo 1321 ci dà la definizione. All'articolo 1325 troviamo gli elementi essenziali del contratto:

- accordo
- causa
- oggetto
- forma quando prescritta dalla legge

Questo ci rimanda al negozio giuridico, che abbiamo affrontato: il negozio giuridico è una figura di creazione dottrinale, che non troviamo quindi nel Codice civile, ma che è stata elaborata da alcuni giuristi tedeschi che appartenevano alle scuole tedesche del XIX secolo: pandettistica e scuola storica del diritto. Siamo nel periodo degli Stati nazionali e delle codificazioni e quindi i giuristi creano questa figura basandosi sul contenuto delle varie fonti romane, soprattutto dal Digesto. I giuristi si inventano quindi questo concetto (*Rechtsgeschäft*), che può essere definito come una

dichiarazione di volontà con la quale vengono enunciati alcuni degli effetti che le parti vogliono conseguire.

Tra i negozi abbiamo quindi il contratto, che si differenzia dal negozio perché il rapporto è caratterizzato da patrimonialità. Un altro negozio è quindi il matrimonio, che non ha il contenuto matrimoniale (anche se non è sempre stato così perché nel codice Pisanelli 1865 si parlava per esempio di contratto di matrimonio).

ATTENZIONE!

Questa dispensa è basata sugli appunti delle lezioni dei professori Federico Pergami e Emilio Caroli degli anni accademici 2021/2022 e 2023/2024 . Pertanto, non è volta a sostituire in alcun modo lo studio sul libro di testo, ma rappresenta solo uno strumento per facilitare la comprensione e la memorizzazione degli argomenti d'esame.

CI SERVE IL TUO AIUTO!

Il vostro ruolo è come quello dell'imperatore romano: dovete svolgere un controllo di legittimità su questa dispensa...

...potrebbero esserci sfuggiti degli errori e/o imprecisioni. Se ne trovi qualcuno, segnalacelo! Ci aiuterai a migliorare sempre di più il testo e a rendere questa dispensa sempre più efficace.

Grazie!

@iusatb e i curatori