

R. Università di Napoli  
Corso Ufficiale di Diritto Romano - Anno 1909-10

---

# Diritto delle persone e della famiglia

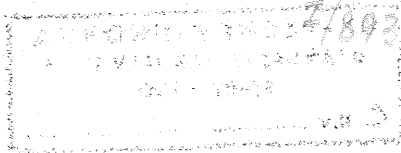
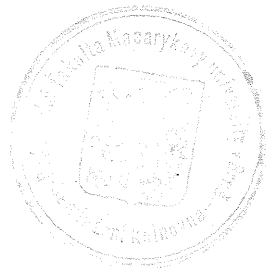
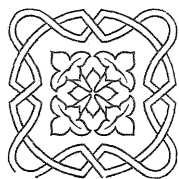
Inv. čís.: 75

Signa: 20

Pubblicazione autorizzata

dal Prof. CARLO FADDA

*I dcb 18.*



NAPOLI  
**Lorenzo Alvano, LIBRAIO EDITORE**  
Via Università, 26  
1910

B

DIRITTI DI PROPRIETÀ RISERVATI  
SONO CONTRAFFATTE LE COPIE NON MUNITE  
DELLA FIRMA SEGUENTE

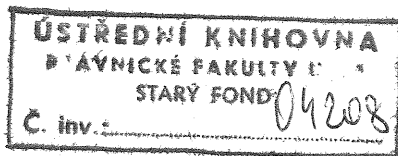
*Alvano*  
673

## Dichiarazione

*Conferisco all'Editore Signor Lorenzo Alvano l'esclusiva autorizzazione a pubblicare le mie lezioni sul Diritto delle persone e della famiglia (anno 1909-10) sotto la responsabilità di persona di mia fiducia.*

*Napoli gennaio del 1910.*

**Prof. CARLO FADDA**



Persona, caput, status.

§ 1.

*Persona* ha significato vario nelle fonti giuridiche. Da un canto infatti coincide col significato di uomo, o, come talora si suole da noi dire, vale tanto quanto persona fisica. Così p. e. Gaio ripetutamente sembra comprendere sotto questa espressione tanto i liberi quanto gli schiavi.

I. 9.—Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi.

I. 48 sqq.—Sequitur de iure personarum alia divisio. nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subjectae sunt. Rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.... In potestate sunt servi dominorum.

Ecco dunque che in un libro elementare di diritto, avente carattere eminentemente didattico, si fa coincidere il significato di *persona* con quello di *homo*. La distinzione delle persone coincide con quella degli uomini (*omnes homines*). Le persone vengono divise in liberi e schiavi. Così che sotto quella generica denominazione si comprendono uomini capaci di diritti ed uomini che ne sono del tutto privi.

E tale significato ritorna in altri passi delle fonti. Così Pomponio (l. 31 *ad Q. Mucium* — fr. 18. 1. 12) scrive:

In huiusmodi autem quaestionibus personae ementium et vendentium spectari debent, non eorum, quibus adquiritur ex eo

contractu actio: nam si servus meus vel filius qui in mea potestate est me praesente suo nomine emat, non est quaerendum, quid ego existimem, sed quid ille qui contrahit.

Trattasi di decidere se la scienza di certe qualità della cosa debba trovarsi nel compratore e nel venditore, che contrattano per colui, nella podestà del quale si trovano, o non più tosto nell'avente podestà, cui in definitiva torna il vantaggio del contratto e si acquista quindi la relativa azione. Si risponde che si deve por mente alla persuasione dei soggetti a podestà, che contrattano, non già a quella di coloro che li hanno in podestà. Orbene questi figli e questi schiavi, che contrattano, sono chiamati *personae contrahentium*, adoperando per tal modo l'appellativo *persona* anche riguardo agli schiavi. Nuova prova, dunque, della coincidenza usuale dei due significati di *persona* e di *homo*.

Ancor più caratteristico è il seguente passo di Paolo (*lib. sing. ad leg. Fufiam Caninam*—fr. 50. 10. 215).

« Potestatis » verbo plura significantur: in persona magistratum imperium: in persona liberorum patria potestas: in persona servi dominium.

*Potestas*, insegna il giureconsulto, assume vario significato. Se adoperato relativamente alla persona del magistrato significa lo *imperium*, di cui è fornito: se relativamente alla persona dei figli, significa la patria podestà, cui sono soggetti; se alla persona dello schiavo, vuol dire il dominio, di cui esso forma oggetto. Ed ecco dunque un altro esempio di *persona* adoperata a proposito dello schiavo.

Infine Ulpiano (l. 8 *ad Sabinum*—fr. 50. 17. 22) si esprime in modo ancor più notevole.

In personam servilem nulla cadit obligatio (1).

La persona servile non può essere soggetto di obbligazione alcuna. *Persona servilis*: l'aggettivo pare si ribelli al sostantivo. La locuzione pare congiunga *res dissociabiles*, quando si pensi che persona fu ritenuta sinonimo di ente capace di diritto.

(1) Cfr. Gai I. 120: « serviles et liberae personae ».

Tale infatti è il senso che comunemente i moderni attribuiscono a questa parola, compresi fra essi i comentatori delle fonti romane. E tal senso è confortato da passi delle fonti e dal modo con cui anche gli scrittori non giuridici spiegano la derivazione della parola. La Novella Theod. XVII 1 § 2 (a. 439) dice de' servi *quasi nec personam habentes*; ed analogamente Cassiodoro (*Variar.* VI. 8): *personam legibus non habentes*. La *Rubrica Codicis* III 6 suona: *qui legitimam personam in iudiciis habent vel non*: accennando così alla persona come particolare capacità di essere parte in giudizio, al che in definitiva allude anche la citata espressione della Novella teodosiana. Teofilo infine, ripetutamente qualifica lo schiavo come ἀπρόσωπος, ossia, come privo di personalità.

§ 2.

Ora qualchè scrittore, ponendo mente che il significato, per cui *persona* ed *homo* si equivarrebbero, appartiene a scrittori classici, mentre quello che accenna a capacità di diritto (sia in generale, sia con riferimento ad un particolare diritto) è solo nelle fonti posteriori, ha insegnato che presso i giuristi romani *persona* è semplicemente sinonimo di *uomo* ed è quindi termine che designa sia gli uomini, ai quali riconoscono diritti, sia quelli ai quali non ne riconoscono, ossia, gli schiavi (1). Solo il germe del concetto odierno di persona sarebbe nelle fonti postclassiche, in particolare nei bizantini.

Si osservi che *persona* significa la maschera e che Aulo Gellio (V. 7) fa appunto derivare la parola dall'accrescimento del suono della voce, che dipende dalla sua concentrazione nella maschera.

(1) PEROZZI *Ist.* I p. 127. Già il BRINZ *Pand.* 3<sup>a</sup> ed. I § 50 p. 198 osservava, che secondo l'uso normale delle fonti *persona* non significa altro che uomo: che in una applicazione più rara e posteriore significa uomo fornito di capacità giuridica. Anche il BONFANTE *Ist.* 4<sup>a</sup> ed. § 11 p. 35 attribuisce all'epoca romano-ellenica il significato tecnico di *persona* come uomo fornito di capacità giuridica.

Lepide mi hercules et scite Gavius Bassus in libris, quos *de origine vocabulorum* composuit, unde appellata *persona* sit interpretatur: a *personando* enim id vocabulum factum esse conjectat. Nam caput et os coperimento personae tectum undique unaque tantum vocis emittendae via pervium, quoniam non vaga nec diffusa est, sed in unum tantum modo exitum collectam coactamque vocem ciet magis claros canorosque sonitus facit, ob eam causam *persona* dicta est, o litera propter vocabuli formam productiore.

Questa etimologia, che ha avuto l'approvazione di moderni cultori degli studi linguistici, è ripudiata da altri, i quali propongono verso la derivazione da *πρόσωπον* per via di trasposizione di lettere e per corruzione (1). Ma, evidentemente, la sostanza non muta, perchè appunto eguale è il significato della parola greca, che accenna anch'essa alla maschera. E la maschera nel teatro greco e romano, quando il dramma si svolgeva fra personaggi tipici, finì per diventare essa stessa tipica e corrispondente alla parte (2). È facile da ciò il passaggio a significare una data parte, una data funzione anche nel campo del diritto. L'etimologia non depone certo a favore del significato di *persona* nel senso di uomo. E l'uso de' classici, che ripetutamente adoperano *persona* a indicare un determinato compito, una determinata funzione, rafforza il significato etimologico. L'espressione *personam sustinere*, così frequente nei giuristi classici (3), accenna appunto alla personalità, alla posizione giuridica della persona, nè può spiegarsi ove *persona* si tenga per sinonimo di *homo*. L'uso delle fonti postclassiche non è che l'esplicazione di questo significato indubbiamente classico. Il che non esclude, che nel linguaggio giuridico spesso, per comodità di espressione, si faccia uso di *persona* nel senso volgare, nel senso di uomo. Ma il significato originario della parola, trapiantata nel campo giu-

(1) Cfr. FADDA e BENZA su WINDSCHEID I. 1. p. 715.

(2) Cfr. OEMICHEN in MUELLER *Manuale della antichità classica*, V. 5, § 60, p. 251.

(3) HEUMANN-SECKEL *Diz. manuale delle fonti del D. romano* sub v.º *persona*.

ridico, è quello che accenna ad una funzione, ad una parte nella vita.

Del resto non può negarsi che già nel periodo classico il significato di *persona* non coincideva con quello di uomo. I grammatici hanno frequentemente le espressioni *persona publica*, *persona coloniae* per indicare la colonia. Così Aggeno Urbico (1):

quaedam loca feruntur ad personas publicas attinere. nam personae publicae etiam coloniae appellantur.

Frontino (2):

haec inscriptio videtur ad personam coloniae ipsius pertinere.

Si è osservato al riguardo, che se qui si dà la qualifica di persona ad un ente collettivo, lo si fa per un processo di umanizzazione dell'ente stesso, per raffigurarlo, cioè, come un uomo e non anche in considerazione della sua capacità di avere diritti! Ma l'osservazione non calza. Nessuno può contestare che la dottrina delle c. d. persone giuridiche deve in buona parte la sua origine ad una tendenza innata nella umana natura, come fu giustamente osservato (3), che porta a dar figura umana all'ente che gode di diritti. Così vediamo più tardi dare forma umana agli arcangeli ed a' santi: « personae martyris, aut prophetae, aut angeli » (c. 1. 2. 15); « reverendissimi archangeli » (c. 26, § 1 eod. tit.). Ma perchè mai ha luogo questa umanizzazione? Solo per potere attribuire capacità giuridica a quelli enti e accomunarli così colla c. d. persona fisica, sotto la categoria più generale della capacità di diritto. L'iscrizione dei terreni al nome della colonia è fatta non già per avere una persona nel senso volgare, ma un ente che sia capace di aver proprietà.

Non si deve in proposito dimenticare che *persona* non è parola di antichissima origine e che appunto per aver trovato la sua base nella parte e nel personaggio del dramma, si presenta spon-

(1) Ed. Lachmann I p. 16-8 sqq.

(2) I p. 54-23.

(3) WINDSCHEID *Pand.* I § 49 nota 6 principio.

taneamente come qualche cosa che, anche per il diritto, sta a rappresentare una parte.

§ 3.

Altra espressione che vale ad indicare la persona capace di diritti è *caput*. Essa è antichissima e pare appartenga anche al linguaggio della legge decemvirale, poichè secondo la tradizione essa proibisce i processi *de capite civis* a ogni altro giudice che non sia il comizio centuriato (1). Ad ogni modo *caput* è nelle commedie di Plauto e di Terenzio (2).

Ma anche questo vocabolo assume significati diversi. Che significhi la persona in quanto è capace di diritti, in generale non si dubita e questo pare il senso originario della parola. *Caput* nel diritto pubblico accenna al cittadino come fornito della capacità civica: nel diritto privato al cittadino in quanto fornito di capacità giuridica familiare. Quando si parla di *causa capitis*, di *accusatio capitis*, di *capite damnari*, si accenna a procedimento e a pena che colpisce il cittadino nella sua qualità di appartenente alla comunione civica (3). E la *capitis deminutio* nelle sue diverse gradazioni accenna sempre alla perdita di una posizione giuridica, sia nello Stato, sia nella famiglia. Così ancora, quando si dice dello schiavo, che paga un prezzo al padrone per l'ottenimento della libertà, che egli paga *pro capite*, si accenna appunto alla posizione giuridica di libero e di cittadino, che egli compensa con una somma di denaro (4). Secondo la osservazione del MOMMSEN (5), determinando la portata di *caput* per ragione della sua antitesi, si deve dire, che come contrapposto di *caput* nel senso del diritto pubblico s'intende lo schiavo privo

(1) Cfr. RICCOBONO in *Fontes iur. rom. antiust.* I. p. 3.

(2) COSTA *Il dir. priv. rom. nelle commedie di Plauto* p. 71 sg. LO ST. *il dir. priv. nelle commedie di Terenzio* p. 21; BEKKER *die röm. Komiker als Rechtszeugen* 12 (estratto).

(3) MOMMSEN *dir. pen. rom.* p. 907.

(4) MOMMSEN *dir. pubbl. rom.* 3<sup>a</sup> ed. III, p. 7.

(5) *Dir. pubblico* l. c., p. 8.

di diritto o lo straniero non tutelato da un contratto con Roma; nel senso, poi, del diritto privato *caput* accennerebbe alla relativa capacità e *capitis deminutio* la perdita di tale capacità, consistente anche nel mutamento di podestà familiare. Certo è, ad ogni modo, che *caput* ha qui sempre significato di posizione giuridica.

Ma è pure innegabile che *caput* ha il significato più largo e più generale di individuo, anche nella sua applicazione all'individuo umano. Così Paolo (l. 11, *ad edictum*, fr. 4.5.3,1) parla di *servile caput* e dice che *nullum ius habet*. E scrittori giuridici e non giuridici all'incontro parlano di *caput liberum* a proposito delle persone libere. Così Gaio (l. 166) parla di mancipazione fiduciaria del *caput liberum*. Plauto (*Merc.* I, 2. 41): *liberum tibi caput faciam*. Livio (V. 30.8): *omnium in domo liberorum capitum ratio haberetur*. L'aggettivo costituirebbe una vera superfluità se *caput*, inteso nel senso prima indicato, dovesse alludere a capacità giuridica. Invece il *liberum caput* qui si spiega come *liber homo*, come *libera persona*, considerando *caput* come sinonimo di uomo.

Ciò posto è da accennare in particolare a qualche punto relativo alla espressione *caput*. Così è noto il principio, tanto frequentemente affermato nelle nostre fonti: *noxia caput sequitur*. Ora due spiegazioni se ne sogliono dare. Usualmente si spiega questo principio nel senso che la responsabilità per il delitto dello schiavo segua questo presso chiunque egli si trovi. Il VOIGT (1) trova in questa massima una conferma del suo avviso che *caput* non significhi altro se non individuo e mai un essere capace di diritti. Per contro il MOMMSEN (2) rende quel principio nel senso che le conseguenze del delitto privato colpiscono la personalità di colui che dello schiavo è giudiziariamente responsabile. Come si vede, pure tenendo fermo il risultato, si dà al proverbio giuridico una portata diversa, secondo che *caput* s'intenda per in-

(1) *Le XII tavole* II § 73 nota 2 p. 23, cfr. § 142 p. 586.

(2) *Dir. pubbl.* l. c.

dividuo o per personalità. Ma a me pare che sia da preferire il primo senso, perchè le fonti ripetutamente, sia a proposito dell' *a. noxalis* che dell' *a. de pauperie*, considerano la legittimazione passiva del *dominus* non come fondata sopra una responsabilità *nomine proprio*, sibbene *servi nomine*, *animalium nomine*. Con che evidentemente si viene a dire che la responsabilità segue lo schiavo o l'animale che ha recato il danno. Qui dunque *caput* non significa altro che individuo. Tanto più che il *sequi* risponde meglio a tale significato, perchè il danneggiato segue lo schiavo, ma non il padrone, e segue lo schiavo presso qualunque padrone.

§ 4.

Ha dato luogo a dubbi un noto passo delle Istituzioni giustiniane (I. 16, 4.).

Servus... manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.

Si fa qui la differenza fra il figlio di famiglia e lo schiavo. Quello, dandolo in adozione, cambia famiglia, cambia di soggezione, pure essendo soggetto sempre ad una *patria potestas*; questo, per contro, non passa da uno ad un altro stato, ma ne acquista uno, non perde un' antica condizione di famiglia, perchè non ne aveva.

Il passo non è de' bizantini, che certo non affermano una novità. Tanto meno una novità di tal genere si dovrebbe aspettare nel diritto ultimo, nel quale certo lo stato dello schiavo è a gran pezza migliorato. Secondo la probabile congettura del FERRINI (1) questo paragrafo appartiene a Marciano. Ora l'affermazione così recisa del giurista pone fuori questione il significato di *caput* come personalità, capacità giuridica. È quindi pienamente destituita di fondamento la congettura del VOIGT, il quale, per tener ferma la sua opinione che *caput* non significhi mai altro se non individuo, vuole che qui siasi per brevità tralasciata una

(1) *Sulle fonti delle Ist. di Giust.* 2<sup>a</sup> ed. p. 39 (estratto).

spiegazione, che metterebbe l'affermazione nella sua vera luce. Il giurista avrebbe, cioè, scritto: *nullum caput habuit, quod ad capitis deminutionem adinet*. È evidente che con queste aggiunte arbitrarie si può far dire alle fonti qualunque cosa. Basta non avere preconetti per persuadersi che *caput* è adoperato sia nel senso di individuo, sia in quello di personalità o capacità di diritto.

§ 5.

Si sono fatte molte congetture sulla origine di questa espressione. Vi ha chi fa derivare *caput* dalle singole rubriche del registro censuario, dedicate al nome di ogni cittadino (1). Altri si richiama alla qualità di capo del gruppo spettante al *paterfamilias*, il solo che nel concetto antico venisse in considerazione come capace di diritti (2). È stato poi osservato che nella collettività, il computo si fa per capi: il gregge, la famiglia, la comunione pubblica constano di un certo numero di individui, ossia di capi (3). Certo questo contare per capi, ossia per individui, è frequente. Non si dice solo che il gregge ha tanti capi: p. e. *grex XXV capitum* (Columell. RR. VIII. 11. 13), ma, come abbiamo visto sopra, Livio parla anche de' liberi: *omnium in domo liberorum capitum ratio habetur* (V. 30.8); *multitudinem liberorum capitum in eis fuisse locis* (VI. 12. 5); *octo millia liberorum servorumque capita sunt capta* (XXIX, 29. 4) (4). Ed è il *caput* che nel computo degli individui di ogni collettività vien tenuto presente, perchè si considera il capo come la parte principale, tant'è che nel seppellimento del cadavere, ove questo non sia inumato intero, è il luogo dove è seppellita la testa che assume il carattere di *religiosus* (fr. 11. 7. 44). Noi non crediamo che valga la pena

(1) SAVIGNY *Syst* II append. VI p. 484 sg. il quale riproduce una congettura del NIEBUHR.

(2) Così il LANGE citato dal PERNICE *Labeo* I p. 98 nota 19.

(3) Cfr. da ultimo PEROZZI *Ist.* I p. 130 sg.

(4) Cfr. VOIGT l. c.

di far lunghe discussioni su questa derivazione. Essa non ci farebbe fare un passo più innanzi.

§ 6.

Resta, infine, l'altra espressione, che vale a significare la condizione giuridica della persona, ossia, *status*. Questo termine di per sè vuol significare solo uno stato, una condizione, una posizione, un modo di essere di una cosa o di una persona. A rigore e in senso generale nulla vieta che si parli di *status* a proposito degli schiavi, come se ne parla per le persone libere. Valga p. e. il modo di esprimersi di Giuliano (l. 34 *digestorum*—fr. 30 § 2 de leg. I [30]).

Cum servus legatur, et ipsius servi status, et omnium, quae personam eius attingunt, in suspenso est.

Quando venga legato uno schiavo, finchè il legatario non abbia manifestato la sua volontà di accettare o repudiare, tutto è in sospenso: la condizione dello schiavo e di ogni cosa che riguardi la sua persona. Or qui per condizione dello schiavo non altro s'intende, che la sua appartenenza o al legatario o all'erede in caso di ripudio del legatario. E su questa appartenenza e sull'epoca in cui essa avviene si regolano le conseguenze tutte che riguardano lo schiavo, p. e. l'appartenenza degli acquisti.

Ma di *status* a proposito di schiavi si parla in senso che ha riguardo non al suo stato in generale, ma alla sua condizione giuridica in ispecie. Così dello schiavo manomesso puramente, ma non consapevole della sua manomissione, si dice che è *incertus de statu suo* (fr. 28. 1. 14). Ed in senso analogo Gaio (I. 89), parlando del momento decisivo per determinare se uno nasca schiavo o libero, insegna che « qui illegitime concipiuntur, *statum* sumunt ex eo tempore quo nascuntur », mentre per contro « qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore *statum* sumunt ».

Ed accanto a questo significato, che permette di riferire la espressione anche agli schiavi, ve ne sono altri, che, pur essendo

in relazione colla persona del libero e del cittadino, accennano a condizioni di fatto, da cui discendono conseguenze giuridiche, secondo l'espressione del PERNICE (1). Così Callistrato (fr. 50. 13. 5) parla di *status (inlaesae) dignitatis*. Scevola: di *status ingenuitatis* (fr. 40. 11. 3).

§ 7.

Ma il carattere tecnico dell'espressione, carattere che non appartiene certo all'antico diritto, è quello che la riferisce alla condizione dell'uomo libero considerato nei rapporti della comunione politica e della comunione familiare. Il cittadino romano ha una triplice qualità: è libero, poichè la libertà è la base di qualunque diritto o capacità di diritto; è cittadino, in quanto appartiene alla comunione romana; è membro di una determinata famiglia. Onde la nota tripartizione di Paolo (fr. 4. 5. 11): *tria sunt quae habemus, libertatem, civitatem, familiam* ». Epperò il triplice stato: *status libertatis, status civitatis, status familiae*. Da ciò deriva che sotto il nome di *quaestio status*, di *causa status*, di *controversia status* s'intendono tutte le questioni, che vertono sopra una qualità di questa o di quella appartenenza, e sopra qualche elemento più speciale della qualità stessa. Onde, sono questioni di stato quelle sulla libertà o sulla schiavitù, e anche in ispecie quella sulla libertinità o ingenuità; sulla cittadinanza o sulla latinità o sulla qualità di peregrino; sulla paternità, sulla legittimità, sulla filiazione, sulla qualità di coniuge.

Il prof. PEROZZI (2) opina che *status* per antonomasia sia lo *status familiae*. Egli considera, che nell'età precivica l'individuo non poteva essere membro che di un gruppo politico, il gentilizio, e che così si spieghi quella relazione di *status* colla *familia*. Adduce in tal senso un passo di Gaio ed uno di Ulpiano. Gaio (I. 162) scrive: *minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur* ». Ed Ulpiano

(1) *Labeo* I p. 96.

(2) *Ist.* I p. 129.



(Reg. XI, 13): « minima capitis deminutio est, per quam, et civitate et libertate salva, status dumtaxat hominis mutatur ». Non parmi, che l'origine della espressione si possa andare a cercare nel periodo precivico. La parola *status* è di origine assai recente e si trova appena in Cicerone e nel senso nostro in Giuliano. Che vi sia poi questo particolare significato di *status* si può consentire: esso è rimasto anche presso di noi moderni.

#### Nasciturus.

##### § 8.

La *persona* sorge con la nascita: questa ne determina l'esistenza (1). Si domanda, però, qual sia la condizione giuridica dell'embrione umano prima della nascita. E comunemente si risponde con la nota sentenza: *nasciturus pro iam nato habetur quotiens de eius commodo agitur*, volendosi così affermare implicitamente che l'embrione è considerato come persona per quanto si attiene al suo vantaggio.

Ma questa affermazione, espressa in termini così generali, non può dirsi esatta. Già, su tutte le affermazioni generali delle fonti, giuridiche e non giuridiche, è un po' difficile orientarsi. Chè, anzi, normalmente può dirsi che i principî generali, neppure quando sono giunti ad una formulazione concreta nelle fonti codificate, possano indifferentemente applicarsi agli svariati casi pratici.

Meno ancora dobbiamo stare alla lettera della sentenza nel caso nostro, sul quale per altra parte le stesse fonti si pronunciano in guisa differente. Così si trova affermato (sempre dalle fonti) che il nascituro è *portio viscerum mulieris*; che egli forma tutt'uno con la madre. E come, dunque, possono conciliarsi le due cose? Come può parlarsi di ente già nato, di ente capace, di *persona*, quindi, se a questa non viene riconosciuta una esistenza autonoma, se la si dice parte del corpo materno?

(1) Secondo le idee antiche il feto non comincia ad essere un vero ente animato se non nel momento della nascita: solo colla nascita — si dice — riceve lo spirito vitale, un'anima. Cfr. PERNICE *Labeo* I p. 196 sg.

Noi vedremo come quella opinione non risponda nè alla realtà delle cose, nè alla disciplina vera del diritto romano. Innanzi tutto, però esaminiamo le fonti.

ULPIANUS, l. 24 *ad edictum* (D. 25. 4. 1, 1)..... *partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum.*

Per Ulpiano, dunque, il nascituro è semplicemente una parte del corpo materno.

Il feto potrebbe paragonarsi al frutto non ancora staccato, che è parte dell'albero; alla guisa stessa che l'albero radicato al suolo, può dirsi *portio fundi*.

PAPINIANUS, l. 19 *quaestionum* (D. 35. 2. 9, 1). Circa ventrem ancillae nulla temporis admessa distinctio est nec immerito, quia partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur.

L'affermazione di Papiniano coincide con quella precedente, di Ulpiano: il parto non prodottosi non può giustamente dirsi uomo. In quest'ultimo frammento, notisi, si trattava di nascita di schiavo, non di *persona*. E se tuttavia Papiniano dice che prima del parto non esiste schiavo (*homo*), a più forte ragione non esisterà *persona*, nel caso di libero.

##### § 9.

Che il diritto romano, quello antico in ispecie, non considerasse il feto come ente capace di diritti, come *persona* nel vero senso della parola, appare anche da ciò che mai il diritto penale colpì la donna per reato di procurato aborto (1). Se un terzo procede a manovre abortive sulla donna, si considera come soggetto passivo del reato non il feto, ma la donna. È questa che ha diritto di agire contro l'autore di tali manovre.

Persino negli ultimi tempi della Repubblica, e nei primi dell'Impero, quando l'arte di procurare gli aborti diviene fonte di speculazione, e per tutto penetrano le correnti della immoralità; il reato non viene punito se non come una mancanza al rispetto della integrità personale della donna. Proprio alla stessa stregua

(1) Cfr. su quanto segue PERNICE op. cit. I p. 196 sg.

viene in considerazione ed è punito il commercio dei *venena* e dei *pocula amatoria*. Da questo rigore si demorde, almeno in parte, solo verso il II secolo dell'Impero.

Ciò avviene nell'interesse del padre del nascituro, come nel caso in cui si punisce la donna divorziata che non abbia voluto partorire figli da colui che è stato suo marito. Costei vien dannata all'esilio perchè ha agito contro la *spes prolis* del marito. Donde si trae la conseguenza che in nessun caso potrà essere punita la donna non maritata che siasi procurata un aborto (1).

Si riscontra, sì, qualche caso isolato in cui il diritto romano procede alla tutela del feto, per se stesso; ma trattasi di casi in cui soprattutto si intendono far valere ragioni supreme di umanità. Così, non si può sottoporre a tortura la donna incinta; e, fin dall'antico, in una disposizione delle XII Tavole, sarebbe stato prescritto di non seppellire alcuna donna incinta se prima non si fosse operato il c. d. taglio cesareo.

§ 10.

Ma ugualmente antico è il riguardo al feto dal punto di vista dei diritti patrimoniali. Secondo le fonti, esso risalirebbe alle XII Tavole; è però dubbio se proprio la legislazione decemvirale abbia espressamente contemplato questo diritto del nascituro, o se non siasi giunti, piuttosto, a considerarlo per interpretazione della giurisprudenza, per *ius civile*, come dicono le fonti (2).

Troviamo in vari passi affermato questo diritto del nascituro.

IULIANUS, l. 59 *digestorum* (fr. 38. 16. 6):

(1) È interessante, a questo proposito, il raffronto che TERTULLIANUS (*apolog.* IX, 146) fa tra la opinione cristiana e la pagana. Mentre quella rispetta nel feto puramente la speranza dell'uomo; questa non mira affatto a proteggere la vita del feto, per se stessa, sibbene a tutelare la volgare ragione del patrimonio.

(2) Notiamo qui, di sfuggita, che uno dei significati più importanti, anzi il significato proprio di *ius civile* è questo: complesso della interpretazione data alla legge decemvirale.

Titius exheredato filio extraneum heredem sub condicione instituit: quaesitum est, si post mortem patris pendente condicione filius uxorem duxisset et filium procreasset et decessisset, deinde condicio instituti heredis defecisset, an ad hunc postumum nepotem legitima hereditas avi pertineret. respondit: qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem eius tamquam suus heres neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit,

CELSUS, l. 28 *digestorum* (fr. 38. 16. 7) vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.

IULIANUS, l. 59 *digestorum* (fr. 38. 16. 8). Item praetor edicto suo proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerint. Nam quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, sed per abusionem vel potius ἀναφοριχῶς accidit.

Il caso prospettato da Giuliano è questo: Tizio, dopo aver diseredato il proprio figlio, istituisce erede sotto condizione un terzo. Si domanda: se, dopo la morte del padre, e mentre pendeva la condizione, il figlio aveva preso moglie, aveva avuto un figlio, e poi era morto, in seguito alla quale morte era venuta a mancare la condizione sotto la quale il terzo era istituito erede, spetterà al nipote postumo la eredità legittima dell'avo? Rispose: colui il quale è concepito dopo la morte del proprio avo non può nè conseguire in qualità di *heres suus* la eredità legittima di lui, nè in qualità di *cognatus* la *bonorum possessio*, perchè la legge delle XII Tavole chiama a succedere colui che alla morte della persona, della cui successione si tratta, era già in natura, oppure — continua Celso — era già concepito quando quella era in vita, perchè in certo modo può considerarsi esistente in natura il concepito.

E parimenti — riprende Giuliano — il Pretore nel suo Editto

promette, in ragione della prossimità, la *bon. possessio* a quelli che siano stati *cognati* del defunto al tempo in cui venne a morte. Poichè il chiamarsi per consuetudine i nipoti *cognati* anche di quelli dopo la morte dei quali sono stati concepiti, non avviene in senso proprio, ma per abuso, o piuttosto in senso relativo.

§ 11.

Nel caso in esame non poteva il nipote essere chiamato perchè era stato concepito dopo la morte dell'avo, nel qual tempo, dunque, non esisteva neppure *in utero matris*. Egli non succede all'avo, nè come *suus*, nè come *cognatus*, perchè è la parentela civile e la parentela del sangue, così com'è considerata in Roma, esigono la coesistenza, almeno per un momento *in utero matris*, del *de cuius* e di colui che sarà chiamato a succedergli. Questa dottrina è pacifica. Tanto lo è, che la insegnano due giureconsulti i quali in altre questioni non si trovano spesso d'accordo: Giuliano, il corifeo della scuola classica, e Celso, erudito e imperinentissimo spirito.

Ma dedurre senz'altro da questa dottrina che i Romani riconoscessero nel nascituro la personalità umana, ci pare addirittura inesatto. Vedremo se non sia a parlarsi piuttosto di una tutela della speranza della personalità. Per ora ci importa di prender nota dell'affermazione che le XII Tavole chiamassero alla successione il concepito.

E qui sorge un'altra questione: trattasi di una precisa disposizione delle XII Tavole o non piuttosto di un principio fissato per interpretazione data alla legge dai prudenti? Ci pare più probabile la seconda ipotesi, secondo la quale l'interpretazione si sarebbe formata sulla ben nota disposizione: si intestato moritur cui *suus heres nec escit*, *adgnatus proximus familiam habeto*.

In forza di questa disposizione l'*adgnatus* era chiamato sotto due condizioni: che l'ereditando non avesse fatto testamento; che non vi fosse un *heres suus* (« *suus heres nec escit* » significa appunto: non esiste — *non est* — *heres suus*). I prudenti avrebbero

interpretato questa frase nel senso che non potesse ritenersi inesistente, in modo assoluto, colui che *in utero est* alla morte dell'ereditando, e quindi in quella frase avrebbero trovato una sufficiente ragione di tutela della speranza di lui.

I frammenti riportati ci interessano anche da un altro punto di vista. È noto che la successione legittima, secondo le idee romane, non si apre nel momento della morte dell'ereditando, ma in quello in cui si consegue la certezza che nessun erede testamentario esiste — *certum est neminem ex testamento heredem existiturum*. Può il testamento esser falso, o nullo, può aver rifiutato l'erede istituito, può esser venuta a mancare la condizione apposta all'istituzione: nell'istante in cui è certo che non esiste successore testamentario, si apre la successione legittima, e se non vi sia un *heres suus*, colui che è chiamato è l'*adgnatus proximus*.

Non vengono senz'altro ammessi gli *adgnati*, i consanguinei, appunto in vista della possibilità dell'esistenza di *heredes sui*. Ma è necessario in modo assoluto (e questo è il punto su cui vogliamo richiamare l'attenzione), che il successore sia concepito nel momento della morte del *de cuius* (1).

§ 12.

Conseguenza di questa norma delle XII Tavole, o della loro interpretazione — come, meglio, noi pensiamo — è che se nasca un figlio postumo, non potranno essere chiamati gli agnati. Non solo, ma anche il testamento paterno sarà rotto dalla nascita susseguente di un *heres suus*, perchè il padre non ha potuto espressamente contemplarlo. L'*agnatio postumi* rompeva dunque il testamento, e ciò trovasi di già affermato in Cicerone.

Per altro, intervenne anche qui opportunamente l'interpretazione dei prudenti. Poichè le XII Tavole, ragionarono i giureconsulti, ammettono il postumo alla successione legittima, non

(1) In questo senso, anche, le fonti parlano di *superstes*. Per alcuni, questo termine sarebbe testuale delle XII Tavole. Noi ne dubitiamo.

può esservi motivo perchè il padre non possa istituirlo. Si passò così dalla riserva del diritto di successione legittima a preferenza degli agnati a qualche cosa di più positivo, ossia alla possibilità della istituzione di un postumo.

Sia, quindi, la successione legittima, sia quella testamentaria tengon conto di questa *spes hominis*, sempre a vantaggio del nascituro. Le XII Tavole lo considerano come qualche cosa che impedisce la successione degli *agnati*; le fonti lo paragonano addirittura al *captivus*, ossia al prigioniero di guerra il quale trovavasi presso il nemico. Si afferma infatti che gli *agnati* non succedono tanto nel caso in cui vi sia la speranza della nascita di un figlio, quanto in quello in cui l'*heres suus* si trovi prigioniero del nemico.

Questo parallelo dice chiaramente che nella ipotesi del concepito si ha una speranza di persona, non anche l'esistenza di una persona. Il concepito è nella identica condizione giuridica del *captivus*. Nè anche a questo è riconosciuta la personalità, nè anche questi può vantare dei diritti. Tutt' al più, se tornerà in patria, egli sarà rimesso in tutto (salvo per quanto si riferisce al puro fatto: p. e. possesso) nella pristina condizione giuridica. Noi ci troviamo dunque di fronte a mere misure cautelatorie, tanto nel caso del nascituro, quanto in quello del *captivo*.

§ 13.

Alla stessa stregua, anche sotto altri punti di vista, fu trattato il nascituro; ma la formulazione concreta del principio la si ebbe solo con Giuliano. Egli afferma (fr. 1. 5. 26): Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse... (In seguito Giuliano dà alcuni esempi). Ciò significa, che sotto quasi tutti i profili del diritto civile, si ritiene che esistono in natura quelli che si trovano ancora nell'utero materno.

Si cita da taluno, come contrario alla formulazione giuliana, GAIUS, II. 203:

Ea quoque res quae in rerum natura non est, si modo futura

est, per damnationem legari potest, velut: fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit. (Si può legare per *damnationem* anche ciò che non esiste in natura purchè sia certo che dovrà esistere: p. es. i frutti che nasceranno nel tal fondo, o quello che nascerà dalla tale schiava). Si sostiene che Gaio non considera come esistente in natura l'*homo* che nascerà dalla schiava, e che perciò egli si ponga in aperta contraddizione con il principio formulato da Giuliano, e già fissato per interpretazione della legge decemvirale. Ma la spiegazione del passo di Gaius è facile: qui non si tratta di colui che è già concepito, ma di colui che la schiava potrà concepire. Tanto vero che Gaio pone sulla stessa linea i frutti pendenti e colui che potrà concepirsi (non colui che è *in utero*).

§ 14.

A proposito del fr. 1. 5. 26 dobbiamo soggiungere che il prof. PEROZZI vorrebbe ritenerlo interpolato. Noi non possiamo accogliere il suo avviso perchè non sappiamo riscontrarvi alcun indice, nè formale nè sostanziale, d' interpolazione. Il PEROZZI crede di trovare un indice d' interpolazione nell' avverbio *paene*, simile al *ferè* tanto usato dai Bizantini. Ma se sopprimessimo questa parola limitativa di Giuliano, resterebbe una affermazione troppo assoluta, la quale ci autorizzerebbe ad estendere la considerazione pel nascituro anche a quei casi, in cui potrebbe derivarne un vantaggio ai terzi. Il che è assolutamente da escludersi. Perchè dunque i Bizantini avrebbero aggiunto questa limitazione? E, d' altra parte, non è forse comune in Giuliano questa formulazione di principi sparsi qua e là per il campo del diritto? Egli è infatti uno dei maggiori fattori della sistematica e della dogmatica romana. Non ci fanno dunque impressione le osservazioni del PEROZZI e continuiamo a ritenere genuino il fr. di Giuliano.

Continua il fr. 1. 5. 26: Nam et legitimae hereditates his restituuntur: et si praegnas mulier ab hostibus capta sit, id

quod natum erit postliminium habet, item patris vel matris conditionem sequitur: praeterea si ancilla praegnas subrepta fuerit, quamvis apud bonae fidei emptorem pepererit, id quod natum erit tamquam furtivum usu non capitur: his consequens est, ut libertus quoque, quamdiu patroni filius nasci possit, eo iure sit, quo sunt qui patronos habent.

Giuliano adduce alcuni esempi in prova del principio che ha formulato. Infatti, egli dice, vengono restituite a quelli che non erano ancora nati le eredità legittime: ed ha il *postliminium* colui che nascerà da donna fatta prigioniera dal nemico mentre era incinta, e parimenti egli segue la condizione del padre o della madre. Inoltre se la schiava incinta sia stata rubata, sebbene abbia partorito presso il compratore di buona fede, quegli che da lei nascerà non potrà usucapirsi perchè anche esso è furtivo.

Consequentemente anche il liberto, fino a che possa nascere un figlio del patrono, si trova nella identica posizione giuridica di coloro che hanno un patrono.

Il primo esempio si intende senza difficoltà: il figlio concepito fin dal momento in cui la madre era libera nasce nella condizione di cittadino caduto prigioniero; e quindi ha il diritto di *postliminium*. Ugualmente chiari sono gli altri due esempi citati da GIULIANO. Il divieto di usucapione delle cose rubate, stabilito dalle XII Tavole e ripetuto da una *lex Atinia*, fa sì che non possa usucapirsi nè la schiava, rubata mentre era incinta, nè, nascendo, il figlio di costei il quale è schiavo furtivo come la madre. Finalmente, se muoia il patrono lasciando la moglie incinta, siccome esiste la speranza di un nuovo patrono nel figlio nascituro, non può dirsi che il liberto sia senza patrono.

In conclusione, il punto decisivo è questo; il feto non è attualmente un essere capace di diritto, ma è un possibile destinatario di diritti e, come tale, la legge ne tutela gli interessi. Non nasce: e cadono tutti i provvedimenti interinali. Nasce: e diventano definitivi tutti i rapporti provvisorii. Tutto questo lavoro della legge e della interpretazione mira a tutelare la possibilità di una persona: tutto cade appena questa possibilità

viene a mancare. E questo stato di cose provoca delle misure cautelari nel solo interesse del nascituro; mai nell'interesse di terzi. Ciò è tanto vero, che lo *ius trium liberorum* non spetta alla madre di due figli, incinta del terzo.

§ 15.

Presso i moderni, la condizione giuridica del nascituro è servita a dar base, per via di analogia, ad una costruzione giuridica rispondente alle esigenze della vita sociale. Fino a circa trent'anni or sono era controverso se si potessero onorare con disposizione testamentaria gli enti esistenti di fatto, ma non ancora riconosciuti in diritto. Non era poi raro il caso che il testatore intendesse creare senz'altro la nuova persona giuridica e nello stesso testamento farle una erogazione patrimoniale. Le due ipotesi non comportano che una stessa soluzione dipendente dalla ammissibilità o meno di disposizioni testamentarie, che considerino un ente non sussistente in diritto alla morte del testatore. La Cassazione di Torino, nella celebre causa Nascimbene, in una sentenza spesso ricordata, affermava che il riconoscimento dello Stato può paragonarsi al parto. Questa personalità disposta nel testamento, o esistente in fatto, non è un nulla, ma qualche cosa che contiene in germe la personalità giuridica.

Non può quindi ritenersi che il riconoscimento dello Stato sia il vero atto creativo della personalità; esso è, invece, un riconoscimento vero e proprio. Altro non è, infatti, la personalità giuridica se non un interesse umano riconosciuto dallo Stato come degno di tutela e di protezione giuridica. Alcuni sistemi legislativi accordano perciò la protezione giuridica non appena viene a sussistere l'interesse umano collettivo. Un sistema ideale, che però non è il nostro!

In ogni modo, la Cassazione Torinese, avvalendosi del superiore ragionamento, rafforzato anche dalla considerazione che per il nostro diritto non solo i nascituri sono capaci di succedere, ma possono ben anche essere istituiti eredi quelli non ancora

concepiti, purchè di persona vivente, ritenne valide le disposizioni testamentarie in favore di enti di fatto non riconosciuti. E con la sua sentenza impresse un indirizzo nuovo e giusto alla nostra giurisprudenza. La quale è ora costante in tal senso, tanto più che una particolare conferma le è venuta da una susseguente disposizione della legge sulle opere pie.

Nascita.

§ 16.

In qual momento cessa questo stato di speranza? Nel momento della nascita, la quale consiste nella completa separazione del feto dall'utero materno. Inoltre deve trattarsi di nascita di persona vivente, perchè il nato-morto si considera come se mai abbia avuto esistenza (1).

Il requisito della vita è indispensabile.

PAULUS *libro primo ad legem Iuliam et Papiam*—D. 50 . 16. 129. Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt.

Il frammento di Paolo, come rilevasi dalla epigrafe, fu tolto

---

(1) Ai nostri consessi giudicanti si è, di recente, presentata occasione di risolvere un interessante caso pratico. Ad una donna spettava il diritto di sepoltura; i figli di lei, invece, non lo avevano. Si trattava di vedere se avesse diritto alla sepoltura il figlio nato morto. Per noi, la risposta non poteva esser dubbia: il figlio nato morto non può considerarsi alla stessa stregua dei figli i quali abbiano vissuto, e quindi escludersi dal diritto di sepoltura. Quello è, invece, una *portio viscerum mulieris*, una parte del corpo della donna, per la quale—come per un'altra parte qualsiasi del suo corpo—ella ha diritto alla sepoltura.

La questione fu risolta nelle sentenze in base ad altre considerazioni di diritto municipale, per le quali si ritenne che la donna, che aveva avuto la massima parte della tomba paterna, potesse anche seppellirvi i figli. Per altro i nostri giudici si mostrarono avversi alla sepoltura di parte del corpo umano, non costituendo essa cadavere in senso proprio. Riteniamo assurdo questo modo di intendere la questione.

dal Commentario alla legge Giulia e Papia. Riferendosi a questa legge il giureconsulto dichiarò, che quelli i quali nascono morti, non si ritengono nè nati nè generati, perchè mai (neppure un momento) li si è potuti chiamare figli.

La legge *Julia et Papia*, come è noto, colpiva di particolare incapacità ad acquistare eredità le donne che non avessero almeno tre figli, se ingenue, e quattro se liberte. Nel citato frammento di ULPIANO si afferma, dunque, che in rapporto alla legge *Julia et Papia* non si riguarda come figlio il nato morto.

Nè da questo solo punto di vista viene in considerazione il nato morto. Anche sotto due altri aspetti si esclude qualunque efficacia giuridica di tale nascita: le fonti affermano, infatti, che nè l'*agnatio postumi mortui* rompe il testamento, nè ha vigore il S. C. Tertulliano, il quale attribuisce il diritto di successione alla madre rispetto al figlio a seconda che costei, se ingenua, abbia tre figli, e quattro, se libertina.

Ripetiamo, dunque, che sotto tutti e tre gli aspetti: quello della *l. Julia et Papia*, quello della *agnatio postumi*, e quello del S. C. Tertulliano, la nascita di figlio morto non esercita alcuna influenza giuridica.

§ 17.

Nelle fonti si considera inoltre sotto i tre aspetti riferiti, la nascita di esseri mostruosi e deformati (*prodigia*), e la nascita avvenuta in seguito ad operazione chirurgica, il c. d. parto artificiale. Pare che su questo punto le opinioni dei giuristi fossero discordi; è certo, ad ogni modo, che le soluzioni offerte dalle fonti variano da ipotesi ad ipotesi, e che una teoria precisa intorno ai requisiti che deve avere un parto non può assolutamente costruirsi. In questo siamo d'accordo col PEROZZI, il quale afferma (1) che « i Romani erano costretti a decidere soltanto le questioni pratiche, a cui davano origine le leggi, che

---

(1) *Istituzioni di diritto romano*, I p. 134.

« congiungevano certi effetti giuridici ad ipotesi che chiameremo generalmente di nascita di un uomo. E la decisione dovea variare secondo il modo con cui era formulata la ipotesi e secondo lo scopo della legge ».

Noi esamineremo, dunque, sotto ciascuno dei tre aspetti la nascita di questi esseri, che soglionsi qualificare come *monstra vel prodigia*, esseri che si possono definire per feti, i quali sono nati vivi, senza possedere per altro i caratteri distintivi della razza umana. Pertanto è necessario avvertire che non si ha un mostro, qualora si verifichi un caso teratologico che non toglie al parto il carattere di uomo (1).

§ 18.

ULPIANUS l. 4 ad legem Juliam et Papiam — fr. 50. 16. 135.

Quaeret aliquis, si portentosum vel monstrosum vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? et magis est, ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quae qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet.

Alla possibile domanda: se la donna abbia partorito un essere mostruoso o prodigioso o debole, o qualche cosa di mai visto, per l'aspetto o per il vagito diverso dalla forma umana, e più simile ad altro animale che ad uomo, dovrà giovarle la procreazione di tal feto, solo perchè s'è verificato un parto? il giureconsulto risponde che egli preferisce credere che anche questi esseri giovino ai genitori, poichè non si può far una colpa a questi ultimi se hanno ottemperato ai precetti nel miglior modo che per essi si poteva, e perchè non deve cagionare un danno alla donna ciò che solo per fatalità è avvenuto.

Quindi, dal punto di vista della legge Julia et Papia, alla

(1) Vedi PEROZZI, Op. cit. p. 136.

quale si riferisce la trattazione ulpiana, anche il feto mostruoso conta nel numero dei figli.

Invece, la decisione è completamente opposta nei riguardi del Senatusconsulto Tertulliano.

PAULI *Sententiae* IV, 9 § 3.

Mulier si monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur.

Se, dunque, dice Paolo, una donna ha partorito un essere mostruoso o prodigioso, a nulla le giova, perchè non sono *figli* quelli che vengono procreati anormalmente, con figura opposta a quella umana.

Poichè in questo luogo delle sue sentenze Paolo trattava del Senatusconsulto Tertulliano, non è dubbio che a questo debba riferirsi il passo riportato. Il S. C. Tertulliano aveva accordato la successione legittima alla madre sui beni del figlio, poichè nel diritto anteriore la successione della madre al figlio aveva tutt'altra base: ella, cioè, poteva succedere al figlio solo quando l'una e l'altro fossero *adgnati*, cioè fossero stati soggetti a uno stesso *paterfamilias* fino alla morte. Il S. C. accorda questo beneficio alla madre che abbia perduto dei figli (*in solacium liberorum amissorum*); pertanto, quando nasce un mostro, non può dirsi che, *in solacium* della morte di tal mostro, spetti alla madre la successione nei beni di un altro figlio. Evidentemente, questo caso non può paragonarsi alla perdita di un figlio « vero » per la quale si spiega il bisogno di conforto.

§ 19.

Per riguardo alla *agnatio postumi*, la negazione del carattere di figli ai *monstra* è confermata da Giustiniano.

*Cod. Iust.* VI. 29. 3.

Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. cum igitur is qui in ventre portabatur praeteritus fuerat, qui, si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum

antecederet et nascendo ruptum testamentum faciebat, si postumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa, ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is postumus ruptum facere testamentum potest. Veteres animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus est, etsi vocem non emisit, ruptum testamentum, apparet, quod, etsi mutus fuerat, hoc ipsum faciebat, eorum etiam nos laudamus sententiam et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet ilico postquam in terram cecidit vel in manibus obstetricis decessit, nihilo minus testamentum corrumpi, hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit ad nullum declinans monstrum vel prodigium.

Giustiniano decide con questa costituzione una antica controversia. Anzi è questa appunto una delle *quingenta decisiones* con cui l'Imperatore aveva inteso di sopire tante annose dispute. Egli espone anzitutto il caso che aveva fatto sorgere la disputa. Quando non era stato contemplato nel testamento il figlio, che stava ancora nel ventre materno e che, ove avesse visto la luce, sarebbe succeduto al padre in qualità di *suus heres* (se cioè nessuno si fosse trovato in posizione precedente alla sua), cotesto figlio, col nascere, rompeva il testamento paterno. Si dubitava, però, se un tal postumo rompesse il testamento quando fosse uscito, sì, completamente alla luce, ma fosse morto senza emettere neppure un vagito.

Gli antichi dubitavano sul modo di decidere, circa il testamento paterno. E poichè i Sabiniani pensavano che se il figlio fosse nato vivo, anche se non avesse fatto udire la sua voce, il testamento rimanesse rotto, è chiaro che se anche fosse stato muto, il risultato sarebbe stato identico. Noi, dice Giustiniano, pure approviamo la loro opinione e stabiliamo che se il figlio sia nato vivo perfettamente, anche se sia morto appena uscito dall'utero materno o appena accolto nelle mani della levatrice, non di meno sia rotto il testamento, e debba soltanto guardarsi al fatto se sia venuto al mondo uscendo vivo tutto quanto dall'utero materno, senza forma di mostro o di prodigio.

La decisione di Giustiniano non abbisogna di commento: egli si contenta di un istante di vita, e delle forme umane, per escludere la *agnatio postumi*.

Tal che, in conclusione, noi possiamo dedurre dai passi finora esaminati, che, in generale, il feto mostruoso non conta come uomo, e che, solo in qualche caso, per la ragione della legge, si richiede semplicemente il fatto del concepimento e del parto, non la nascita di un individuo con caratteristiche umane. La legge Iulia et Papia, infatti, si contenta del matrimonio, seguito dal concepimento e dal parto.

Il modo in cui il parto si effettua è indifferente ai fini del diritto: quindi non importa se esso sia avvenuto normalmente e naturalmente, oppure mercè l'intervento ostetrico.

§ 20.

Resta da esaminarsi il caso in cui il parto sia avvenuto artificialmente; il c. d. parto cesareo, per il quale non può dirsi che la donna abbia partorito, sibbene che il feto le è stato tolto dalle viscere per opera del chirurgo (*abactus venter*).

A questo proposito, bisogna vedere come decidano le fonti per ciascuno dei tre riguardi superiormente ricordati.

PAULI *sententiae* 4. 9 § 6.

Aborsus et abactus venter partum efficere non videtur.

Come abbiamo già osservato, la trattazione di Paolo in questo punto delle sue *sententiae* si riferiva al S. C. Tertulliano. Egli dichiara che, per quanto si riferisce appunto a questo Senato consulto, non si conta come parto il taglio cesareo. E la ragione del decidere di PAOLO è proprio nella lettera del S. C. Tertulliano, che è riferito al § 1 di questo stesso titolo delle *sententiae*.

« Matres tam ingenuae quam libertinae cives Romanae, ut ius liberorum consecutae videantur, ter et quater peperisse sufficiet, dummodo vivos et pleni temporis pariant ».

Per conseguire lo *ius liberorum* debbono tanto le ingenue quanto le libertine aver effettivamente partorito o tre o quattro



volte, purchè i figli siano nati vivi e nei termini completi. E poichè i giureconsulti intendono il parto in senso vero e stretto, non ammettono che per tale possa contarsi il taglio cesareo.

Tanto è vero che lo stesso PAOLO, immediatamente soggiunge (§2).

« Quae semel uno partu tres filios edidit, ius liberorum non consequitur; non enim ter peperisse, sed semel partum fudisse videtur: nisi forte per intervalla pariat ».

Non tre figli, dunque, ma tre parti (o quattro se libertina) occorrono perchè la donna consegua lo *ius liberorum*.

§ 21.

Diversa è la decisione per il caso della *agnatio postumi*.

ULPIANUS l. 9 *ad Sabinum* — fr. 28. 2. 12 :

Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe et si exsecto ventre editus sit: nam et hic rumpit testamentum, scilicet si nascatur in potestate.

Quando si dice che la nascita di un figlio rompe il testamento, bisogna intendere per nascita anche quella che avviene in seguito a taglio cesareo, poichè anche in questa ipotesi il figlio rompe il testamento, ben s' intende se nasce in potestà.

Avviene l'*agnatio postumi* anche nel caso di taglio cesareo, perchè, in ultima ipotesi, qui non può ragionevolmente escludersi che un figlio esista e conti per nato. Anzi, è proprio questa la regola rispondente al diritto comune: in qualunque modo sia nato, sempre è vero che si ha un figlio. Onde può considerarsi come unica eccezione quella del S. C. Tertulliano: eccezione che si basa esclusivamente sulla interpretazione letterale data dai giureconsulti al S. Consulto.

Quanto alla maturità del parto, o, in altri termini, al periodo più o meno completo di gestazione, Ulpiano ammette che un feto immaturo, purchè nasca vivo, può rompere il testamento. In questo senso va intesa l' espressione *integrum animal* che egli usa nel cit. fr. 28. 2. 12, 1.

Ma, anche qui, è affatto contraria la decisione, in riguardo al S. C. Tertulliano.

Agli effetti di questo, occorre il periodo pieno di gestazione; così, almeno, la pensa Paolo, nelle *Sententiae*, § 1 cit. (*pleni temporis*). Egli stesso, nel § 5 seguente, spiega :

« Septimo mense natus matri prodest; ratio enim Pythagoraei numeri hoc videtur admittere, sed aut septimo pleno aut decimo mense partus maturior videatur ».

Adunque, il figlio nato dopo sette mesi di gestazione giova alla madre; poichè la ragione dei numeri pitagorici sembra ammettere che al di là del settimo e al di qua del decimo mese di gestazione il parto appaia abbastanza maturo. Fuori di questi termini, secondo PAOLO, il parto non giova ai fini del S. C. Tertulliano.

Questo punto, se può dirsi controverso, pel diritto romano, non lo è affatto in diritto moderno. Oggi si richiede semplicemente la *vitalità* del feto (Cod. civ. it. art. 724); questo, cioè, è tale quando ha tutti gli organi capaci di funzionare.

Abbiamo già accennato alla disputa cui diede luogo l'esigenza della vita del neonato in riguardo alla *agnatio postumi*. Si faceva questione tra sabiniani e proculiani intorno al modo con cui il nato doveva manifestare la vita, e questi esigevano che avesse fatto udire la voce, quelli si accontentavano di qualunque altro segno. GIUSTINIANO risolse la controversia, decidendo che qualsiasi segno di vita bastasse quando il neonato *vivus ad orbem totus processit*.

§ 22.

La persona finisce colla morte. Questa, naturalmente, deve essere dimostrata. Il diritto romano non ammette dichiarazioni di morte per il semplice decorso di un certo tempo, anche lunghissimo, come non l' ammette di regola il nostro diritto attuale. Colui del quale non si hanno più notizie, che è scomparso dal luogo della sua abituale residenza senza più dar conto di sè, si deve ritenere vivo, finchè non si dia la dimostrazione del contrario. Si riannoda alla prova della morte la teorica dell'assenza,

che è così largamente e diversamente disciplinata nelle leggi moderne, ma che non è invece oggetto di particolari disposizioni nel diritto romano.

Non sarà inutile rammentare che vera presunzione di vita o di morte non si ha nelle fonti romane, riguardo all'assente. Ed in proposito teniamo a far rilevare che, anche nei migliori scrittori, presentasi qualche inesattezza in ordine alla storia dell'istituto in Roma. È insegnamento del BRUNS (1) che nelle fonti romane, giuridiche e non giuridiche, non si trovi esempio di assenza che duri da lunga pezza. E l'illustre PISANELLI, difendendo nella Camera dei deputati il progetto di codice civile, affermava recisamente: « le leggi romane non si occupavano dell'assenza » (2). Ora a noi sembra che la definizione dell'assenza, qual'è testualmente in alcuni codici vigenti, e quindi rispondente al concetto moderno sia letteralmente riprodotta nelle fonti romane.

Pongasi da una parte il fr. 23. 2. 10 (3), il fr. 29. 3. 2. 4 (4), la Nov. 22 c. 7 (5), e dall'altra l'art. 20 cod. civ. ital. (6) e, per citare una delle più recenti leggi civili, l'art. 181 cod. civ. spagnolo: e si vedrà tosto come tra la formula antica e le moderne vi sia identità sostanziale.

È solo per la dichiarazione d'assenza che si richiede la decorrenza di certi termini.

(1) BRUNS, *Ann. del diritto comune* I p. 90 seg. (1857).

(2) Cfr. *Collezione Gianzana* II, n. 134, p. 115.

(3) PAULUS, l. 35 *ad edictum*: — « si ita pater *absit*, ut ignoretur *ubi sit et an sit*... postquam *apertissime fuerit pater ignotus*, ubi *degit et an superstes sit*... ».

(4) ULPIANUS, l. 50 *ad edictum*: — si *dubitetur utrum vivat an decesserit is*... ».

(5) Nov. 22 c. 7: — « si vero incertum sit utrum *superest an non* quae ad hostis persona devenit, tunc *quinquennium expectandum*... post quod, sive manifestum fiat de morte, sive incertum maneat... » — Per le fonti non giuridiche v. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto* p. 75 sg.

(6) « La persona, che ha cessato di comparire nel luogo del suo ultimo domicilio o della sua ultima residenza, senza che se ne abbiano notizie, si presume assente ».

La verità è però che il tempo entra come elemento costitutivo tanto nel concetto romano dell'assenza, quanto nel moderno.

Non basta per diritto romano l'assenza, occorre che sia tale *ut ignoretur ubi sit et an sit*..., e si richiede che *apertissime fuerit pater ignotus*.

È facile intendere come per questa manifesta incertezza, occorra un certo decorso di tempo. Solo non si fissa alcun termine, ma si giudica sul caso concreto, come, secondo ha luminosamente dimostrato il BRUNS (1), è sulle circostanze del caso concreto, apprezzate liberamente dal giudice, che si decide della esistenza o meno della persona. In definitiva ne pare che l'assenza per se stessa non richiegga il decorso di un certo termine; e che in quanto possa essere necessario il decorso di qualche tempo, anche il concetto romano lo esiga. Talchè a parte l'*absentia* semplice, che implica solo non essere nella propria residenza, vi è un'assenza qualificata « assenza in senso legale », secondo la Relaz. senatoria sul Cod. civ., « la condizione del cittadino che non si sa, *se e dove esista* ».

§ 23.

Nè crediamo che questa assoluta incertezza cessasse dopo poco o molto tempo in base a presunzioni legali. Solo per certi rapporti (patria potestà, matrimonio) si fissavano certi termini, trascorsi i quali, si poteva procedere come se la morte fosse accertata (2). Ma la brevità stessa dei termini (3-5 anni) mostra, che non si può qua parlare di presunzione di morte. Si tratta di disposizioni fondate sulle pratiche necessità, come lo afferma espressamente TRIFONINO: « *quia illius temporis condicio necessitasque faciebat et publica nuptiarum utilitas exigebat* » (3).

È poi assolutamente inammissibile l'affermazione, che, trascorsi

(1) *Art. cit.* p. 92 sg.

(2) Cfr. BRUNS, *Art. cit.* p. 98, sg.

(3) D. 49.15.12, 3.

cent'anni dalla nascita dell'assente, questi si potesse per ogni riguardo considerare come morto. Uno dei più illustri nostri civilisti, il pres. BIANCHI (1) assume, in base ai fr. 7. 1. 56 e 33. 2. 8, che, trascorso un tal termine, potesse aver luogo l'azione di petizione d'eredità. Ma l'affermazione, che cent'anni siano *finis vitae longissimus* è fatta in quei passi per interpolazione dei Giustiniani (2), come ragione legislativa per fissare un limite all'usufrutto delle c. d. persone giuridiche. E Giustiniano, del resto, la ripete a proposito del tempo necessario per certe prescrizioni di fronte alla Chiesa ed alle opere di beneficenza (3). Potremo noi da queste espressioni interpolate, relative ad istituti giuridici assolutamente diversi, dedurre una presunzione legale, che permetta di ritenere aperta la successione di una persona? Lo potremo tanto più data la natura singolare di questi istituti? E non dovremo tener conto da un canto della norma generale recisamente espressa nei fr. 29. 2. 19: 29. 2. 27: 29. 2. 32, che per l'apertura della successione e per l'accettazione dell'eredità richiede la certezza della morte dell'ereditando, e dall'altro canto dell'assoluto silenzio delle fonti sopra un'eccezione così grave? Ed in fine, non è più rispondente allo spirito del sistema romano il lasciare al giudice l'apprezzamento anche di questa circostanza, piuttosto che fondare sovra essa una presunzione legale? Tanto meno poi è da ammettere, che viceversa, per diritto romano, la vita si presumesse fino ai cent'anni (4).

(1) *Corso del Cod. civ. it.* (II ed.) IV pag. 420.

(2) Cfr. FADDA, *Il limite di tempo all'usufrutto delle persone giuridiche*, pagina 13 sg.

(3) Cod. I. 2. 23; Nov. 9.

(4) Per il nostro diritto può ragionevolmente affermarsi che, a partire dal giorno della scomparsa e della mancanza di notizie, campeggi sempre il dubbio, l'incertezza, sulla esistenza della persona. Ma la condizione d'incertezza viene mutandosi nei differenti stadii, affievolendosi grado a grado la probabilità della vita e crescendo correlativamente quella della morte dell'assente, per cui, in ultimo, si arriva ad aprirne la successione.

Il diritto nostro non conosce una *dichiarazione di morte*, quale esiste nel diritto tedesco ed in quello austriaco. Qualche cosa di analogo, ma nei soli

§ 24.

In conformità al principio generale, che chiunque alleggi un fatto a sostegno della sua ragione (azione-eccezione) è tenuto a provarlo, deve provare la morte di una persona chiunque da questo avvenimento voglia far derivare un effetto giuridico. E conseguentemente, quando la rilevanza giuridica della morte dipenda dall'epoca in cui essa si è avverata, dovrà l'interessato stabilire questa epoca.

Specialmente importante sotto questo punto di vista è il determinare quale fra due persone, di cui è certa la morte, sia sopravvissuta all'altra. Può infatti avvenire che queste persone sieno reciprocamente chiamate a succedersi per legge o per testamento, o una sola sia chiamata alla successione dell'altra. E si capisce tosto quale importanza pratica abbia qua la determinazione dell'epoca della morte quando diversi sieno i chiamati all'eredità dell'una e dell'altra persona per il caso in cui la successione fra di esse non abbia luogo.

La difficoltà pratica per la prova della premorienza è massima nel caso, che due persone sieno perite nello stesso infortunio: in un naufragio, in un incendio, nella rovina di una casa, sotto una frana, e così via.

Certamente anche qui le circostanze possono permettere di determinare con una certezza più o meno approssimativa la priorità della morte. Fin qui siamo sempre nel campo delle prove. Quando la possibilità di stabilire l'ordine dei decessi vi sia, non

riguardi della pensione si ebbe dopo la campagna di Africa del 1896, poichè si ritennero per morti tutti quelli di cui non si avevano notizie. Un disegno di legge fu presentato nel '96 dal GIANTURCO. Con esso si introduceva la dichiarazione di morte sotto certi aspetti e sotto certe cautele, però per i soli scomparsi d'Africa. Questo disegno acquistò efficacia di legge solo dopo molti anni. E or è un anno, quasi, nei decreti-legge in seguito alla catastrofe di Messina e Reggio fu contemplata la dichiarazione di morte, alla quale si procedeva con metodi molto sbrigativi, non ammettendosi la prova in contrario, per evitar questioni.

vi è questione. « Et si quidem possit apparere, quis ante spiritum posuit, expedita est quaestio » (fr. 24. 1. 32, 14). Ma può anche avvenire, e purtroppo è il caso più frequente, che il dubbio non possa essere tolto o attenuato. Come provvedere ?

Il diritto romano aveva già sentito l'importanza della questione, e sono assai numerosi i casi in cui di essa si tratta. Ma la regola generale posta dalle fonti è perfettamente rispondente ai principi sopra esaminati. Quella persona, che fonda una ragione nel fatto della priorità della morte d'uno in rapporto alla morte di un altro, deve stabilire tale fatto: egli non vince se non prova la sopravvivenza di quest'ultimo. Ora, ciò si può anche esprimere diversamente, dicendo che si presume nel dubbio, che le due persone sono morte contemporaneamente. Se, infatti, non si può provare la precedenza di uno dei decessi, il risultato pratico è, che tali decessi si considerano come avvenuti simultaneamente. Così è formulato appunto il principio in

MARCIANUS l. 3 *regularum* — fr. 34. 5. 18.

In quibus casibus si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse » (1).

§ 25.

Il diritto romano, però, accanto a questa norma generale fissava una eccezione, che si può precisamente formulare come segue. Se le persone perite in uno stesso infortunio sieno nel rapporto di genitore e figlio — a qualunque sesso appartengano — si presume morto in precedenza il genitore se il figlio è pubere, si presume morto in precedenza il figlio quando sia impubere.

Non sarà inutile qualche osservazione a chiarimento della ec-

(1) Questo principio del diritto romano fu accolto negli stessi termini da molte leggi moderne. Così dal *Dir. terr. pruss.* (l. 1 § 39: 12 § 461), dal codice civile generale austriaco § 25, dalla legge sassone 31 gennaio 1829 § 9, dal codice civile italiano all'art. 924, dal recente codice spagnuolo art. 33, che è una riproduzione dell'art. 924 cit.; nonchè dall'art. 32 cod. civ. svizzero e dal § 20 cod. civ. germ.

cezione, e per dar contezza delle dispute che in proposito si sono fatte.

A) Perimento nello stesso infortunio. Si disputa sulla portata di questo presupposto. Alcuni si contentano dell'incertezza sull'epoca della morte, senza curarsi nè dell'unità di luogo, nè della qualità dell'avvenimento fatale. A favor loro questi scrittori citano

PAPINIANUS l. 13 *quaestionum* — fr. 37. 11. 11.

« Qui ex liberis meis impubes supremus morietur, ei Titius heres esto »: duobus peregre defunctis si substitutus ignoret, uter novissimus decesserit, admittenda est Iuliani sententia, qui propter incertum condicionis etiam prioris posse peti possessionem bonorum respondit.

Ma qui si tratta della regola generale, non dell'eccezione. E il *peregre defuncti* appunto perciò non può valere a determinare i limiti dell'eccezione. Nè possiamo concedere con HÖLDER (1), che pure è di avviso identico al nostro sulla portata dell'espressione « infortunio comune », che questo requisito sia talora taciuto nelle fonti. Esaminando per bene la terminologia di queste, si vede che esse accennano sempre all'unità dell'avvenimento fatale. Le espressioni caratteristiche, che esse adoperano, tagliano netto ad ogni dubbio (2). Tante volte poi la unità dell'avvenimento è anche viemmeglio specificata (3). La espressione *commorienza*, di cui i moderni han fatto quasi un vocabolo tecnico, trova un precedente testuale nel fr. 24. 1. 32. 14: « si forte invicem donationibus factis simul decesserint, quia neuter alteri supervixerit, licet de commorientibus oratio non senserit ».

A parte queste sicure risultanze terminologiche, è del resto evidente la necessità di un *commune periculum*, non potendosi diversamente concepire il concetto di *commorienza*. Le ragioni

(1) HÖLDER *Pandette* § 26 p. 102 sg.

(2) Fr. 34. 5 16 pr., 18 pr. (PARITER *mortui*); fr. 34. 5 16 pr. cit., 9 pr. §§ 2. 3, fr. 36. 1 35 (SIMUL *cum filia*); fr. 34. 5. 9. §§ 1. 4 (*pater mater cum filio* etc.); fr. 34. 5. 18 pr. (UNA *perierint*).

(3) D. 24. 1. 32. 14 (*naufragio forte, vel ruina, vel incendio*); D. 34. 5. 9 pr. (*in nave perierunt*); D. 34. 5 fr. 22. 23 (*naufragio perit*).

della presunzione, sieno o no in tesi generale plausibili, si fondano appunto sopra la maggiore o minore possibilità di resistenza, di fronte a identiche cause di morte. Epperò non solo occorre, che la morte sia avvenuta nello stesso luogo, ma per la stessa causa. Naturalmente non bisogna intendere questa affermazione troppo rigorosamente. Provato il pericolo comune incombente a due persone, e stabilita la loro morte, non bisogna pretendere anche la prova, che effettivamente il pericolo minacciatore fu quello che produsse la morte; perchè, come ben nota HÖLDER (1), la incertezza del vero momento della morte esclude la conoscenza delle circostanze, nelle quali effettivamente la morte è seguita.

A dir vero, anche il concetto di *pericolo comune* si presenta come vago. Il BEKKER (2) osserva che dal fr. 34. 5. 9. 1: « cum bello pater cum filio periisset » risulta non doversi la comunione del pericolo intendersi in senso troppo stretto, perchè, a stregua di quel passo, non si richiede che la morte sia avvenuta nello stesso fatto di guerra, *nella stessa battaglia*, ma solo che sia avvenuta *nella stessa guerra*. In realtà però il passo non prova affatto questa larghezza di concetto. Non bisogna infatti fermarsi all'espressione isolata *bello periisset*, ma prendere il testo nel suo assieme: « pater CUM FILIO bello periisset ». Si può perire in una stessa guerra in epoche ben distanti. Pongasi la guerra dei trent'anni, quella dei sette anni: e anche le guerre moderne durano mesi. Ma *perire in guerra assieme* è un concetto troppo determinato perchè si presti, con quella elasticità che vuole il BEKKER, ad allargare la cerchia dell'infortunio comune (3).

(1) Op. cit. pag. 103.

(2) BEKKER, *Pandette* I § 46 p. 159 nota g.

(3) Per una completa trattazione sullo *infortunio comune* cfr. le *Note* dei professori FADDA e Bensa alla *Traduzione italiana delle Pandette* del WINDSCHEID Libro II p. 735.

§ 26.

B) Rapporto di età e di parentela fra i commorienti.

Anche a tal riguardo si volle andare oltre i casi espressamente contemplati dalle fonti. Il MÜHLENBRUCH vuole che la presunzione di priorità si abbia sempre a favore del pubere quando sia morto assieme ad un impubere, qualunque sia il rapporto di parentela fra loro, anzi anche quando non sieno parenti. La ragione starebbe in ciò che la età impubere resiste meno, tant'è che dei nati la maggioranza perirebbe nell'età impubere. E fra due puberi, afferma il MÜHLENBRUCH doversi ritenere premorto il più vecchio, secondo l'ordine naturale delle cose. Come fondamento testuale si adduce il fr. 5. 2. 15 pr., nel quale PAPIANIANO (l. 14 *quaestionum*) parla di *turbatus mortalitatis ordo* quando il figlio muore prima del padre. In generale contro tutte queste estensioni è da osservare, che esse urtano direttamente contro la regola d'ermeneutica, che le norme di diritto singolare non possono estendersi da caso a caso. E il porre una *praesumptio iuris* è evidentemente creare uno *ius singulare*.

Soggiunge HÖLDER, che la illazione di probabilità dal rapporto d'età al rapporto della capacità di resistenza, su cui si fonda quella presunzione, calza più che mai tra ascendenti e discendenti, a cagione della probabile analogia della costituzione di questi, e che se la presunzione tra puberi attribuisce maggior forza di resistenza al più giovane che non al suo ascendente, che lo supera di almeno una generazione, non ne deriva punto una presunzione generale pel caso di qualunque differenza d'età.

A parte tutto, noi notiamo che le fonti accentuano sempre questo rapporto di parentela, e che non vi è un solo caso in cui si ammetta la priorità della morte facendo astrazione da tale rapporto. E poichè le presunzioni legali ripugnano anche al sistema probatorio romano, così noi avremo una ragione di più per tenere entro i limiti segnati la presunzione di premorienza.

La estensione, che di ogni verosimiglianza fa una presunzione legale, è il frutto delle dottrine dei commentatori e del sistema della prova legale. Assolutamente da respingere è quindi pel diritto romano la presunzione che di due persone di sesso diverso, morte nello stesso infortunio, la donna sia premorta all'uomo, o anche quella più ristretta, che la moglie sia premorta al marito (1). Nelle fonti non è alcun cenno di una tale presunzione di premorienza, e il fr. 34.5.17 (18), cui pare si richiami il RAMPONI, dice decisamente il contrario, se posto in relazione al fr. 18 (19), e da sè non dice nulla.

La condizione giuridica delle persone.

*Liberi e Schiavi.*

§ 27.

Il diritto romano considera la persona umana nelle sue relazioni con la collettività dei liberi, dei cittadini, dei familiari; donde la classificazione degli uomini in tre *status*: *libertatis*, *civitatis*, *familiae*.

Dal punto di vista dello *status libertatis* gli uomini si distinguono in liberi, e in schiavi; ed i liberi, a lor volta, in ingenui e libertini.

Ad intendere bene il concetto di libertà, quale s'è venuto svolgendo presso i Romani, pare a noi miglior metodo lo studiare il suo contrapposto diretto: la schiavitù. Poichè in effetti, trattasi di due concetti relativi, e trattasi di limiti fra loro instabili e mutevoli nei tempi.

La schiavitù risale ai tempi antichissimi, in cui ciascun popolo, abbandonata la vita nomade, comincia a fissarsi in sedi stabili e a dedicarsi alla coltivazione del suolo ed alla pastorizia. Con l'iniziarsi di questo periodo industriale, si addolciscono i costumi

(1) RAMPONI, *La teoria generale delle presunzioni nel dir. civ. ital.* p. 24.

sociali, e le lotte tra uomo ed uomo, tra popolo e popolo, cessano di aver per iscopo la distruzione, la soppressione feroce, dell'avversario. Già si risente il bisogno di nuove braccia atte al lavoro, poichè i gruppi sociali non sempre hanno uomini sufficienti a compiere tutti i lavori necessari. A questo punto, si comincia ad intendere che sopprimere il nemico è sprecare una vita che può ben altrimenti rendersi utile; che, meglio che ucciderlo, conviene serbare il vinto a servizio del gruppo sociale. Donde la nota etimologia di *servus*, a *servando*, che esprime in modo caratteristico questa idea colla quale si voleva gabellare quasi per generosità il ridurre la persona in ischiavitù. *Servi* sono appunto coloro la cui sorte è di servire ad altri uomini che, per contrapposto, son denominati *liberi*. Il concetto è già chiaro, e netta è la distinzione in ARISTOTELE, il quale afferma che delle persone umane le une sono nate per comandare, le altre per servire.

Certo è che l'antichità conosce questo istituto della schiavitù sebbene esso non abbia assunto presso tutti i popoli le stesse forme, come è certo che esso risponde ad una necessità sociale della prima civiltà umana.

Onde è concettualmente vera l'etimologia del vocabolo *servus* che viene indicata dai giureconsulti romani, sebbene essi non avessero dinanzi alla mente tutto questo processo evolutivo, ma si limitassero quasi a convalidare per tal via un fatto che ancora si verificava sotto i loro occhi.

Certo è, ad ogni modo, che, in Roma, la *servitus* è l'antitesi della *libertas*, e che i giureconsulti definiscono quella in antitesi con questa.

FLORENTINUS *l. nono institutionum* — fr. 1.5.4.

*Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur. Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur. Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent: mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiantur.*

La libertà consiste nella naturale facoltà che ha ognuno di fare quello che meglio gli talenta, purchè ciò non gli sia proibito dalla forza o dal diritto. E, per contrario, la servitù è una istituzione consacrata dal diritto delle genti, per la quale alcuno vien sottomesso, contro il diritto naturale (1), alla potestà altrui. La denominazione di *servi* proviene dal fatto che gli *imperatores* sogliono vendere i prigionieri, e quindi non ucciderli ma conservarli in vita: i servi poi diconsi anche *mancipia* pel fatto che vengono tolti al nemico con la mano.

*Contra naturam* dimostra che, per una istituzione riconosciuta *apud omnes peraeque gentes*, viene ammessa la condizione di schiavitù. D'altra parte, questa condizione appartiene al diritto delle genti sebbene lo schiavo di un cittadino romano si trovi, rispetto a quest'ultimo, in una condizione che è contemporaneamente riconosciuta dal diritto civile. Da questo punto di vista i Romani distinguono la *iusta* dalla *iniusta servitus*.

§ 28.

*Iusta* è la servitù perchè il diritto, in quanto appartiene ad un Romano, viene riconosciuto e tutelato dallo *ius civile* (in questo senso si parla anche di *iustae nuptiae*, di *iustum testamentum*). *Iniusta* è quella che spetta allo straniero, e potrà, quindi, essere conforme al diritto della sua nazione, ma non sarà certo riconosciuta dallo *ius* dello Stato romano.

Se un Romano cade in schiavitù, si ha uno stato di fatto che Roma non ha potestà di mutare, ma non per questo si ha una *iusta servitus*. Solo si dubita se tale possa chiamarsi quella che ha luogo con il consenso della comunione politica romana. Vi è infatti qualche caso, in cui lo Stato romano vuole la servitù presso lo straniero di un suo cittadino; quando, ad es., questi ha commesso un delitto a danno di una comunità politica stra-

(1) Il PEROZZI, *Istituz. di dir. com.* I p, 139, ritiene interpolata l'espressione *contra naturam* nel cit. fr. di Florentino. Non possiamo consentire all'opinione del PEROZZI perchè il richiamo alla condizione della naturale libertà di tutti è di vari altri giureconsulti.

niera, Roma, nel riconoscerne il torto, poteva farne consegna in servitù allo Stato straniero (*noxae deditio*). Qui si ha, soltanto, una *servitus* rispondente alla volontà della comunione politica romana, non una *iusta servitus* perchè, ripetiamo, è tale solo quella che spetta al cittadino romano.

Vero è che il FERRINI (1) riconosce anche in questi casi una giusta servitù, in quanto essa risponde al diritto politico romano. Ed è certo che qui si tratta di un genere di servitù diverso dalla servitù di guerra, poichè è escluso persino lo *ius postliminii*. Ma, se per *iustum* — e non vi ha chi ne dubiti — deve intendersi tutto ciò che è applicazione del diritto quiritario romano al cittadino, non v'è proprio fondamento per chiamare giusta questa forma speciale di servitù.

§ 29.

Lo schiavo, perchè tale, non cessa di essere *homo*. Onde, abbiamo visto, egli è sempre considerato come *persona* in senso lato. Come uomo, egli ha una volontà, secondo la quale si determina e agisce. Ora, si potrà trascurare questa volontà? Se dovessimo stare all'affermazione generale delle fonti « *servi pronullis habentur* » dovremmo rispondere affermativamente. Ma si tratta, in verità, di una frase che è senz'altro smentita dal fatto, che la qualità di uomo dello schiavo viene presa in considerazione in molti rapporti della vita. Quando, con tali espressioni, si abbassa lo schiavo alla pari delle bestie e delle altre *res*, dobbiamo pensare che esse non sono se non il riflesso di un concetto indiscutibile in teoria, ma inapplicabile nella pratica. È vero, infatti, che lo schiavo, come *res*, forma oggetto del *dominium*, ma dal *dominium* non può scompagnarsi in pratica la *potestas* la quale importa che lo schiavo, come tutte le altre persone che vi sono soggette, costituisce un mezzo di acquisto pel suo padrone. *Dominium* e *dominica potestas*, sebbene si fondino sul rapporto giu-

(1) FERRINI, *Pandette*, n. 46 p. 63.

ridico della proprietà, si atteggiavano sempre in modo vario col variare dei rapporti nei quali lo schiavo si trova di fronte al domino.

§ 30.

V'è diversità nella condizione giuridica dello schiavo, nelle epoche diverse del diritto romano. Primitivamente egli era considerato quasi come un membro della famiglia. Dato lo scarso numero degli schiavi, essi erano posti allo stesso livello dei figli, e collaboravano con questi alla pastorizia ed alla agricoltura. Erano, come questi, strumenti di produzione e di economia domestica, che convivevano col capo della famiglia entro le stesse capanne, in una intimità di vita patriarcale, ed erano soggetti ad un trattamento di fatto molto umano. Per ciò il diritto non aveva opportunità di intervenire nella loro tutela. Era piuttosto la coscienza sociale, l'opinione pubblica quella che reagiva contro il padrone che avesse sottoposto lo schiavo ad un trattamento disumano; ciò avrebbe costituito, al più, una violazione dei precetti del *fas* da parte del padrone, ed una *nota censoria* contro di lui, sarebbe opportunamente intervenuta per dare soddisfazione alla coscienza sociale offesa.

Non è solo nel tardo SENECA che noi leggiamo frasi come questa, che lo schiavo è il nostro umile amico. Già in PLAUTO udiamo uno schiavo che, facendosi forte del sentimento sociale al riguardo degli uomini di sua condizione, lancia al padrone questa esclamazione: Se tu sei uomo, sono uomo anch'io!

Eppure ai tempi di Plauto, già era di molto cresciuto il numero degli schiavi, e già si affievoliva quella umanità di trattamento. Bisogna giungere, però, alle grandi conquiste di Roma, a quelle compiute in Asia, specialmente, per constatare quale e quanto grande mutamento si sia verificato nella condizione servile! Oramai gli schiavi affluiscono in Roma, in grandissimo numero in grandi masse, che sono oggetto di speculazione e fonte di lucro all'usuraio, all'impresario che ha seguito l'esercito di Roma

nei luoghi di conquista. Mentre in tempo antico era uso di chiamar lo schiavo col nome del padrone (*Marcipor* = servo di Marco) e questa denominazione era sufficiente, dato lo scarso numero, ora lo schiavo ha un nome proprio, al quale si aggiunge sempre il nome del padrone (p. es. *Hermódorus Tullii Marci Servus*). Ormai, davvero la maggior parte degli schiavi non è solo teoricamente, ma spesso anche in fatto, riguardata alla stessa stregua che gli animali da tiro e da soma.

Però l'interesse, che è la molla delle azioni umane, fa sì che non tutti questi individui vengano considerati e trattati allo stesso modo. Tra il grande numero si distinguono uomini adatti a mestieri più nobili che non siano gli umili servigi della campagna, o della casa. E quindi, alcuni vengono adibiti all'azienda commerciale, alcuni alle arti mediche, altri persino all'insegnamento. Non può essere, e non è, che uno schiavo greco — ad es. — dalla mente aperta alle sottili speculazioni filosofiche venga considerato con la durezza con cui si considera il povero schiavo adibito alle rudi fatiche delle miniere. Di tale differenza di considerazione, e del trattamento diverso che ne deriva, si hanno prove nelle stesse fonti giuridiche.

Così, a proposito dello schiavo dato in usufrutto, viene detto che l'usufruttuario non può rimuovere costui da un servizio nobile per destinarlo a quello *destercorandis latrinis*. E la ragione giuridica della illiceità di un tal procedere, la si fa consistere in ciò, che l'usufruttuario non può usare della cosa in modo diverso da un buon *paterfamilias*. In fatto, dunque, e in diritto, si scevera tra categoria e categoria di schiavi.

§ 31.

Altra affermazione comune alle fonti giuridiche e non giuridiche è questa, che la servitù cancella la natura umana, tal che può ben compararsi alla *mortalitas*. « Dopo che uno ha emesso l'anima — fa dire PLAUTO ad uno schiavo — chi si cura più se egli sia stato libero o schiavo? ». Ma neanche questa afferma-



zione può dirsi vera in modo assoluto. Noi possiamo seguire lo svolgersi di questo rispetto per la natura umana dello schiavo nei varii periodi del diritto di Roma.

Prima dell'Impero lo schiavo era protetto dalla sola disposizione della *lex Aquilia* (per la quale il danno cagionato al padrone dalla morte o dal ferimento dello schiavo era stimato in base al maggior valore dallo schiavo stesso acquistato nell'anno o nei 30 giorni antecedenti al delitto); ed era questa una disposizione che aveva riguardo agl'interessi patrimoniali del *dominus* più che alla integrità personale del servo. Ma, a partire dal tempo che corre tra la fine della Repubblica e il primo secolo dell'Impero, abbiamo un vero intervento legislativo a tutela dello schiavo: segno evidente che l'opinione pubblica si preoccupa dell'incolumità degli schiavi. Di questi riguardi umanitari sono un riflesso la *lex Cornelia de sicariis* dalla quale era colpito chiunque uccidesse dolosamente un servo altrui; la *lex Petronia*, dei primi anni del I secolo, contro il padrone che di proprio arbitrio avesse mandato a morte il servo; e le disposizioni di varii imperatori, da CLAUDIO fino ad ANTONINO PIO, il quale permise che i servi ingiustamente e ferocemente maltrattati dai padroni quando ricorressero *ad fanadeorum vel ad statuas principum*, dovessero essere venduti dal padrone.

Non può, finalmente, negarsi l'influenza del Cristianesimo nel senso di una più pietosa considerazione della condizione servile. Non bisogna, peraltro, esagerare questa influenza che forse si è manifestata praticamente solo in rapporto al matrimonio servile, e che — ad ogni modo — non ha potuto nè voluto impedire il perdurare della servitù.

Esaminiamo, ora, particolarmente quale fosse la condizione dello schiavo.

§ 32.

Dal punto di vista religioso lo schiavo ha una personalità. Ciò è provato, anzitutto, dalla circostanza che egli prende parte alle

cerimonie sacre della famiglia e del popolo (*sacra familiaria, sacra popularia*) e che è vincolato dalla *obligatio voti*. Non solo, ma anche in altri rapporti pratici importantissimi si manifesta la tutela della personalità servile dal punto di vista religioso.

Si parla spesso, nelle antiche fonti, dei *Manes serviles*, e, in contemplazione di essi, ARISTONE ci dice che il seppellimento dello schiavo rende religioso il luogo. E sono spesso ricordati nelle fonti epigrafiche, e menzionati nelle fonti giuridiche, i così detti *collegia funeraticia*, associazioni che si propongono di assicurare ai loro componenti il funerale e la tomba, mediante un modesto e periodico contributo (*stips*). Questi *collegia funeraticia* vengono anche chiamati *collegia tenuiorum* appunto perchè per lo più sono composti di schiavi (*tenuiores* = individui appartenenti alle classi più umili).

Che anzi, queste collettività di schiavi hanno personalità giuridica; onde qui si verifica questa importante particolarità che la condizione di *persona* in senso stretto, la quale è negata ai singoli membri, è riconosciuta nella collettività degli associati. Tal che si può paragonare questo fenomeno alla somma di tanti zeri la quale rappresenta, non uno zero, ma una cifra significativa. Ora, può la somma avere un valore se non ne hanno le singole poste, isolatamente? Eppure è così: ciò dimostra che la realtà delle cose il più spesso si impone alle costruzioni giuridiche più sicure.

§ 33.

Dal punto di vista della famiglia lo schiavo non gode di alcuna considerazione.

Egli non ha moglie, non figli, non parentela; e il suo non è *matrimonium*, ma *contubernium*, cioè unione qualunque, non di diritto, ma di mero fatto, tra maschio e femmina. Non pertanto anche il *contubernium* viene considerato in pratica come una unione tra individui umani, e, come tale, produce conseguenze importanti anche pel diritto. Ne abbiamo una prova nel seguente frammento di ULPIANUS *l. vicesimo ad Sabinum* — fr. 33.7. 12,7.

Uxores quoque et infantes eorum, qui supra enumerati sunt, credendum est in eadem villa agentes voluisse testatorem legato contineri: neque enim duram separationem iniunxisse credendum est.

È il caso del legato di un fondo con gli schiavi destinati a coltivarlo. Il testatore ha tralasciato di disporre a riguardo delle donne e dei figli di tali schiavi. ULPIANO dice, che queste persone debbono intendersi comprese nel legato, anzi tutto perchè esse trascorrono la vita in quello stesso predio, e poi perchè non può immaginarsi che il testatore abbia voluto imporre una separazione così dura.

Questa interpretazione benigna ed umana del giureconsulto, la stessa espressione *uxores* (in luogo dell'altra più propria *contubernales*) ci mostrano che, se proprio non ci troviamo di fronte ad un *matrimonium* nel senso stretto e rigoroso del diritto, pure abbiamo già qualche cosa che praticamente vi si accosta, e che non potrebbe tenersi in ispregio senza incorrere nella riprovazione della pubblica opinione. Ed è proprio a riguardo del *contubernium* che ha influito la religione cristiana.

Altra conseguenza della inesistenza del matrimonio anzi della impossibilità di contrarlo, per gli schiavi, è questa, che non può verificarsi il reato di adulterio; in tale ipotesi trovano applicazione altre disposizioni, tra le quali quella dell'*actio legis Aquiliae* a favore del proprietario dello schiavo.

§ 34.

Come non ha il *connubium*, così lo schiavo non ha neanche il *commercium*, ossia egli non ha alcuna capacità di diritti patrimoniali, e quindi a lui non si acquista la proprietà, nè egli è capace di obbligarsi o di acquistare diritti di credito. Ma anche questa affermazione deve intendersi nel senso che, se non v'è, nello schiavo, capacità patrimoniale, v'è però in lui qualche possibilità di obbligarsi, poichè il germe dell'obbligazione, come semplice obbligazione naturale, mentre è in schiavitù, si svolge e si perfeziona a rapporto di diritto quando egli acquista la libertà.

Non avendo lo schiavo capacità patrimoniale, qualunque diritto derivante da contratto va a vantaggio del padrone; e dal lato delle obbligazioni, se esse derivano da contratto, sono obbligazioni naturali soltanto, se nascono da fatto illecito obbligano lo schiavo anche *civiliter*, ma nel senso che è data un'*actio noxalis* contro il padrone, o che egli stesso può esser convenuto in giudizio per risarcire l'intero quando diventi libero. Nel caso dell'*actio noxalis* la responsabilità del *dominus* è una responsabilità *servi nomine, propter rem*, quindi derivante dal rapporto reale di dominio tra padrone e schiavo. Onde avviene che, non trattandosi di obbligo personale del *dominus* al risarcimento, questi può sottrarvisi rompendo ogni legame con lo schiavo. A far ciò, non basta per altro l'abbandono dello schiavo: chè anzi, se questo sia avvenuto dolosamente, si verifica anche qui lo stesso principio che ha valore per la rivendica (*qui dolo malo possidere desiit...*), ossia la responsabilità continua a danno del padrone. Per potersi liberare efficacemente dalle obbligazioni *ex delicto* dello schiavo, il padrone non ha che un mezzo (quando, s'intende, non voglia risarcire il danno); questo mezzo è la *noxae datio* o trasferimento in proprietà, consegna dello schiavo a colui che fu vittima del delitto. Chè se il padrone abbia preferito di risarcire direttamente il danno, nascerà un rapporto giuridico tra servo e padrone, un debito naturale di quello verso questo per l'importo di quanto il padrone ha pagato in occasione dell'*actio noxalis*. Il rapporto di dominio rende, infatti, assurdo qualunque rapporto che abbia carattere giuridico fra padrone e schiavo; ma ciò non esclude che fra l'uno e l'altro possa benissimo esistere un rapporto naturale.

§ 35.

Il proprietario ha pieno diritto di disporre, come meglio crede, del suo schiavo. Secondo il rigore dell'antico diritto, egli ha sullo schiavo lo *ius vitae et necis*. Ma, attenuatasi questa originaria illimitatezza della potestà sugli schiavi, restò la caratteristica

circostanza che lo schiavo era uno strumento di acquisto e di economia nelle mani del padrone.

Poichè egli non era un qualunque oggetto di dominio, ma rimaneva pur sempre un uomo, e, come tale, aveva una capacità di fatto per la conclusione di negozi giuridici, capacità che doveva tornare a vantaggio del padrone. Appunto perchè destinato a vantaggio del padrone, il servo può acquistargli dei diritti, ma mai vincolarlo. Lo vincola, solo eccezionalmente, per quelle particolari figure nelle quali si presenta un ulteriore motivo che giustifica la responsabilità del dominio; mai, però, in base alla sola sua potestà sul servo (concessione di peculio, incarico speciale, vantaggio del padrone pel negozio giuridico conchiuso dallo schiavo, preposizione).

La concessione di un peculio autorizza lo schiavo a comportarsi al riguardo, come se egli fosse un titolare di patrimonio. Onde, in base al peculio, non solo si verificano degli acquisti, ma anche degli obblighi.

Il servo può compiere qualunque atto per l'amministrazione del peculio. Se questa ha fatto sì che il padrone stesso rimanesse obbligato, sorgerà un obbligo personale di quest'ultimo, limitatamente alle forze del peculio (*actio de peculio*). Chè se il negozio concluso dallo schiavo nell'amministrazione peculiare sia tornato a vantaggio del patrimonio che il domino conserva per sé, allora il padrone risponderà del debito sino all'ammontare del proprio arricchimento (*actio de in rem verso*).

Può darsi il caso che il padrone abbia dato speciale incarico allo schiavo di compiere un determinato affare, e in tale ipotesi il domino è responsabile per l'intero, come chiunque agisca dando incarico ad altri (*actio quod iussu* (1)). Il padrone risponde, ancora, quando abbia concesso allo schiavo un peculio perchè lo destini al commercio (*merx pecularis*): qui si dà l'*actio tributoria*, che differisce dall'*actio de peculio* in questo, che mentre nell'*a.*

(1) *Iussus* sta ad indicare incarico, autorizzazione, non comando. Cfr. HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon den Quellen v. iubere*.

*de peculio* il padrone detrae, a preferenza di ogni altra persona, quanto lo schiavo gli deve in relazione al peculio, nell'*a. tributoria* egli non ha diritto al prelievo, ma il peculio è tutto a disposizione dei creditori, compreso fra essi il padrone, che entra per la sua parte, nella proporzione dei crediti (*in tributum*). Ciò perchè il peculio non poteva commercialmente ispirare fiducia, e fruttificare, se i creditori non avevano la sicurezza che il padrone non vi avrebbe messo su le mani.

§ 36.

Restano ancora l'*actio exercitoria*, e l'*a. institoria*: la prima concessa quando lo schiavo o la persona libera in potestà era stata posta a capo di una industria marittima, e la seconda quando era stata preposta ad un ramo qualunque di commercio. In questi due ultimi casi si ha la completa responsabilità del domino pei debiti assunti dallo schiavo nell'esercizio marittimo o, in genere, commerciale, a condizione, però, che lo schiavo non abbia oltrepassato i limiti della preposizione. A questo scopo, e per evitare le frodi, si esige che la preposizione sia pubblicata ed esposta alla vista di tutti. Così, ognuno che ne abbia interesse potrà leggervi le restrizioni appostevi; non solo, ma se limitazioni non vi siano, la responsabilità del domino verrà determinata dall'indole di quel ramo di commercio. E questo è un naturale portato della buona fede, la quale deve presiedere ai rapporti del commercio.

Tutte queste azioni possono separarsi nettamente in due serie: da un canto le azioni *tributoria*, *exercitoria* ed *institoria*, dall'altro l'*a. de peculio* e *de in rem verso* e l'*a. quod iussu*. L'Editto pretorio le tiene, infatti, così separate e in prima linea colloca le prime tre. La ragione, felicemente prospettata dal BARON, è questa, che nel caso della *tributoria*, della *exercitoria* e della *institoria* si tratta di azioni che si riferiscono al diritto commerciale, mentre per le altre tre si tratta di azioni concernenti il diritto comune (1).

(1) Cfr. FADDA *gli istituti commerciali*, p. 50 sgg.

Procedimento, questo, che potrebbe sembrare assurdo se non si ascrivesse al bisogno di separare nettamente il commercio dagli altri rami dell'attività umana: si superarono le ragioni della logica per dare al commercio una parte a sè, e così, ad es., si distaccò dall' *a. de peculio* l' *a. tributoria*, che pure non è se non una modificazione di quella. Questa circostanza ha per noi importanza fondamentale anche per un altro verso: essa dimostra che i Romani diedero sufficiente peso al negozio di indole commerciale. La qual cosa si suole facilmente disconoscere anche da moderni scrittori. Eppure abbiamo una prova di ciò che affermiamo proprio nelle fonti, a proposito della *a. tributoria*. Occorre premettere che sul finire della Repubblica e nei primi tempi dell'Impero era incominciata a fiorire in Roma la speculazione sull'affitto delle case. Ricchi imprenditori e speculatori di fine tatto avevano intuito che per dar ricovero alle enormi masse di gente che profluivano in Roma, non sarebbero stati più sufficienti, ormai, le modeste case antiche anguste e di un solo piano, e si diedero a costruire degli enormi caseggiati a più piani: le *insulae* tanto più capaci, sebbene esteticamente meno belle, delle *aedes* dei cittadini romani. All'amministrazione di queste *insulae* erano preposti degli schiavi o dei liberti.

Ora, mentre per diritto moderno, si discute ancora—seguendo la classica definizione della *merx*, data da Ulpiano — se come oggetto del diritto commerciale debbano considerarsi i soli mobili (1), la questione era già risolta dai Romani nel senso che anche gli immobili potessero formare oggetto di speculazione commerciale. In fatti i Romani concedevano contro il proprietario che speculava sugli affitti delle *insulae*, preponendovi una persona a

---

(1) La dottrina italiana era quasi unanime in questo senso, mentre era in vigore il Cod. comm. del 1865; e così è anche attualmente per la dottrina francese. Ma la nostra ha mutato indirizzo di fronte al nuovo cod. comm. del 1882, che espressamente riconosce la commercialità delle compre e rivendite di beni immobili, quando sieno fatte a scopo di speculazione commerciale. Sulla commercialità della locazione e sui limiti di tale commercialità vi è ancora incertezza, dato il silenzio della legge.

lui soggetta, l' *actio tributoria* che, come dicemmo, è una azione commerciale (1).

Queste azioni vengono tutte sotto il comune appellativo di *actiones adiecticiae qualitatis*. Dobbiamo renderci ragione di questa qualifica, e per ciò fare dobbiamo fissare anzi tutto il rapporto che sta a base di queste azioni. Noi sappiamo, che il terzo che contratta non ha azione contro lo schiavo, perchè questi manca affatto di capacità processuale (se se ne eccettua qualche caso isolato, p. e. quello in cui è autorizzato ad agire contro il padrone perchè questi non lo ha manomesso, pur avendo ricevuto la somma pattuita per la liberazione). Mancando, dunque, in modo assoluto un rapporto di natura civile tra il terzo contraente e lo schiavo, resta obbligato il padrone. Ora questo obbligo non è di garanzia, ma vero obbligo del domino *ex capite proprio* con questo, però, che nel singolo caso viene meglio specificato dalla ragione speciale rispondente ad una delle varie ipotesi per cui viene data l'azione contro il padrone; all'obbligo viene aggiunta una qualità particolare. Così, se lo schiavo fa una compra e non paga, si potrà agire contro il padrone con l' *actio ex empto*, la quale — a seconda delle varie ipotesi — assumerà la qualifica di *a. ex empto de peculio, quod iussu, tributoria* etc. Non possiamo ammettere, come fa il PEROZZI (2), che il nome di *actiones adiecticiae qualitatis* dipenda dal fatto che esse si aggiungono all'azione contro chi strinse l'affare, perchè questa ragione è buona solo per casi, in cui colui che è preposto è persona libera, e quindi in prima linea v'è un'azione contro di lui. Ma nel caso di persone preposte *alieni iuris*, non potendo esse assumere debiti civili, non possono per tali debiti subire azione, e quindi non può dirsi che l' *a. adiecticiae qualitatis* venga ad aggiungersi ad una azione che non esiste.

---

(1) Confr. FADDA. *Ist. commerc.* p. 52.

(2) *Istituzioni di diritto romano* I p. 157.

§ 37.

In tutti i casi esaminati si hanno, dunque, altrettante eccezioni al principio generale, secondo il quale il padrone può acquistare ma non obbligarsi per via di schiavo. Si intenderà meglio il fondamento e la portata di queste eccezioni fermandosi sulla portata di quella figura caratteristica del diritto romano, che è il peculio. E vediamone senz'altro la definizione. *ULPIANUS lib. 29 ad edictum* (D. 15.1.5,4):

*Peculium autem Tubero quidem sic definit, ut Celsus libro sexto digestorum refert, quod servus domini permissu separatim a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.*

Ulpiano riferisce una definizione di Tuberone, riprodotta da Celso. Per questi giureconsulti è peculio ciò che il servo ha col permesso del padrone separato dai conti di quest'ultimo, detratto poi quanto per avventura debba allo stesso padrone.

Perchè possa parlarsi di *peculium* occorrono dunque due requisiti: 1°) il permesso del domino; 2°) che questo gruppo di beni sia dal servo amministrato separatamente, il che vuol dire con una tenuta separata dei libri di conto.

Sul primo requisito è necessario aggiungere questo soltanto, che la concessione del peculio non può essere fatta tacitamente dal *dominus*. Ma, d'altro canto, qualunque modo di concessione è efficace purchè l'intenzione del padrone risulti in modo netto.

Sul secondo requisito osserviamo che la separazione dei conti costituisce la prova sicura dell'anatomia del patrimonio peculiare; i registri del padrone non contengono nulla che si riferisca al peculio dello schiavo, e viceversa. Almeno così è stato fino a tanto che si è mantenuto fermo il buon uso romano che ogni capo di famiglia conservasse scrupolosamente in regola i libri della sua gestione patrimoniale, a modo che chiunque, in qualunque momento, potesse leggervi chiaro. In progresso di tempo, e col decadere dei costumi, la separazione del peculio dal patrimonio

del padrone diventa qualche cosa di meno sicuro, e non è più così agevole come per lo innanzi.

§ 38.

Il *peculium* è il patrimonio di fatto dello schiavo. Questi, nei riguardi del peculio, si comporta da proprietario, sebbene proprietario in diritto ne sia il padrone.

E questo concetto risponde alle idee correnti fin nell'antica vita di Roma; tanto che noi possiamo rintracciare un primo germe di questa spettanza di fatto allo schiavo nella disposizione con cui le XII Tavole gli permettevano di rivolgersi contro il padrone, che non lo avesse manomesso pur avendo ricevuto dal peculio la somma destinata alla liberazione (*pecunia pro capite*).

Ma, poi, tutto lo svolgimento del diritto romano in rapporto al peculio, non è che una continua e sempre più larga esplicazione di questo concetto, che il peculio è il patrimonio di fatto dello schiavo. Le fonti giuridiche ci hanno conservato in proposito alcune decisioni, che potrebbero persino far meraviglia a chi non tenesse presente tale idea fondamentale.

Ne riferiamo una. È noto che uno schiavo poteva avere alla sua volta altri schiavi a lui soggetti, in quanto facevano parte del suo peculio. Erano questi i così detti *servi vicarii*; ed era l'ideale di uno schiavo (come attestano molti scrittori non giuridici) il divenire facoltoso a modo di possedere molti *vicarii*. Or bene, questi schiavi *vicarii* appartenevano anch'essi al padrone *iuris rigore, subtili ratione*. Ma di fatto non era così: tanto è vero che da un canto Ulpiano (l. 20 *ad Sabinum*, fr. 73 § 5 *de leg. III* [32]) riferisce: « *vicarios autem servorum suorum numero non contineri Pomponius libro quinto (LENEL: sexto) scribit* », e dall'altro che in un legato di schiavi fatto dal marito alla moglie s'intendevano compresi soli i primi, non quelli peculiari. Tale decisione ci è data da Alfenio Varo *libro secundo digestorum a Paulo epitomatorum* — fr. 33. 8. 15.

Servo manumisso peculio legatum erat: alio capite omnes ancillas suas uxori legaverat: in peculio servi ancilla fuit. servi eam esse respondit, neque referre utri prius legatum esset ».

Un marito lega alla moglie le proprie schiave e a uno schiavo manomesso il peculio di costui, nel quale è compresa una schiava. Orbene, senza che abbia alcuna influenza la priorità del legato, si decide che la schiava del peculio non è compresa fra quelle legate alla moglie, benchè a questa sieno legate tutte le schiave del marito. La schiava peculiare, per tal modo, non si annovera fra quelle del padrone dello schiavo che ha il peculio.

Nel concetto classico, dunque, il *peculium* è un patrimonio che, in diritto, spetta al padrone, ma che, in fatto, viene considerato come appartenente allo schiavo.

§ 39.

Il *peculium* è un patrimonio, ossia è un nucleo di rapporti giuridici elevato ad unità, separato da quell'altro maggior gruppo di beni che è il patrimonio del proprietario dello schiavo. Si trovano qui di fronte due patrimoni, due nuclei di beni elevati ad unità, tra i quali possono intercedere svariati rapporti giuridici, tanta è in realtà l'autonomia singola, e conseguentemente l'indipendenza dell'uno dall'altro. Appunto per questo il *peculium* si considera come una *universitas iuris*, in altri termini, come un complesso di diritti e di obblighi, il quale — come è detto anche pel patrimonio ereditario — costituisce un *nomen iuris*, che può subire aumento e diminuzione (*accessionem et decessionem habere* (1)), viene detto paragonandolo alla eredità) mantenendo sempre lo stesso carattere.

Da suo canto il proprietario ha il suo patrimonio, separato da quello peculiare, autonomo. E questa autonomia, lo vedemmo nella definizione del *peculium*, si fa consistere nella separata amministrazione, nella economia distinta, dei due patrimoni.

(1) D. 40. 7. 28, 1; D. 50. 16. 178, 1.

La Glossa, col suo frasario immaginoso, dice appunto che il peculio nasce, cresce e muore *sicut homo*; anzi, per meglio specificare il paragone con le cose, soggiunge: *sicut asinus*.

Nel peculio sono compresi originariamente tutti quei cespiti patrimoniali che il padrone vuole annettervi. Ma, data questa costituzione fondamentale del patrimonio peculiare, e dato che esso cresce o diminuisce come ogni altra *universitas*, avremo necessariamente altri elementi costitutivi i quali potranno sopravvivere o scomparire.

In effetti, una volta « costituito » il peculio, questo si accresce e diminuisce per tutti gli affari che il servo conchiude relativamente al peculio e per mezzo di esso. Dal momento della costituzione non è più vero che qualunque cosa acquisti il servo sia acquistata senz'altro al padrone, ma si dovrà distinguere se l'acquisto sia avvenuto in relazione con gli affari peculiari, oppure in relazione con quelli del padrone. Solo in questo caso l'acquisto andrà al padrone.

§ 40.

A questo proposito viene in questione un principio di diritto, formulato in relazione col peculio, che però acquista maggior efficacia indipendentemente dal peculio stesso e che ha grande influenza nella teoria della rappresentanza così pel diritto romano che per il diritto moderno. Il principio è questo: che, nella gestione del peculio, tutto ciò che ha riguardo alle circostanze di fatto, (*quae sunt facti non transeunt ad dominum*, D. 35. 1.44 pr.) viene riferito allo schiavo. In altre parole, lo schiavo, non avendo capacità giuridica (*caput*), nel conchiudere un qualunque negozio pel quale si tratti di acquistare diritti al padrone, e — in certa misura — di obbligarlo, deve necessariamente mutuare dal padrone la capacità giuridica, e per questa soltanto è considerato come uno strumento dell'attività giuridica di lui; ma all'infuori di questa, tutto il resto viene commisurato in relazione allo schiavo. Lo schiavo, ad esempio, può essere istituito

erede, può esser nominato legatario, pur non avendo la *testamenti factio*. Egli mutua questa dal padrone. Ma se noi vogliamo esaminare qual sia la portata giuridica della istituzione d'erede o della nomina a legatario, dobbiamo guardare allo schiavo per se stesso. Un usufrutto, ad esempio, andrà a vantaggio del padrone, ma la sua durata dovrà commisurarsi alla persona dello schiavo, alla quale è alligato e con la quale cessa. L'elemento della buona fede a riguardo di qualche cosa che sia decisiva per la validità del negozio giuridico conchiuso dallo schiavo, si esamina nella persona di questo, non in quella del domino. Il dolo, la mala fede, la colpa, la scienza si considerano nello schiavo, quindi, ad es., nell'*actio redhibitoria* o nell'*a. quanti minoris* tendenti la prima allo scioglimento del contratto di compra-vendita d'animali conchiuso da uno schiavo, la seconda alla diminuzione del prezzo per i vizi occulti dell'animale venduto, si guarderà sempre alla scienza di tali vizii da parte dello schiavo, non a quella del padrone.

Sempre per il principio che *quae sunt facti non transeunt ad dominum*, si commisurano allo schiavo.

Lo stesso avviene nella gestione del peculio: anche qui, la sola capacità giuridica è mutuata dal padrone, ma per ogni altro riguardo la portata dell'effetto giuridico si commisura alla persona dello schiavo.

§ 41.

Questo principio ha esercitato una grave influenza sulla teoria della rappresentanza anche nel diritto moderno. Si discute se nel negozio giuridico conchiuso da un procuratore o mandatario speciale, gli elementi del dolo, della colpa etc., debbano considerarsi nella persona del rappresentante, o in quella del rappresentato. E in proposito si hanno tre opinioni: l'una guarda alla persona del rappresentante, l'altra a quella del rappresentato, ed una terza opinione intermedia afferma bastare che o l'uno o l'altro dei due sia in dolo od in colpa perchè si produ-

cano quei determinati effetti giuridici; poichè, si dice, il rappresentante tien luogo del rappresentato ed essi costituiscono quasi una sola persona.

Noi osserviamo che nel diritto moderno la rappresentanza costituisce diritto comune, essa è ammessa in via di principio, e viene esclusa solo in via eccezionale (1).

Nel diritto moderno, per quanto si voglia essere rigorosi, è insostenibile la esclusione normale della rappresentanza, mentre ciò può affermarsi con sicurezza per il diritto romano, nel quale, appunto, l'acquisto del possesso per via del *procurator*, organo permanente dell'attività economica del cittadino romano, rappresentava una necessità pratica, per cui si derogò alla norma.

Nella vita moderna degli affari, animata dalla forza operosa di tante attività e pressata da tanti bisogni, il fatto che alcuno si serve di altri per la conclusione dei negozi giuridici non può costituire qualche cosa di eccezionale, nè può essere guardato dalla legge colla diffidenza sospettosa con cui si guarda uno *ius singulare*. È innegabile che la quasi unanimità delle legislazioni, dei tribunali e degli scrittori è per il carattere normale, e se qualcuno si ribella, è costretto ad applicare le norme artificiose romane a rapporti completamente diversi dai romani.

Ora, appunto nel caso dello schiavo noi non ci troviamo di fronte ad un vero rappresentante del padrone, ma piuttosto ad uno strumento di questo. Non avendo esistenza autonoma, egli non è che la *longa manus* del padrone; e, per ciò, quello che decide è lo stato d'animo del servo.

§ 42.

Pare che nel diritto antico le facoltà spettanti al servo nei riguardi del peculio fossero ben più larghe che nel diritto clas-

---

(1) Tale fu la dottrina professata dalla Cassazione di Napoli nella sentenza 29 gennaio 1887 (*Foro it.* 1887, I. 525).

sico. Appunto in questo diritto la limitatezza sempre crescente di tale facoltà dà luogo alla distinzione fra peculi di cui viene concessa al servo la *libera administratio* e peculii in cui non vien concessa. Nel primo caso il servo può liberamente disporre del patrimonio peculiare, come se fosse suo di diritto, può vendere, donare, e, in genere, compiere qualsiasi alienazione. Nel secondo caso il servo non può compiere alcun atto che importi una perdita per i beni peculiari.

Questo concetto della *libera administratio* è poi servito nel diritto intermedio per configurare il concetto del mandato generale. Come è noto, il mandato può essere *generale* o *speciale*. Lo articolo 1740 cod. civ. chiama speciale il mandato per un affare o per certi affari solamente, generale quello per tutti gli affari del mandante. L'art. 1741 dispone che il mandato *concepito in termini generali* non comprende che gli atti di amministrazione (mandato generale semplice). Esso soggiunge, che quando si tratta di alienare, ipotecare, e fare altri atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, il mandato deve essere *espresso*.

Si ha qui, appunto, la figura del mandato generale *cum libera administrationis et dispositionis facultate*. Tale distinzione tra mandato *espresso* e mandato *concepito in termini generali*, non va intesa nel senso che quest'ultimo debba riferirsi al mandato *generale* soltanto. Ciò è inesatto. Anche un mandato *speciale*, ossia relativo ad uno o più affari soltanto, può essere concepito in *termini generali*: tale sarebbe il caso in cui si affidasse ad una persona la gestione di un determinato tenimento, o quello dei beni situati in una determinata regione. In questa ipotesi il mandato non comprende la sola amministrazione, ma anche la facoltà di disposizione.

§ 43.

Un dubbio grave fu sollevato per riguardo alla donazione. Per la rappresentanza del donatario dispone la legge espressamente, ammettendo, come già dicemmo, che per atto autentico possa

conferirsi mandato, vuoi di accettare una determinata donazione, vuoi in genere qualunque donazione (art. 1058 cod. civ.). Per la rappresentanza del donante si è a lungo disputato in occasione di due sentenze della Cassazione napoletana (1). A prescindere dagli altri argomenti, pur gravissimi, messi avanti in tale dibattito, a noi pare sia decisivo quello tratto dall'art. 1050 c. civ. che definisce la donazione per un *atto di spontanea liberalità*. Or perchè vi sia un serio *animus donandi*, occorre che alla mente del disponente sieno presenti la persona del donatario, e la cosa da largirgli. Se nel mandato (per atto pubblico) questi due elementi essenziali sieno indicati, si ha senza dubbio la manifestazione completa di una seria volontà di donare. Qui il mandatario è mero stromento di dichiarazione, nè si può nutrir dubbio sulla validità della donazione da lui fatta in esecuzione del mandato. Sarà del pari valido il mandato a donare a favore di persone da scegliersi dal mandatario fra più persone determinate dal mandante od appartenenti a famiglie o corpi morali da lui determinati, od a favore di uno fra più corpi morali determinati pur dal mandante. Qui il mandatario è vero rappresentante, in quanto coopera col mandante e lo sostituisce in parte nella scelta della persona-

Ma la legge, che nel caso della disposizione testamentaria ha riconosciuto sufficientemente determinata in tali condizioni la volontà di beneficiare, non può qui dichiararla incompleta ed inefficace. In realtà la ragione di beneficiare esiste per tutte le persone comprese nella cerchia determinata dal donante, epperò vi è il relativo *animus donandi*: nè può menomare la serietà dell'intento lo affidare a persona, che può essere in grado di pronunciare un giudizio più esatto, la scelta definitiva in base a requisiti posti.

Corrispondentemente si può anche dichiarare valido il mandato di donare a persona determinata (sia pure nei limiti ora

(1) Cfr. SCIALOJA, *Mandato a donare* e la raccolta fatta a Napoli degli scritti (Pierro, 1888) cui la causa diede origine.



indicati) una cosa da scegliersi dal mandatario fra più determinate dal mandante.

Al di là di questi casi ogni forma di mandato a donare ci sembra inammissibile, epperò il mandato generico a donare (quando non si tratti di facoltà compresa nell'amministrazione di un'azienda e relativa ai regali d'uso) il quale affiderebbe al mandatario una facoltà intimamente legata colla determinazione personale.

§ 44.

Una volta concesso allo schiavo il peculio, è naturale che tutti gli affari geriti in relazione a questo peculio tornino o meno a vantaggio di esso. D'altro canto, il principio *quae facti sunt ad dominum non transeunt*, influisce largamente sulla costituzione del peculio anche per un altro riguardo: in quanto le eredità ed i legati si commisurano allo schiavo, salvo, sempre, che per la capacità giuridica. Lo schiavo è colui che è effettivamente contemplato dal testatore, è lui che deve in fatto succedere, ed a lui va il lascito.

Donde la decisione di LABEO: *hereditas et legatum in peculium computantur*. L'una e l'altro, senza che intervenga una esplicita e concludente concessione da parte del domino, aumentano il peculio. Il padrone deve particolarmente far intendere la sua volontà, di non lasciare che essi facciano parte del peculio. D. 15.1.7.5 — (ULPIANUS, l. 29 *ad edictum*).

sed et si quid furti actione servo deberetur vel alia actione, in peculium computabitur: hereditas quoque et legatum, ut Labeo ait.

Se qualche cosa vien rubata al peculio, dice ULPIANO, ed in base all'*actio furti* si ottiene il pagamento del doppio, del triplo, del quadruplo — a seconda dei casi, — la somma conseguita accresce il peculio. Lo stesso deve dirsi per ogni altra condanna pecuniaria in base a qualunque altra azione; e per la eredità ed il legato, giusta il detto di LABEONE.

Quando uno schiavo viene onorato con testamento, la regola generale è, che il testatore abbia voluto far godere quei determinati beni allo stesso schiavo. Onde il padrone, che pure, in diritto, potrebbe toglierglieli, in realtà non osa di farlo perchè il suo atto urterebbe contro la comune coscienza. In effetti, sino ai primi tempi dell'Impero, nessun cittadino romano sarebbe giunto a tanto.

Ma la ragione prima, per cui si ammise che lo schiavo godesse in fatto della capacità di succedere, è tutt'altra. Essa è riposta nell'intima volontà del testatore (1). Il fatto che in generale possano istituirsi eredi gli schiavi altrui, è ricondotto dalla giurisprudenza romana alla contemplazione della *persona domini*. Di fatti, in molti casi gli schiavi erano considerati nel testamento, per poter rendere così possibile un'attribuzione patrimoniale al padrone, p. e. per poter istituire un postumo. In altri casi, al contrario, in cui il padrone avrebbe potuto benissimo esser contemplato, l'istituzione dello schiavo deve aver avuto una mira speciale: quella cioè di render possibile il trasferimento della eredità alienando lo schiavo; con questo, infatti, si veniva ad alienare la *spes hereditatis*. In questa ipotesi, lo schiavo era una specie di titolo al portatore che dava diritto ad acquistare una eredità indipendentemente dalla individualità della persona del domino.

Una volta constatata l'utilità pratica di questi ripieghi, si andò sempre più affievolendo il concetto che il beneficio dovesse tornare a vantaggio del domino; esso, invece, finì per fissarsi nella persona del servo, dando origine alla formola: *quae sunt facti non transeunt ad dominum*.

§ 45.

Il *peculium* appartiene allo schiavo come patrimonio di fatto, finchè non gli vien tolto dal padrone. Conviene però notare che se lo schiavo è manomesso *inter vivos* senza che il domino gli

(1) Cfr. su quanto segue, PERNICE, *Labeo* I pag. 139 sg.

tolga il peculio, questo resta in proprietà dello schiavo divenuto libero. Ed in ciò si ha una nuova prova dell'esistenza di questo patrimonio di fatto, che si muta in patrimonio di diritto col venir meno degli ostacoli giuridici che vi si frapponevano.

Nella *manumissio per testamentum*, invece, il peculio ritorna all'erede quando però il testatore non lo abbia espressamente attribuito allo schiavo con un legato, il quale, appunto perchè concerne il peculio, è un legato di universalità di cose.

Con la morte dello schiavo il peculio ritorna al domino nella sua qualità di proprietario di diritto. Questo è il diritto comune tanto per gli schiavi, quanto per i figli. Tant'è che anche nel peculio castrense — la figura di peculio in cui il figlio di famiglia ha una maggior potestà — il padre succede al figlio *iure peculii*, non *iure hereditatis*.

Ma anche qui, per lo schiavo, avviene in fatto quello che in diritto non è consentito. Era permesso agli schiavi di far testamento. La *testamenti factio*, che era istituito *iuris publici*, non poteva esser concessa allo schiavo dal padrone; ma in realtà, gli schiavi di uno stesso padrone potevano, per concessione di lui, fare reciprocamente testamento in ordine al peculio (1); in altri termini, quando il padrone lo tollerava, gli schiavi compresi entro la stessa cerchia di potestà potevano disporre per testamento in reciproco favore.

Vi è inoltre una categoria di schiavi ai quali questa facoltà spetta per diritto, e non per concessione; sono i *servi publici*, gli schiavi appartenenti allo Stato, addetti ai pubblici uffici, i quali possono disporre per testamento della metà del peculio che essi hanno potuto metter da parte con le svariate retribuzioni ricevute durante il servizio (2).

(1) Ci è attestato in Plinio il giovine.

(2) Cfr. su tutto ciò FADDA *concetti fondamentali del diritto ereditario romano* I p.

Abbiamo esaminato la condizione personale e patrimoniale dello schiavo. Dobbiamo ancora esporre come si origini e come cessi la schiavitù.

*Inst. I. 3. 4. Servi autem aut nascuntur aut fiunt. nascuntur ex ancillis nostris: fiunt aut iure gentium, id est ex captivitate, aut iure civili, cum homo liber maior viginti annis ad pretium participandum sese venundari passus est.*

Servi, o si nasce o si diviene. Dalle nostre serve nascono servi; e schiavi si diventa o per diritto delle genti — cioè con la prigionia — o per diritto civile, quando un uomo libero maggiore di venti anni, ha permesso che lo si vendesse per percepire una parte del prezzo.

Si hanno, dunque, due fonti di schiavitù: la nascita, o un avvenimento, posteriore ad essa, il quale privi della libertà. Fermiamoci su questa seconda causa di schiavitù. Dice GIUSTINIANO che si diventa schiavi quando si cade prigionieri del nemico (1).

Ma questa è la condizione di cose nel diritto relativamente evoluto; originariamente si poteva divenire schiavi anche in tempo di pace, quando da un gruppo familiare si passava nella potestà di un altro gruppo, col quale il primo non era in rapporto di amicizia o di alleanza. Venuta meno l'appartenenza ad un gruppo o tolta di mezzo l'amicizia fra due gruppi, colui che vi apparteneva, o ancora vi appartiene, è esposto all'arbitrio, si trova privo di difesa, e può quindi cadere senz'altro in servitù.

La prigionia di guerra è causa di servitù, tanto pel romano rispetto allo straniero, quanto per questo rispetto a quello. Unico punto controverso, al riguardo, è la *iusta servitus*, sulla quale ci siamo già intrattenuti.

(1) A suo tempo vedremo che dubitarsi se trattasi di vera schiavitù o non più tosto di sospensione della condizione giuridica di uomo libero.

§ 47.

A parte questo, che è il tipo originario della schiavitù, altri casi si presentano, i quali appartengono alla cerchia del diritto pubblico di Roma, e ve n'ha altri ancora che partecipano del diritto pubblico e del diritto privato.

Per diritto pubblico diventa schiavo il cittadino che Roma consegna alla comunità politica straniera che egli abbia offeso. Roma assumeva talora su di sé le conseguenze dell'offesa fatta dal suo cittadino allo Stato straniero, e in tal caso era la guerra. Talvolta preferiva separare nettamente la propria responsabilità da quella del cittadino offensore, e in tal caso procedeva alla consegna, circondata di formalità del diritto sacro, del cittadino allo straniero (*deditio*, alla quale interveniva il *pater patratus*). A differenza della servitù di guerra, qui non si aveva lo *ius postliminii*.

I modi che partecipano del diritto pubblico e di quello privato si sostanziano tutti nella vendita del cittadino fatta *trans Tiberim*, ossia al di là del territorio romano, originariamente verso l'Etruria. Colui che non risponde alla chiamata sotto le armi (*infrequens*), o non si sottopone al censimento (*incensus*), o si rende disertore, viene venduto oltre il Tevere, poichè si ritiene che il *civis* non possa essere servo in Roma, e diventa schiavo.

Un caso appartenente al diritto privato, è quello della esecuzione forzata. Nell'inizio l'esecuzione aveva per oggetto non i beni ma la persona del debitore: trascorsi i trenta giorni prescritti dalle XII Tavole, il reo condannato che non adempie alla sua obbligazione può essere preso e finanche ucciso dal suo creditore.

Che anzi, se trattasi di più creditori, questi possono, secondo una disposizione delle stesse XII Tavole, dividersi in parti il corpo del debitore. Ma è più probabile che il creditore, o i creditori, preferissero ritrarre un compenso qualunque, anzichè soddisfare con una inutile vendetta la loro perdita pecuniaria. In

questa ipotesi il debitore era venduto *trans Tiberim* e i creditori si spartivano il prezzo.

Anche il ladro condannato può esser venduto *trans Tiberim* dal derubato. GAIO (3.189) ci riferisce una disputa sorta al riguardo.

Infine nell'antico diritto anche i figli potevano esser venduti dal padre. Il ferreo potere del *pater familias* sui dipendenti importa su tutto il gruppo un diritto sovrano, che ha nello *ius vitae et necis* l'espressione più completa e più forte al tempo stesso. Ora, il *pater familias*, che può uccidere il proprio figlio, può anche venderlo, sempre a condizione che la vendita venga effettuata *trans Tiberim*, e sotto alcune precise limitazioni che esamineremo in seguito. Nel diritto postclassico durante l'impero di Costantino — quindi proprio agli inizi della ufficialità della religione cristiana — fu permessa la vendita dei figli appena nati « *propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa* ». Appunto Costantino dispose che la prole appena nata potesse esser ceduta, e diventasse schiava del compratore.

§ 48.

Altri casi di servitù sopravveniente, i quali appartengono al diritto posteriore sono i seguenti:

Cade in servitù il *servus poenae*, quegli, cioè, che è condannato al lavoro delle miniere, od al servizio del circo. Costui non è un *servus sine domino*: ma lo è nel senso che non è soggetto ad alcuno (neppure all'Imperatore = *servus Caesaris*) all'infuori della propria pena.

In base al *Senatusconsultum Claudianum* la donna libera, la quale persevera a convivere con un servo altrui, malgrado l'avvertimento del padrone (*invito et denuntiante domino*), diventa schiava di questo. Conseguentemente, tutti i beni della donna divenuta schiava passano in proprietà del padrone, e perciò si verifica qui un caso di successione universale tra vivi.

Un caso assai importante di schiavitù sopravveniente è quello

di colui che, sapendo di essere libero, si lascia vendere come schiavo previo concerto col venditore per la partizione del prezzo. Certo secondo il rigore de' principii la vendita che altri faccia di sè come schiavo non ha alcun valore. Callistrato (l. 2 *quaestionum* - fr. 40.12.37) dice recisamente: « conventio privata neque servum quemquam neque libertum alicuius facere potest ». Come non si può far diventare schiavi i propri figli col venderli, così non si può diventar schiavi per il consenso che noi diamo alla nostra schiavitù. Ma già da tempi antichi [perchè della cosa è già menzione in Quinto Mucio (fr. 40.12.23)], non in base alla convenzione, ma a titolo di pena, cade in schiavitù il cittadino maggiore di vent'anni, che per partecipare al prezzo si lascia vendere come schiavo. Marciano (l. 1 *institutionum* — fr. 1.5.5,1) dice che si diventa in tal caso schiavi *iure civili*, in contrapposto ai modi dello *ius gentium*. E tale è pure l'affermazione delle Istituzioni giustiniane (I. 3.4), che pare dovuta a Florentino (1). Pare che originariamente non vi fosse vera schiavitù, ma che il pretore negasse solo l'azione per far dichiarare la libertà. Poi vi fu schiavitù vera (cfr. fr. 40.13.1.3.4). Ad ogni modo il minore di vent'anni non soggiaceva a tale conseguenza e neppure colui che aveva superato tale età, se non avesse partecipato al prezzo o se il compratore sapesse che l'uomo era libero.

Finalmente, si può anche ricadere nella condizione di schiavitù. È questo il caso del liberto che manchi in modo grave ai suoi doveri verso il patrono. Ove questi lo voglia, il pretore revocherà il liberto *in servitutem propter ingratitudinem*.

Questa revoca però non fu consentita che assai più tardi. Da prima poteva il patrono punire il liberto ingrato, poi farlo punire dal magistrato. È solo ai tempi di Claudio che si ha la revoca per un caso singolo, allargata poi ad ogni colpa d'ingratitudine. È una figura analoga alla revoca della donazione per ingratitudine, revoca che il fr. 39.5.31,1 parrebbe attribuire già al periodo Papiniano, mentre trattasi di interpolazione sicura, mo-

(1) FERRINI *le fonti delle Istit* 2.<sup>a</sup> ed. p. 31.

strata tale dal confronto col fr. Vat. § 254 (cfr. c. 8.55[56].10). Anche qui, come altrove, il diritto relativo ai liberti è servito come esempio per allargare quello generale.

§ 49.

Il § citato delle Istituzioni di Giustiniano afferma che nascono schiavi i figli delle schiave nostre. Sorge quindi la questione, in qual momento debba porsi mente alla condizione della madre per decidere se il figlio nasca schiavo o libero.

Le fonti distinguono la nascita da matrimonio legittimo, da quella fuori matrimonio. Pel matrimonio legittimo si pone mente al momento del concepimento, nel senso che il figlio segue la condizione del padre in tal momento, anche se la madre muore in seguito condizione. Abbiamo qui un'applicazione della massima: *nasciturus pro iam nato habetur quoties de eius commodo agitur*; la qual massima influì anche sulla determinazione della condizione dei figli concepiti e nati fuori matrimonio. Qui si guardava alla condizione giuridica della madre nel momento del parto.

Infine, se la donna aveva concepito mentre era libera ed, in seguito, era divenuta schiava, si ammetteva *favore libertatis*, che il figlio nascesse libero.

E si andò anche più in là contentandosi di un solo istante in cui, durante la gravidanza, la madre fosse stata libera, perchè libero nascesse il figlio. È, anche questa, una forma di tutela della *spes libertatis*.

Nelle Istituzioni di Giustiniano (I, 4 pr.) è esposta l'evoluzione storica del diritto romano intorno a questo punto:

Ingenuus is est, qui statim ut natus est liber est, sive ex duobus ingenuis matrimonio editus, sive ex libertinis, sive ex altero libertino altero ingenuo. sed et si quis ex matre libera nascitur, patre servo, ingenuus nihilo minus nascitur: quemadmodum qui ex matre libera et incerto patre natus est, quoniam vulgo conceptus est. sufficit autem liberam fuisse matrem eo tempore quo nascitur, licet ancilla conceperit. et ex contrario si libera con-

ceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in utero est. ex his et illud quaesitum est, si ancilla praegnans manumissa sit, deinde ancilla postea facta peperit, liberum an servum pariat? et Marcellus probat liberum nasci: sufficit enim ei qui in ventre est liberam matrem vel medio tempore habuisse: quod et verum est.

Ingenuo è quegli che è libero fin dall'istante della nascita, o che egli sia nato dal matrimonio di due ingenui, o che sia nato da due libertini, o da un ingenuo e da un libertino. Ma anche quegli che nasce da madre libera e da padre schiavo, nasce ugualmente ingenuo, come pure avviene per colui che nasce da madre libera e da padre incerto, perchè questi è *vulgo conceptus*. Inoltre basta che la madre sia libera nel momento del parto, anche se fosse stata schiava nel tempo del concepimento. E per contrario, se abbia concepito quando era libera, e poscia, divenuta schiava, partorisca, si stabilì che il nato fosse libero, perchè la sfortuna della madre non deve essere di nocimento a quegli che è nell'utero. In base a queste decisioni si fece il quesito: la schiava incinta, quindi manomessa, e poi, di nuovo divenuta schiava partorerà un individuo libero o schiavo? MARCELLO è d'opinione che questi nasca libero: infatti basta per colui che si trova nell'utero l'aver avuto anche in un momento intermedio una madre libera. La qual cosa è esatta.

Il principio « *media tempora prosunt* » è dunque l'ultimo stadio di questo graduale riconoscimento del concetto di libertà, e rappresenta l'ultima deroga all'antico rigore.

Il giureconsulto MARCELLO, a quanto pare, sarebbe stato colui che meglio sostenne questa dottrina liberale.

§ 50.

La persona libera, che diventa schiava, soffre una *capitis deminutio maxima* la quale tronca in essa ogni capacità giuridica; vengon meno senz'altro le tre condizioni di libertà, di cittadinanza, e di famiglia.

Onde nelle fonti si considera la *capitis minutio* come una *mutatio status* (fr. 46.3.38 pr.). Ogni rapporto di parentela, civile (*agnatio*) o naturale (*cognatio*), vien meno. Onde Modestino (l. 12 *pandectarum* - fr. 38.10.4,11) scrive:

Is cui aqua et igni interdictum est aut aliquo modo capite minutus est ita, ut libertatem et civitatem amitteret, et cognationes et adfinitates omnes, quas ante habuit, amittit.

Onde, come naturale conseguenza, ne discende la perdita di ogni diritto di eredità, qualunque ne sia il titolo.

Il patrimonio del *capite deminutus*, può essere tutelato provvisoriamente da un curatore nominato all'uopo, se trattasi di schiavitù derivante da prigionia di guerra presso il nemico. Nel caso, invece, di servitù definitiva, colui che diviene proprietario dello schiavo succede come l'erede in *universum ius* del *capite deminutus*, ossia subentra nella posizione patrimoniale del nuovo servo. Ma succederà anche nei debiti? e avranno diritto i creditori di rivolgersi contro il nuovo proprietario? Parrebbe che la risposta dovesse essere negativa, perchè gli obblighi, in conseguenza della caduta in servitù sono, per sé, estinti.

Il proprietario, quindi, doveva originariamente succedere nelle sole attività patrimoniali di colui che era caduto in sua servitù. Ma gradualmente ebbe riconoscimento anche in questo campo la massima che un patrimonio deve considerarsi per quello che è, ossia deve aversi riguardo alle attività solo in quanto le passività lo consentano (*bona non intelleguntur nisi deducto aere alieno*). Per opera del pretore, in fatti, i creditori ebbero una azione utile contro il *minutus*, considerando per finzione come non mai avvenuta la *capitis deminutio*. Ove il *minutus* non venga difeso da colui che lo ha in podestà, si procede alla *venditio bonorum*. Così è stabilito per la *c. dem.* derivante da *adrogatio*.

Anche qui, a rigore, le obbligazioni andavano estinte. Ma il pretore intervenne, e nel caso in cui il *pater adrogator* non avesse pagato i debiti, accordò un'azione contro il figlio arrogato, *rescissa capitis deminutione*. Dette, cioè, ai creditori un'azione fittizia nella cui formula si fingeva che il figlio fosse ancora *pa-*

*ter familias*; e con questo mezzo fu possibile il procedimento contro il suo patrimonio.

Questo che Gaio (III. 84) ci assevera per la figura della *capitis deminutio minima*, non era direttamente stabilito nell'editto per le altre due *deminutiones*. Per analogia in tali casi si accordò un' *actio utilis in eos ad quos bona eorum pervenerunt* (fr. 4.5.2 pr. 7 § 2) (1).

§ 51.

La servitù cessa, generalmente, per volontà del proprietario, ossia con la manumissione. Talora, anche, indipendentemente da questa volontà. Cominciamo col trattare della manumissione.

La volontà del domino è sovrana. Ciascuno è *moderator et arbiter rei suae*, e, come tale, ha facoltà di godere, alienare, persino distruggere (secondo l'antico concetto) il proprio schiavo. Fin qui, nulla v'è di strano. Ma come spiegare la manumissione, per la quale un privato ha facoltà di accordare al servo non solo la libertà, ma anche la cittadinanza? Qual fondamento dobbiamo porre a questo effetto di diritto pubblico che si origina dalla proprietà, che è un rapporto di diritto privato?

Un nostro valoroso romanista, il prof. PEROZZI, ha trattato la questione fra altre di cui si occupa in un bellissimo studio (2) dedicato a questi interessanti enigmi dell'antico diritto. Noi riassumiamo i suoi risultati con le sue stesse parole. È da respingere — egli dice (3) — l'idea comune che i Romani abbiano introdotto nel loro diritto l'istituto della manumissione (da *manumissio* = mandare il servo fuori della *manus*, ossia potestà del padrone) per procurare al servo il beneficio della libertà. Si attribuisce così all'antico popolo romano un sentimento altruistico che non può assolutamente aver posseduto. La manumissione dei servi fu invece introdotta a vantaggio dei padroni in

(1) Cfr. LENEL *ed. perp.* 2ª ed. § 42 p. 115,

(2) PEROZZI *Problemi d'origine* (nei volumi per le onoranze a V. Scialoia).

(3) PEROZZI: *Ist. di Diritto Rom.* I p. 168.

quel tempo in cui eredi non poteano essere che i *sui* del defunto, per procurare a loro un erede, se mancavano di un *suus heres* naturale.

La manomissione in origine non era veramente che un'adozione di servo in figlio.

Essa avea luogo o con effetto dopo la morte dell'adottante o con effetto in sua vita.

Nel primo caso era un'adozione testamentaria; infatti l'adottato assumeva dopo la morte dell'adottante la qualità di *suus* e insieme di *heres*. Essa si compiva in tempi primitivi con atto privato del *pater familias*, consistente in una dichiarazione innanzi a testi.

Il secondo caso si verificava in due ipotesi: il padrone del servo lo chiamava suo figlio (*adoptio servi proprii*); oppure lo vendeva, perchè fosse come figlio presso il compratore (*datio in adoptionem*). Tutti e tre questi casi di manomissione-adozione ci richiamano alla vita precivica, sia per la piena facoltà del padre di famiglia di adottare anche un servo suo o d'altri come figlio con un mero suo atto privato, sia perchè quest'uso presuppone un tempo, certo remotissimo, in cui la situazione dei figli non era dissimile da quella dei servi, e quindi il sentimento comune non era offeso dall'elevazione di un servo a figlio ».

Questa necessità di avere un successore, si spiegherebbe col fatto che le non floride condizioni finanziarie avrebbero talora potuto provocare alla morte dei padroni la vendita del patrimonio in onta della loro memoria. Era quindi miglior partito trovare un successore, in nome ed in onta del quale potesse procedersi alla vendita. Uno schiavo era l'individuo meglio indicato allo scopo.

§ 52.

Noi non possiamo accogliere l'opinione del PEROZZI. Come in tutti questi problemi delle origini, in cui le nozioni sono così poco chiare, è naturale che non possiamo presentare se non

ipotesi, spesso appena basate sopra un punto ben debole di consistenza.

Ciò nondimeno crediamo di poter affermare che l'idea dalla quale muove il PEROZZI è affatto contraria ai concetti fondamentali del testamento romano. Non avviene per questo, come per il testamento greco, che l'adozione serva di mezzo per la nomina dell'erede.

Non è possibile innestare a questo punto una trattazione sulla vera natura del testamento originario. Ma altrove abbiamo cercato di sostenere un punto di vista completamente diverso da quello che il PEROZZI presuppone come vero. Ed inoltre, nella tradizione romana, il testamento è tenuto separato nettamente dall'adozione. Se questa avesse avuto originariamente una funzione tanto affine a quella della successione testamentaria, non vi sarebbe stato opportunità di fissare e di mantenere nel tempo una separazione così decisa fra i due istituti.

La facoltà di manomettere nel *pater familias* e il conseguente acquisto della libertà e della cittadinanza da parte dello schiavo, si spiegano meglio — a nostro avviso — risalendo alla costituzione ed alla funzione del gruppo familiare nel periodo primitivo. Era questo un gruppo politico, nel senso che ogni potestà si accentrava nel capo, e che nessun'altra o più alta facoltà che egli non avesse poteva esercitarsi entro la limitata cerchia del gruppo. Poichè già esiste la schiavitù, ogni gruppo ha i suoi schiavi; e questi, molto spesso, non sono se non antichi membri di altri gruppi fatti prigionieri nelle lotte feroci di ogni giorno, di ogni momento. Lotte, si tenga questo ben presente, che per lo più avvenivano fra gruppi appartenenti alla stessa stirpe latina, ed entro un raggio di terra non molto ampio. Onde i primi schiavi erano fratelli di sangue a quelli che li tenevano in potere, erano stati forse antichi alleati contro altri gruppi. Una schiavitù in tali condizioni, non difficilmente doveva mutarsi in libertà. Bastava che il *pater familias*, come titolare della potestà sul gruppo, volesse associarvi dei nuovi componenti, perchè la scelta potesse cadere, necessariamente con maggiori probabilità, su quei pri-

gionieri in condizione di schiavi. Essi erano dichiarati liberi, ed acquistavano contemporaneamente la condizione di membri del gruppo familiare: una specie di cittadinanza, dunque. La cittadinanza del gruppo.

Gradatamente questi gruppi si uniscono, e si vien formando la città. In tal periodo di formazione ogni *pater familias* rinuncia a qualcuna delle sue facoltà per investirne il nuovo capo eletto dalla comunione, il *rex*. Ma, come è naturale, non si rinuncia facilmente ad un potere illimitato, nè si è disposti alla larghezza di fronte ad un nuovo stato di cose: onde ben pochi sono originariamente i poteri del *rex* di fronte a quelli che conservano i *patres familias*. La necessità della comune difesa, che ha dato occasione alla coalizione delle *gentes* ed alla formazione della *civitas*, ha certo in origine servito di limite a' poteri conferiti al capo di questa associazione di *gentes*. Appunto questo primitivo carattere fa sì che non il singolo venga considerato quale elemento primo della *civitas*, ma la *gens*. E questa entra nella composizione civile così come è costituita dal suo capo e secondo la sua struttura interna. Questo potere perdura, anche mutato il carattere della *civitas*.

§ 53.

I modi di manumissione si distinguono in modi solenni, e modi non solenni. I primi hanno piena efficacia ed accordano al manomesso la libertà e la cittadinanza. I secondi non accordano la cittadinanza, e non danno che una libertà limitata, una libertà di fatto.

Vediamo, innanzi tutto, chi e con quali effetti possa manomettere.

Può manomettere solo il *dominus*, perchè egli solo ha la *potestas* sullo schiavo, e quindi egli solo può rinunziarvi. Tanto è vero ciò, che se alcuno ha sullo schiavo il nudo *dominium ex iure Quiritium*, ed altri ha l'usufrutto sullo stesso schiavo, nè l'uno nè l'altro possono disgiuntamente manomettere, ma occorre la riunione dei due consensi.

Una separata manumissione per parte del nudo proprietario non può avere l'efficacia di dare la libertà allo schiavo, perchè ciò pregiudicherebbe le ragioni dell'usufruttuario, e in generale quelle dei terzi che avessero un diritto reale speciale sullo schiavo. Quindi l'atto posto in essere dal nudo proprietario non ha altro effetto che quello di fargli perdere definitivamente la proprietà, senza procurare la libertà allo schiavo. Le fonti romane ammettono esplicitamente (1) per l'usufrutto che esso perduri malgrado della manumissione dello schiavo, che ne forma oggetto, per parte del proprietario: manumissione che si considera solo come *derelictio*.

In definitiva noi abbiamo un diritto reale speciale sopra un *servus nullius*.

Nota molto bene lo CZYHLARZ (2) che non si ha in ciò nè una specialità relativa allo schiavo, nè una specialità propria dell'usufrutto. La sola peculiarità è, che la legge attribuisce alla manomissione l'effetto di una derelizione: l'esistenza dell'usufrutto impedisce la liberazione dello schiavo, ma non che esso diventi *nullius*. Anche l'usufrutto è una limitazione di proprietà, uno *ius in re aliena*, eppure perdura malgrado cessi la proprietà sulla cosa gravata.

La logica vuole che lo stesso debba dirsi per le servitù prediali. Chi può supporre, che il titolare di una *servitus oneris ferendi* la perda solo per ciò, che il proprietario del fondo servente lo abbandoni, non volendo far le spese di mantenimento? Eppure alcuni autori ritengono che senz'altro venga meno la servitù quando il fondo servente diventi *nullius*, fondandosi appunto su ciò che la servitù importa restrizione di un diritto di proprietà, e quindi non può sussistere senza coesistere con questo.

Ma è facile porre d'accordo il perdurare della servitù col concetto del diritto reale speciale da noi sopra affermato. Os-

(1) ULPIANUS, *Reg.* 1.19.

(2) CZYHLARZ, *Contin. di Glück* § 1727 g. p. 127.

serva il WINDSCHEID (1): « La servitù attribuisce la facoltà che attribuisce, non solo contro il proprietario, ma anche in egual guisa contro ogni terzo; il rapporto dal titolare al proprietario viene accentuato specialmente, perchè questi, come tale, ha un diritto opposto, che appunto è vinto con la servitù ».

Secondo noi, quando si tratti di diritti reali speciali, la posizione del proprietario, possessore o titolare di altro diritto reale sulla cosa, di fronte a quei diritti è diversa da quella di ogni altro terzo. Il proprietario, possessore etc., è tenuto *in prima linea* a fare, non fare o tollerare; tutti gli altri sono tenuti a rispettare quel diritto come in genere debbono rispettare qualunque altro diritto. Il concetto normale della servitù, come diritto reale speciale è precisamente, che il titolare di essa esercita il suo diritto sulla cosa in rapporto specialmente a chi la rappresenta. Le cose, specialmente poi gli stabili, sono destinate appunto ad essere in proprietà di qualcuno. Lo stato normale è precisamente questo. Giuridicamente la condizione di abbandono non può essere che anomala, epperò si suppone sempre il ripristinamento della proprietà. La servitù di fronte ad una *res nullius* ha sempre in sè l'idea della restrizione della proprietà. Siamo di fronte ad un diritto di proprietà, che si suppone perdurare per rendere possibile la persistenza del diritto reale speciale.

Secondo noi, dunque, il diritto reale speciale perdura a vantaggio del fondo dominante, non ostante che il fondo servente sia diventato *nullius*. Non solo; ma è vera anche la proposizione contraria, e cioè la servitù si conserva pel futuro proprietario del fondo dominante, quando questo sia stato abbandonato dal proprietario attuale.

Del resto queste sono dispute — come suol dirsi — *de apicibus iuris*, poichè raramente se ne vede l'applicazione nella vita pratica. È intuitivo, infatti, che uno dei due proprietari, se vi ha interesse, occuperà senz'altro il fondo abbandonato, troncando così la via ad ogni questione.

(1) WINDSCHEID *Trattato delle Pandette*, § 201, nota 1 in fine.



§ 54.

Dopo questa larga parentesi, torniamo al punto dal quale ci siamo dipartiti. Nel diritto classico, adunque, il diritto dell'usufruttuario perdura sullo schiavo manomesso dal nudo proprietario, e lo schiavo stesso non acquista la libertà.

Per diritto giustiniano, invece, lo schiavo — *favore libertatis* — diventa libero, ma l'usufruttuario continua a goderne. Si ha così la stridente contraddizione di un diritto reale su persona libera.

Queste figure giuridiche strane si presentano sempre che il legislatore intende tutelare particolari interessi o vuole ispirarsi a speciali ragioni morali, dando norme che però non si inquadrano nel sistema del diritto. Questo è il modo usato da Giustiniano: egli arriva alle riforme per via legislativa, apportando a tutto il sistema ritocchi e tagli che non stanno in armonia con esso. Il diritto classico procedeva per via diversa. Ciò che era la forma, la linea esteriore, del sistema, si evolveva contemporaneamente alla sostanza, poichè la rigidità delle forme non era che apparente nel diritto classico. Essa non ostacolava il progresso del diritto, perchè esisteva il criterio che sapeva adattare la forma alla sostanza.

Alle modifiche si giungeva per la via procedurale, mediante l'opera del pretore; questi era il portavoce dell'opinione di un popolo educato ai principii del diritto. Nel diritto classico ogni riforma era dettata dalla pubblica opinione, era formulata da giuristi, ed entrava nel sistema quasi col diritto di cittadinanza. Con la decadenza degli ultimi tempi domina l'empirismo, il criterio del *caso per caso*; si lasciano intatti i principii quasi per un pregiudizio superstizioso, ma vi si apportano modifiche le quali costituiscono un sistema che non è un modello di logica.

Se lo schiavo è soggetto a pegno, la manumissione fatta dal padrone non ha alcun effetto nè per diritto classico, nè per diritto giustiniano.

Quando il servo appartiene in comproprietà a più persone (*servus communis*), la manomissione costituisce uno di quegli atti che può porsi in essere solo mediante l'assenso di tutti. Basta l'opposizione di un solo, perchè — giusta il principio: *in pari causa melior est condicio prohibentis* — l'atto non abbia effetto nel suo riguardo. Se quindi lo schiavo veniva manomesso da uno solo fra i comproprietarii, il diritto classico interpretava questa manomissione come una rinuncia del proprietario alla sua quota di diritto, ed essa si accresceva a quelle degli altri comproprietarii.

Giustiniano dispose che il comproprietario avesse diritto a liberare lo schiavo indennizzando gli altri condomini per la perdita che avrebbe subito.

Lo schiavo trasferito in proprietà ad altri, sotto la condizione che questi non lo manometta, per regola generale non può esser manomesso. Ma questo divieto può subire qualche eccezione.

§ 55.

I modi di manomissione si distinguono in modi dell'antico, e modi del nuovo diritto. Tre sono i primi, e cioè la *manumissio vindicta*, la *m. censu*, la *m. testamento*. Dai tempi cristiani dell'Impero, ossia da Costantino in qua, si aggiunge la *m. in sacrosanctis ecclesiis*, che può dirsi la *m. vindicta* del diritto ecclesiastico, e qualche altro modo non formale di lieve importanza.

La *manumissio censu* consisteva nella iscrizione dello schiavo, con il permesso o l'autorità del padrone, nelle liste censuali quinquennali della popolazione cittadina.

Questo modo di manomissione importa, quindi, l'acquisto della cittadinanza romana da parte dello schiavo; al modo stesso che la non iscrizione nel censo importa per l'*incensus* la perdita della cittadinanza. Occorre l'intervento del *ensor* perchè possa effettuarsi l'iscrizione. Il censore, come è noto, era un magistrato *sine imperio*, al quale era demandata la cura di compiere la determinazione delle persone a un dato momento appartenenti alla

comunità, e dei loro averi. Inoltre egli esercitava larga influenza sui costumi dei cittadini; la sua funzione gli permetteva di giudicare della moralità pubblica e privata, ed egli aveva facoltà di non assumere nelle liste chi non ne fosse degno.

Quindi il censore non faceva l'iscrizione dello schiavo, se indagini particolari lo convincevano che questi non meritava di esser compreso fra i cittadini.

Per la *manumissio censu* può affermarsi senza esitazione che è proprio l'assenso della autorità quello che produce l'effetto di diritto pubblico consistente nella concessione della cittadinanza.

La *manumissio vindicta* è una specie di processo sulla libertà. Occorre premettere che lo schiavo, non avendo capacità giuridica, non poteva presentarsi in giudizio (ciò gli fu concesso, e soltanto per certi riguardi, durante l'Impero). Conseguentemente non poteva esser parte in causa colui della cui libertà si dubitava. Interveneva allora in giudizio innanzi al magistrato, insieme col padrone e col servo, una terza persona che asseriva la libertà dello schiavo. L'*adsertor libertatis* agisce per far riconoscere il diritto alla libertà, non già per farlo costituire. Egli non rappresenta lo schiavo, il che sarebbe un assurdo, dato il principio romano che nessuno può presentarsi in giudizio agendo in nome altrui: *nemo alieno nomine lege agere potest*, ma agisce in difesa della libertà altrui. E ciò è perfettamente in armonia col sistema giuridico romano, il quale consente che si agisca *pro populo, pro libertate, pro tutela*. *Pro populo*: è il caso dell'azione popolare vera e propria in difesa degli interessi del popolo, sotto tutti i varii aspetti in cui ciò può convenire al cittadino. *Pro tutela*: quando s'intenta la *postulatio suspecti tutoris* contro un tutore, e se ne vuol far dichiarare in giudizio l'incapacità. *Pro libertate*: e questo è il caso nostro (1).

§ 56.

Poichè si ha una finzione di giudizio di libertà, corrispondente alla *in iure cessio*, che è anch'essa una finzione del giudizio di

(1) FADDA, *l'azione popolare*, n.º 32, p. 39 sgg.

rivendica, si avrà anche nel vero processo di libertà il deposito della *summa sacramenti* nelle casse dello Stato, somma che andrà perduta da colui che ha torto; solo che qui, *favore libertatis*, la somma sarà la minima.

Non si avranno inoltre le *vindiciae secundum libertatem*, cioè non si farà ricorso alla norma che la persona sul cui stato si controverte deve rimanere in libertà provvisoria durante la lite. Nei processi ordinari relativi alla libertà la lite era intentata con la forma ordinaria delle azioni reali, una *legis actio sacramento*, come abbiamo accennato, nella quale alla *vindicatio* dell'una parte doveva corrispondere una *contravindicatio* dell'altra parte. Asserendosi proprietari entrambi, il pretore accorda provvisoriamente, fino alla decisione della lite, il possesso della cosa a quello dei due contendenti che appare fornito di una maggiore probabilità di diritto. Questi raccoglie anche i frutti che, in caso di sconfitta, dovrà restituire insieme con la cosa. Ma questa restituzione a colui che non possedeva, nel caso nostro al preteso padrone, qualora uscisse vittorioso, era garantita a mezzo di fideiussori (*praedes litis et vindiciarum*). Nella *manumissio vindicta* non occorrono le *vindiciae*, perchè il proprietario che vuol liberare lo schiavo, è già d'accordo con lo *adsertor*, e quando questi afferma la libertà dello schiavo, il padrone non si oppone. Onde il pretore pronuncia senz'altro la libertà dello schiavo (*addictio*).

Sulle origini di questa denominazione non si è di accordo: alcuni pretendono che il nome di *m. vindicta* derivi dalla circostanza che l'*adsertor*, nell'atto che asseriva solennemente la libertà del servo, poneva una verghetta (*vindicta*) sul capo di costui. Altri vogliono che il nome sia venuto da un tal *Vindiccius*, schiavo liberato per aver denunciato la congiura dei Tarquinii.

La questione è di secondaria importanza. Nè maggior interesse ha la descrizione delle formalità speciali richieste da questa forma di manomissione. E' certo soltanto che tutte queste solennità andarono man mano scomparendo per dar luogo a forme più semplici e rapide.

Così non fu più necessario, nel corso del tempo, che la *m.*

*vindicta* avesse luogo *pro tribunali*, ma bastava finanche che il magistrato si trovasse in *transitu*, quando *aut lavandi aut gestandi aut ludorum gratia prodierit praetor aut proconsul, legatusve Caesaris*.

§ 57.

La *m. testamento* si fa ordinando in un testamento, con formule imperative, che lo schiavo divenga libero: *Stichus liber esto, Stichum liberum esse iubeo*. Forse, come già accennammo, la prima origine di questa forma di manomissione è nella necessità di nominare un erede; e perciò probabilmente nei primi tempi lo schiavo veniva contemporaneamente dichiarato libero ed istituito erede. Nel diritto posteriore può bastare l'istituzione d'erede perchè lo schiavo sia considerato libero; quindi l'istituzione va senz'altro a vantaggio dello schiavo e non di quegli che avrebbe dovuto essere il suo padrone.

La *m. testamento* importa attribuzione diretta della libertà allo schiavo, quindi differisce anche per la sua forma dalla *m. vindicta* e dalla *m. censu* nelle quali si ha un riconoscimento di libertà basato, per la *m. censu* sulla finzione della cittadinanza nell'iscrizione censuale, e per la *m. vindicta* sulla finzione del riconoscimento di una libertà esistente, da parte del pretore. Abbiamo dunque, nella *m. testamento*, un vero mutamento di stato, non nella sola sostanza, ma anche nella forma.

La vera *m. testamento* del diritto civile importa l'acquisto della libertà allo schiavo, non appena il domino è morto e l'erede ha accettato l'eredità di lui. La esistenza dell'erede testamentario, come requisito che salva tutte le disposizioni testamentarie (*caput et fundamentum totius testamenti*), fa sì che abbiano effetto tutti i legati, i fedecommessi, e le libertà disposte dal testatore. Cadendo l'istituzione d'erede, cadranno quindi necessariamente anche le libertà. Ma non appena l'erede avrà accettato, e l'eredità sia adita, lo schiavo diventerà libero senz'altro, e la sua libertà s'intenderà datare dal momento della morte del testatore, e provenire *directo* da questo senza l'intermediario dell'erede. Lo

schiavo dicesi infatti *libertus orcinus*, ossia liberto del testatore che è *ad orca*.

Nelle origini, la forma di questa manomissione è quella del testamento vero e proprio; ma, da che a partire da AUGUSTO fu riconosciuta efficacia ai codicilli, poté ottenere efficacia giuridica anche la manomissione fatta mediante codicillo, purchè confermato nel testamento.

La *m. testamento* è forse la forma originaria di manomissione; essa infatti è spoglia di quegli artifici o finzioni che caratterizzano le altre due forme di manomissione già esaminate, e che le fanno apparire come appartenenti ad un'epoca del diritto in cui comincia ad affievolirsi la semplicità primitiva dei mezzi adottati allo scopo. Qualche autore assicura che la *m. testamento* fosse già in uso al tempo del testamento *calatis comitiis*, quando cioè la nomina dell'erede veniva fatta innanzi al popolo raccolto nei comizii curiati.

Partendo dal concetto che il *testamentum calatis comitiis* non potesse contenere se non la nomina dell'erede, noi riteniamo erroneo tale assunto. E per ciò siamo disposti soltanto ad ammettere che il *testamentum calatis comitiis* potesse contenere la manomissione dello schiavo solo nel caso in cui il testatore lo istituisse erede.

Certo, la libertà agli schiavi poté essere data con il testamento *per aes et libram*, quindi crediamo che di vera manomissione testamentaria con efficacia giuridica si possa parlare solo a datare dalle XII Tavole. Le quali contenevano appunto una disposizione relativa alla condizione di pagare una certa somma all'erede, apposta dal testatore alla libertà dello schiavo. Le XII Tavole (cfr. ULPIANUS, *reg. II 4*) prescrivevano che lo schiavo fosse ugualmente libero pagando la somma al compratore se l'erede lo avesse venduto.

§ 58.

La possibilità di apporre condizioni alla manomissione testamentaria ci è dimostrata, d'altro canto, dall'esistenza degli *statu-*

*liberi* già al tempo delle XII Tavole. Questo stato di servi, i quali attendono lo scadere di un termine, o il verificarsi di una condizione, per conseguire la libertà, si riannoda esclusivamente alla *m. testamento*. Soltanto essa costituisce un vero conferimento di libertà, mentre la *m. vindicta* e la *m. censu* fingono una constatazione di libertà già esistente e sono quindi inconciliabili coll'apposizione di termini o condizioni. Per altro verso, poi, si può osservare che la tecnica rigorosa dell'antico diritto non ammetteva che la dichiarazione di volontà producesse effetto che non fosse immediato. Dichiarazione ed effetto dovevano essere simultanei. S'intende subito come questo principio dovesse porre ostacolo all'apposizione di condizioni, per cui l'effetto si sarebbe dovuto sospendere fino all'avveramento di un certo fatto. *L'actus legitimus*, il negozio giuridico dell'antico diritto, non tollerava infatti modalità: « *nec diem recipit, nec condicionem* » ed è radicalmente nullo, se gli si aggiungano modalità: « *in totum vitiatur* » (fr. 50.16.77). Ma è evidente che una tale esclusione mal si attaglia ai più urgenti bisogni della vita, siccome quella che impedisce alla persona la possibilità di regolare attualmente i rapporti giuridici propri in previsione di eventi futuri. In particolare questo inconveniente si fa sentire nelle disposizioni di ultima volontà, perchè il testatore deve poter disciplinare la sorte del suo patrimonio tenendo conto delle eventualità prevedibili per un tempo in cui egli più non può disporre adattando i suoi voleri alle circostanze di fatto. Sopra tutto egli deve poter influire con l'aggiunta di condizioni sul comportamento delle persone che intende beneficiare. A nostro avviso qui il bisogno pratico più sentito potè trovarvi più facile soddisfacimento per il carattere iniziale che aveva il testamento.

Il diritto romano ha ammesso fin dagli antichi tempi l'apposizione di queste modalità negli atti *mortis causa*, e se non di già nel testamento *calatis comitiis*, certo a partire da quello *per aes et libram*. Se ciò può ritenersi vero per qualsiasi disposizione in generale, a maggior ragione deve ammettersi per la libertà testamentaria.

§ 59.

Finchè la condizione non si sia verificata, lo schiavo è in condizione tale che all'erede o all'interessato è proibito di far cosa che porti ostacolo al verificarsi di essa. E appunto nella disposizione delle XII Tavole, relativa alla libertà testamentaria, cui abbiamo precedentemente accennato, risiederebbe, secondo JHERING (1), il punto d'irruzione storica, nella teoria generale de' negozi giuridici, della massima che quante volte il non verificarsi di una condizione dipende dall'ostacolo frappostovi da chi è interessato a che non si verifichi, essa vale per verificata. Ciò si intende agevolmente. Tutta la teoria romana della manumissione, per quanto governata dal rigore della forma, è pervasa dal *favor libertatis*. È questo che contribuisce a dare il primo crollo a principi saldissimi, dando origine a massime che talvolta nascono e permangono con i caratteri di uno *ius singulare*, talvolta — come nel caso in esame — acquistano terreno e si estendono fino a diventare veri principi di diritto comune.

Così in tutti i sistemi attuali di diritto civile è ammesso che l'interessato, che ponga ostacolo al verificarsi di una condizione, sopra tutto se agisce con dolo, non possa godere dei risultati del suo contegno (2). Si discute se, oltre che il dolo, non debba venire in considerazione anche la colpa.

Alcuni richiegono senz'altro che l'impedimento sia recato dolosamente; altri, e sono i più, si limitano ad esigere che l'impedimento abbia luogo *pensatamente* in modo contrario all'intento della disposizione, o nell'intento di liberarsi, volontariamente e a disegno, o solo mercè fatto volontario. Il CHIRONI (3) pone come requisito il *mal volere* del debitore. Vi è poi chi si spinge

(1) IHERING, *Spirito del diritto romano*, III. § 44.

(2) Cfr. art. 1169 cod. civ. it. « La condizione si ha per adempita quando lo stesso debitore obbligato sotto condizione ne abbia impedito l'adempimento ».

(3) CHIRONI, *Istit. di diritto civ.* I § 65 p. 106.

fino a trovar sufficiente la semplice colpa. La stessa divergenza si nota nelle decisioni giurisprudenziali.

Noi riteniamo che la semplice colpa possa eventualmente bastare a far considerare la condizione come adempita.

La ragione dell'art. 1169 cod. civ. it. sta, a nostro avviso, nel comportamento contrario allo spirito del contratto: ne deriva quindi che un tale comportamento può benissimo sostanzarsi nella semplice colpa. Tutto dipende dall'esame della particolare natura del contratto o della disposizione. Se nell'intento delle parti o del disponente si fa conto sulla diligenza, e su un certo grado di diligenza, per parte di colui a cui danno la condizione dovrebbe avverarsi, non si può porre in dubbio che la mancanza della relativa diligenza, e però la colpa, basta a far considerare come adempita la condizione.

§ 60.

Oltre che per testamento o codicillo, la libertà può accordarsi per fedecommissario. Ora mentre per testamento si ha una *libertas directo data* (ossia senza l'intermediario dell'erede, almeno nel diritto antico), la *libertas per fideicommissum* viene concessa in seguito a preghiera del testatore da colui che può esser gravato di un fedecommissario. Il fedecommissario, come è noto, è un incarico che si affida dal testatore all'onestà e alla fede altrui. È una disposizione d'indole morale, e appunto per ciò non è protetta, da principio, con una sanzione giuridica. Questa viene accordata per la prima volta da AUGUSTO, il quale ordina senz'altro ai consoli di interporre *extra ordinem* in alcuni casi. Il magistrato esamina le circostanze speciali, e provvede direttamente in via amministrativa perchè colui che è pregato esegua la preghiera dell'ereditando. Dopo CLAUDIO i fedecommissari ottennero generale riconoscimento, e la competenza fu estesa ad un pretore speciale: *praetor fideicommissarius*.

Il fedecommissario, come accennavamo, fu applicato alla concessione della libertà,

Qui si adoperavano *verba precativa* (*rogo, fideicommitto heredis mei*) non *verba imperativa*; la lingua e la forma erano libere. Lo schiavo poteva essere del testatore, dell'erede, o anche di uno estraneo. Nel caso in cui la proprietà dello schiavo non apparteneva a colui che era pregato di manometterlo, questi era impossibilitato a procedere alla manumissione se il proprietario non acconsentiva a trasferirgliene la proprietà. A questa condizione di cose non v'era rimedio nel diritto classico: la libertà si estingueva. GIUSTINIANO invece dispose che il gravato fosse tenuto a manomettere lo schiavo finchè questi visse, appena gli si fosse presentata la possibilità di farlo.

Nella *m. testamento*, come abbiamo già detto, lo schiavo diviene libero del testatore; in quella fedecommissaria, invece, poichè manomittente è colui che ne è rogato dal testatore, è a lui che spetta il diritto di patronato: lo schiavo, infatti, non è liberato per la semplice disposizione fedecommissaria: occorre ancora a ciò l'atto tra vivi con cui il fiduciario gli accordi la libertà.

§ 61.

La *manumissio in sacrosanctis ecclesiis*, secondo una dottrina un tempo molto comune, poi abbandonata, e solo ripresa ai nostri giorni, dovrebbe riannodarsi all'istituto greco dell'*ierodulismo* (1).

Era cioè in molti diritti ellenici un modo consueto di manomissione quello di vendere o dedicare il servo ad una divinità, sotto il cui patrocinio ormai egli viveva immune da qualunque signoria umana. Con la diffusione del Cristianesimo, con la nuova organizzazione della Chiesa entro lo Stato, si sarebbe pensato di cristianizzare questa istituzione pagana, per ottenere una forma di manomissione che fosse corrispondente, entro alla vita cristiana, alla *manumissio vindicta*, come questa era ormai divenuta entro alla vita dello Stato (2). Il riconoscimento di questa forma

(1) FERRINI, *Pandette* p. 71.

(2) PEROZZI, *Istit. di dir. rom.* I, p. 174.

si deve a COSTANTINO (Cod. I. 1.13). Il padrone, recatosi in chiesa, fa dichiarazione, in presenza dei sacerdoti e dei fedeli, di voler dare la libertà allo schiavo. Le nostre fonti parlano di un processo verbale, in cui era stesa la relazione della solenne cerimonia. Ma si è tutti d'accordo nel ritenere che questo atto scritto non era richiesto *ad solemnitatem*, ma solo *ad probationem*.

Accanto a questi modi solenni di manomissione altri ve ne hanno meno solenni, dei quali alcuni appartengono al diritto classico, ed altri sono imitazione recente di usi orientali. Così la dichiarazione fatta dal padrone *inter amicos* o innanzi al popolo (*ex acclamatione populi*) o per lettera diretta al servo, o ammettendo questo *ad epulas*, o chiamandolo con il nome di figlio. Tutti questi modi non importavano vera manomissione, per la mancanza delle formalità civili, ma in fatto gli schiavi così manomessi godevano di una effettiva libertà, perchè il pretore li proteggeva impedendo che il padrone li rivendicasse in servitù (*in libertate morari tuitione praetoris*). Col tempo, del resto, anche i modi formali di manomissione si semplificarono grandemente, e si resero per ogni verso più agevoli.

§ 62.

Nessun limite fu apposto, fino al cadere della Repubblica, alla facoltà dei proprietari di manomettere quanti e quali schiavi volessero. Nè come restrizione a tale facoltà può considerarsi la *vicesima libertatis*, una imposta del 5 % sulle manomissioni (1), la quale non è altro che un provvedimento fiscale.

Una vera legislazione rivolta a restringere questa possibilità di creare nuovi cittadini si ha solo con gli inizi dell'Impero. Con la conquista e con i commerci Roma era diventata la città più ricca e popolata dell'orbe. I grandi proprietari romani avevano al loro servizio delle migliaia di schiavi, che normalmente erano destinati ad accrescere lo sfarzo e l'ostentazione della casa

(1) TITUS LIVIUS, 7.16.

padronale. All'occorrenza, però, queste masse di gente servile potevano essere destinate ad accrescere le falangi elettorali, turbolente e infide: e i padroni non disdegnavano di ricorrere a queste manomissioni in massa per aumentare il numero dei loro accoliti. Non è a dire quanto temibili fossero queste iniezioni di sangue servile nel corpo non più così sano e vigoroso della cittadinanza romana! Altre volte, il funerale di un cittadino facoltoso era seguito da innumeri catterve di schiavi liberati nel testamento, poichè tale era la costumanza romana, e tanta era la vanità della nuova borghesia arricchita.

Due leggi ebbero per iscopo di frenare queste pericolose tendenze: la *Fufia Caninia* (del 752, a quanto pare), e la *Aelia Sentia* (del 757 di Roma, 4 d. C.).

Le legge Fufia Caninia limitò il numero delle manomissioni testamentarie, imponendo una quota di manomissioni lecite proporzionale al numero totale di schiavi in proprietà del testatore. Il massimo consentito era il numero di 100 manomissioni; erano nulle quelle che eccedevano tal numero. La Fufia Caninia fu abrogata da GIUSTINIANO.

La legge Aelia Sentia conteneva quattro distinte disposizioni: 1<sup>a</sup>) il cittadino minore di venti anni non può manomettere se non adduce una seria causa a giustificazione della manomissione, e questa causa deve essere valutata dal magistrato assistito da un *consilium* costituito in Roma diversamente che nelle province. Sono valide cause di manomissione, ad es., il vincolo naturale di parentela fra il padrone e lo schiavo, l'aver avuto entrambi una stessa balia, l'intenzione di contrarre matrimonio. Se il motivo vien riconosciuto serio, la manomissione deve aver luogo *vindicta*. Questa prima disposizione della legge non fu sempre rigorosamente osservata. Data la facilità con cui i Romani pervenivano alle magistrature, dovette presentarsi di frequente il caso che lo stesso magistrato si trovasse nella necessità di manomettere dei propri schiavi, mentre presiedeva il *consilium*. Il caso ci è riferito da Giuliano: fr. 40.2.5. IULIANUS l. 42 *digestorum*.

An apud se manumittere possit is qui consilium praebeat, saepe quaesitum est. ego, qui meminissem Iavolenum praeceptorum meum et in Africa et in Syria servos suos manumisisse, cum consilium praeberet, exemplum eius secutus et in praetura et consulatu meo quosdam ex servis meis vindicta liberavi et quibusdam praetoribus consulentibus me idem suasi.

Si è spesso fatta questione — dice Giuliano — se alcuno mentre presiede il consiglio di manomissione possa manomettere i proprii schiavi. Io che ricordavo che il mio maestro Giavoleno aveva manomesso i proprii schiavi e in Africa e in Siria mentre presiedeva il consiglio, seguii il suo esempio e durante la mia pretura e il mio consolato, liberai con la *m. vindicta* alcuni miei schiavi, non solo, ma consigliai di far lo stesso ad alcuni pretori che avevano richiesto il mio avviso.

In realtà abbiamo qui un pubblico ufficiale che, contro il principio generale, partecipa ad un atto compiuto nel suo interesse. Quindi, se pure dal lato sostanziale la presenza del *consilium* può valere a giustificare l'efficacia di tali manomissioni in causa propria, resta sempre un significante rilassamento nell'osservanza della 1<sup>a</sup> disposizione della l. Aelia Sentia.

Con la 2<sup>a</sup> disposizione è vietata la manomissione in frode dei creditori. Il padrone che già si trova in stato di insolvenza, se manomette i proprii schiavi compie un atto nullo *ab initio*. Come sono annullabili gli altri atti compiuti in frode dei creditori (onde l'*actio Pauliana* con le sue varie conseguenze) così vengono colpite le manomissioni dalle quali risulti un *eventus damni*, e si rilevi il *consilium fraudis*.

Con la 3<sup>a</sup> disposizione era vietata la manomissione dello schiavo che non avesse raggiunto ancora i trent'anni, salvo grave motivo da addursi in consiglio.

Con la 4<sup>a</sup> disposizione è vietato di far cittadini gli schiavi che sono stati condannati per certi gravi delitti.

Lo schiavo acquista normalmente la libertà per volontà del padrone. Ma ciò non significa che non vi sieno anche alcuni casi in cui la libertà viene concessa indipendentemente da quella volontà, e quindi senza che il domino proceda ad alcun atto di manomissione. Ciò può avvenire in forza di particolare disposizione riguardante la singola persona dello schiavo: e in tal caso si tratta di un vero e proprio *privilegium*. Di simili esempi è piena la tradizione romana; a noi basterà ricordare il caso di quello schiavo al quale fu data senz'altro la libertà per aver denunciato la congiura dei Tarquinii.

Altri casi, e sono i più importanti per noi, sono specificamente preveduti dalla legge, la quale determina i presupposti particolari, verificandosi i quali lo schiavo acquisterà la libertà indipendentemente dalla volontà dominicale. Questi casi possono distinguersi in due categorie: alla prima appartengono tutti quelli in cui la concessione della libertà viene fatta dall'autorità previo esame sulla sussistenza o meno delle condizioni richieste dalla legge. Nella seconda categoria rientrano quelli in cui la libertà viene acquistata *ipso iure* non appena si è verificata l'ipotesi voluta dalla legge.

È superfluo che ci indugiamo ad enumerare tutti i casi compresi nella prima categoria. Ciò costituirebbe uno sforzo mnemonico piuttosto che uno studio fecondo di pratica importanza. Ci limitiamo a ricordare la tradizione repubblicana di concedere la libertà ai servi che con le loro denunce si fossero resi benemeriti della salute dello Stato, ed a citare il *Senatus consultum Silianum* (a. 9 d. C.) in forza del quale lo schiavo che denunciava l'uccisore del suo padrone, od una congiura contro il padrone stesso, diventava libero in virtù di una dichiarazione dell'autorità. Lo stesso beneficio fu concesso agli schiavi che avessero denunciato i colpevoli di ratto, i disertori, i falsificatori di monete. In generale si può dire che trattasi sempre di casi in cui la libertà

è concessa in compenso di un segnalato servizio reso al pubblico. È da notare, inoltre, che queste dichiarazioni dell'autorità non conducono sempre all'acquisto della piena libertà da parte dello schiavo; talvolta — come ad esempio per gli schiavi che hanno denunciato i falsificatori di monete — l'autorità si limita a concedere la *latinità*. Di questa discorreremo in seguito; per ora guardiamo solo allo stato dello schiavo dal lato della libertà o meno, senza diffonderci sulla condizione dei *latini*.

Gli schiavi acquistano la libertà *ipso iure* quando i padroni li abbandonano infermi. Non occorre qui che si tratti di vera e propria *derelictio*; basta che appaia la grave incuria del padrone al riguardo dello schiavo vecchio o malato. Anche questa disposizione è un riflesso della tutela degli schiavi contro gli abusi della potestà dominicale, tutela, che, come vedemmo, risale ai primi tempi dell'Impero.

Altro caso in cui la libertà compete *ipso iure* è quello della schiava venduta a condizione che non la si prostituisca.

La schiava, quando si verificasse la sua prostituzione, diventava libera, e il patronato su di lei spettava non al compratore, ma al venditore.

Altri casi sono contemplati nelle fonti; ma, ripetiamo, è inutile che ci fermiamo su di essi, poichè non faremmo che una esposizione senza scopo pratico.

§ 64.

È opportuno vedere ora l'altro termine della distinzione: ossia studiare la condizione della persona libera.

E, anzi tutto, notiamo che non tutte le persone libere si trovano nella stessa condizione; fra esse, alcune sono dette *ingenue*, altre *libertine*. La distinzione è posta nettamente in GAIO (I, 10.11): *Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini qui ex iusta servitute manumissi sunt.*

*Ingenuus* è dunque colui che è nato da padre libero, se è nato in matrimonio legittimo, o da madre libera, se è nato fuori ma-

trimonio legittimo. Questo è il portato del diritto classico, pel quale dunque, secondo la recisa formulazione di GAIO, deve ritenersi ingenuo, anche chi è nato da un libertino; dai libertini, infatti, nascono figli liberi. Non così avveniva nel diritto antico, pel quale era considerato libertino, e non ingenuo, anche il figlio di un libertino. Anzi, secondo un'opinione, che noi non accogliamo perchè priva di alcuna base nella tradizione romana, si sarebbero considerati come libertini anche i nipoti di libertini.

*Libertinus* è colui che è stato manomesso da una giusta servitù. Il termine *libertinus* si riferisce a tale individuo, considerato per se stesso, in modo assoluto. Il termine *libertus* indica invece il fatto che il libertino è nel patronato di alcuno, e per ciò non si usa da solo, ma accompagnato al nome del patrono posto al caso genitivo (es. *libertus M. Tullii*). Il MOMMSEN porta un esempio di questa duplice terminologia. In un passo di Sallustio è detto: *Catilina cum libertis*; ora, qui va tradotto: Catilina con i suoi liberti, non già con alcuni uomini libertini, appunto perchè il termine *libertus* accenna sempre alla relazione col patrono, e non è mai usato in modo assoluto.

Secondo l'antica terminologia, i *libertini* conservavano la originaria denominazione di *servi* anche dopo la manumissione. Appunto il MOMMSEN riferisce una lunga serie di iscrizioni in cui il libertino è ancora chiamato *servus*, sempre però in relazione col patrono.

Conseguenza della manumissione è che lo schiavo liberato si trova in un rapporto di patronato di fronte al manumittente; è questo rapporto che si riflette nella denominazione di *libertus*, semplicemente, se il padrone lo ha liberato per atto tra vivi, e in quella di *libertus orcinus* se lo ha liberato per testamento.

Il liberto non gode di uno stato di completa libertà. Anche quando acquista la completa cittadinanza, egli cade in un rapporto di dipendenza, sia pure d'indole non giuridica, ma certamente di fatto. Diciamo « d'indole non giuridica » nel senso che il rapporto di patronato in prevalenza ha carattere morale, fami-



gliare; e i diritti e doveri di cui consta hanno sopra tutto una sanzione d'ordine morale. Ma, d'altro canto, v'è una dipendenza di fatto, un rapporto di soggezione — se bene molto attenuato — fra patrono e liberto; e questa soggezione esercita la sua influenza dal punto di vista del diritto privato. Ad esempio, il diritto romano ripudia assolutamente il concetto della rappresentanza, e la ragione di ciò si fa consistere nella ripugnanza ad ammettere che una persona libera diventi strumento di acquisto nelle mani di un altro cittadino (*per liberam personam adquiri non potest*). Ma le fonti dichiarano che, per eccezione, il cittadino romano ha diritto di esplicare la sua attività per mezzo di un procuratore. Il *procurator* romano non è un mandatario, nel senso in cui noi intendiamo questa parola; egli è piuttosto l'uomo d'affari del cittadino romano facoltoso, il suo *factotum*, quello che ne amministra i beni, ne sorveglia l'azienda domestica, lo rappresenta negli affari ordinari della vita; insomma è sempre un rappresentante con mansioni permanenti, affidategli dalla stima del *dominus*. Ora, quegli che di solito compie le funzioni di *procurator* del cittadino romano, è un suo liberto. Quegli che per lo innanzi, da schiavo, serviva lui come strumento di acquisto, continua, da liberto, ad agire a pro' del domino. Cioè l'antica condizione influisce ancora a suo riguardo, e giustifica uno stato di soggezione che non si sarebbe concepito in un ingenuo. Il cittadino romano si serve di questo liberto *procurator* per tutti gli affari che l'economia normale esige; appena si esce da questa cerchia occorre un mandato *ad hoc*. Ecco perchè le fonti parlano di mandato conferito al *procurator*, mandato il quale corrisponde allo *iussus* che il domino dava allo schiavo, per cui questi obbligava quello, ed il domino era tenuto con la speciale *a. quod iussu*.

§ 65.

Sono liberti quelli che vengono liberati *ex iusta servitute*. Non lo sono, quindi, coloro che godono di una libertà di fatto, non

di diritto, protetta dal pretore (*liberi tuitione praetoris*). E neppure sono *liberti* i c. d. *latini iuniani*, dei quali ci intratteremo in seguito. Come pure non lo sono quelli che furono manomessi *sacrorum causa*. Come accennammo nel parlare dello ierodulismo, il mezzo per impedire al padrone di violare la concessione della libertà di fatto data allo schiavo, era una promessa di carattere religioso che il domino faceva di pagare una forte somma al tempio. Quindi il servo non poteva esser revocato in servitù senza che il domino a sua volta non si vedesse tenuto a pagare al tempio la somma promessa.

§ 66.

Il patronato cancella il rapporto di dominio, ma crea, come dicevamo, un rapporto di dipendenza che si estrinseca in molte conseguenze pratiche.

Anzi tutto, il nome proprio del liberto non va mai scompagnato, nell'epoca classica, dal nome del patrono al genitivo (anticamente, quando era ben ristretto il numero degli schiavi, e per ciò anche quello dei liberti, bastava aggiungere a mo' di suffisso la particella *por* al nome del patrono: *Marcipor*, il liberto di Marco). Negli ultimi tempi della Repubblica il liberto era designato ancora come *servus*. Ma nell'Impero, appunto per la necessità di indicare più precisamente l'individuo, si usò conservare l'antico nome di schiavo, posponendolo a quello del patrono (*Marci Tullii servus Hermodorus*). Con l'affluenza enorme di schiavi stranieri la condizione di liberto si potè anche intuire dal particolare nome esotico; i greci, ad esempio, erano quasi sempre i più colti fra gli schiavi, onde facilmente giungevano alla libertà, e il loro nome diceva senz'altro che non si trattava di oriundi romani, ma di schiavi manomessi.

Si suole affermare che il patronato è un rapporto personale tra manumittente e manomesso, simile a quello del figlio di famiglia rispetto al padre di famiglia. Questa sua natura dipenderebbe

secondo l'avviso del PEROZZI (1), dal carattere di adozione della primitiva manumissione.

Il patronato dà vita ad una specie di figliolanza civile (il patrono crea la libertà e la cittadinanza del liberto) basata sulla manumissione; e in questo senso, forse, si potrebbe trovare una simiglianza tra i figli di famiglia ed i liberti. Ma il raffronto istituito dal PEROZZI, sulla base di una manomissione con carattere di adozione, non ci convince. Tale opinione, se può aver fondamento per il diritto greco (si confronti al riguardo la legge di Gortina), non trova alcun appoggio per le origini del diritto romano. Ripetiamo, che nessun serio elemento esiste che dia verosimiglianza a questo preteso carattere dell'antico testamento romano; e che, anzi, l'essersi formata e mantenuta la distinzione tra testamento e arrogazione, dimostra che dovette trattarsi di due cose ben differenti.

§ 67.

Circa il patronato si sogliono mettere in rilievo tre punti importanti: l'*obsequium*, le *operae* ed i *bona*.

L'*obsequium* importa quel rispetto, quella venerazione, che, naturalmente, si deve dal beneficiato a colui che gli ha largito la libertà. Qui sta bene il raffronto tra il figlio e il liberto: si tratta nell'uno e nell'altro caso di un dovere d'indole morale, che — fino ad una certa epoca — trova la sua sanzione entro la cerchia della disciplina familiare. Dall'*obsequium* si traggono importanti conseguenze giuridiche. Prima fra tutte il non potersi dal liberto chiamare in giudizio il proprio patrono senza una autorizzazione del magistrato.

GAIUS, IV, 46:

Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed, initio formulae nominato eo quod factum est, adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur: qualis est formula, qua utitur

(1) PEROZZI *Istit. di diritto rom.* I. p. 189.

patronus contra libertum, qui eum contra edictum praetoris in ius vocavit: nam in ea ita est: RECUPERATORES SUNTO. SI PARET ILLUM PATRONUM AB ILLO LIBERTO CONTRA EDICTUM ILLIUS PRAETORIS IN IUS VOCATUM ESSE, RECUPERATORES ILLUM LIBERTUM ILLI PATRONO SESTERTIUM X MILLIA CONDEMNATE. SI NON PARET, ABSOLVITE.

Gaio parla delle *actiones in factum*. Egli fa notare che le formule di queste azioni, a differenza di quelle *in ius conceptae*, non hanno una *intentio iuris civilis*. Caratteristica delle *a. in factum* è appunto questa, che esse contengono fin dall'inizio una esposizione di fatto; alla quale si soggiunge la facoltà concessa al giudice di condannare o di assolvere.

Come esempio di queste azioni *in factum* Gaio dà proprio la formula che si adopera dal patrono contro il liberto, che lo abbia chiamato in giudizio, contro la disposizione dell'editto di un pretore. Intorno a questa formula osserviamo, che i giudici qui chiamati a decidere sono i *recuperatores*. Mentre l'*unus iudex*, il giudice singolo, è l'esponente tipico del giudizio fondato sulla legittimità, la pluralità dei giudici (*recuperatores*) è proprio l'antitesi di questo, poichè il *iudicium quod imperio continetur* tollera la pluralità dei giudici; *edictum illius praetoris*, perchè appunto il diritto dell'editto aveva forza in quanto era disposto da *quel singolo pretore* in carica per quell'anno, sebbene la materia dell'editto stesso fosse prevalentemente tralaticia, in quanto ogni pretore soleva riprodurre senza mutazioni, le disposizioni già date dal suo predecessore nella carica.

§ 68.

Come abbiamo osservato precedentemente, il rapporto di dipendenza in cui trovasi il liberto di fronte al patrono, è un rapporto d'indole sostanzialmente morale e familiare; è perciò simile per molti rispetti al rapporto che passa tra genitori e figli. Non ammettiamo però l'opinione esagerata che vuole assimilare il rapporto di patronato ad un rapporto di figliolanza civile.

Conseguenze giuridiche di questo rapporto fra patrono e liberto sono: l'*obsequium*, le *operae* (1), i *dona*. È principalmente nell'*obsequium* che si rispecchia al più alto grado l'accennato carattere morale del rapporto. Il liberto deve al proprio patrono quel rispetto che ciascun figliuolo deve al padre. Donde importanti conseguenze giuridiche. Innanzi alle altre questa, che il liberto non può intentare accusa capitale, nè promuovere alcuna azione civile senza ottenere preventivamente l'assenso del pretore; il quale lo negherà in tutti quei casi in cui la natura dell'azione sia tale che il promuoverla importi mancanza di riverenza verso il patrono. Conseguentemente tale assenso non verrà di regola accordato quando l'azione sia infamante. Inoltre, anche nel caso in cui il permesso venga concesso, il patrono gode sempre del c. d. *beneficium competentiae*; ossia, nell'esecuzione di qualunque obbligazione contro il patrono, a questo devono esser lasciati i mezzi necessari per il proprio sostentamento (*ne eget*, egli viene condannato *in quantum facere potest*). « Si quis cum parente suo patronove agat.... non plus actor consequitur, quam adversarius eius facere potest », dicono le Istituzioni giustiniane (IV. 6. 38). L'esistenza del *benef. competentiae* si spiega tanto più facilmente, in quanto — come è noto — il patrono ha diritto agli alimenti da parte del liberto; diritto agli alimenti che è anch'esso un aspetto dell'*obsequium*, del debito di riverenza, che ha il liberto verso il patrono. Così Paolo (*Sent. II. 32*): « egentem patronum libertus... alere cogendus est pro modo facultatum suarum » (cfr. fr. 25. 3. 5, 18). Così, per la esecuzione della donazione, il donatario non può agire se non in quanto lascia al donante tanto da poter vivere; così pure è ammesso il *benef. competentiae* nel contratto di società del diritto classico, (cfr. Ist. I. c.). Il che forse trae la sua spiegazione da ciò che la *societas omnium bonorum* non era se non una continuazione e trasformazione dell'antico *consortium* tra fratelli.

(1) Secondo il LEIST, che si è largamente occupato della natura del rapporto di patronato, le *operae* potrebbero ricomprendersi nell'*obsequium*, come conseguenza diretta e tangibile di esso.

Altro aspetto del rapporto di dipendenza, in cui trovasi il liberto di fronte al patrono, sono le *operae*. L'opinione comune distingue fra *operae officiales*, ed *o. fabriles* od *artificiales*, assumendo che per *o. officiales* debbono intendersi quelle che il liberto è tenuto a prestare in omaggio a quel rapporto di ossequio, al quale abbiamo anteriormente accennato; opere, dunque, che sarebbero portate da una obbligazione naturale del liberto verso il patrono. Tali sarebbero in generale tutti quei servizi che non importano particolari attitudini tecniche. *Operae fabriles*, o *artificiales* sarebbero, per converso, tutte quelle che esigono nel liberto la conoscenza di nozioni tecniche determinate: in altri termini, la professione di arti o mestieri speciali. Queste sarebbero dovute dal liberto non in forza di un obbligo naturale, ma in forza di un'apposita, speciale, stipulazione. Quelle, poi, per quanto naturalmente dovute e formulate in apposita promessa o giuramento, non diverrebbero esigibili se non dietro speciale richiesta. *Cedunt operae* solo quando vi sia l'*indictio* da canto del patrono. Differenza essenziale e caratteristica fra le prime e le seconde sarebbe stata questa, che le *o. officiales* si trasmettevano negli eredi, le *o. fabriles*, no.

Ma questa che fino a pochi anni or sono era l'opinione comune è stata profondamente scossa, e va sempre più perdendo terreno, in seguito alle indagini del MITTEIS (1). Egli ha sostenuto che quella distinzione comune era basata sopra un malinteso al quale avevano porto occasione alcuni passi di Ulpiano interpolati dai compilatori (2). Secondo MITTEIS, tale distinzione è affatto estranea al campo dei rapporti fra patrono e liberto. In questo campo non esistono che *operae officiales*, nelle quali possono ben ricompre-

(1) MITTEIS, *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, XXIII, pag. 143 sgg. Anche il PEROZZI (Istit. I. p. 191) accetta le conclusioni del MITTEIS.

(2) I relativi passi di Ulpiano sono: fr. 38. 1. 6 (l. 26 *ad Sabinum*); fr. 9 eod. tit. (l. 34 *ad Sabinum*); fr. 12. 6. 26, 12 (l. 26 *ad edictum*).

dersi le *operae fabriles* ossia quelle che esigono particolari attitudini tecniche. Basta che il liberto possenga tali attitudini, perchè il patrono possa esigere da lui *operae fabriles*. Queste, in tal caso, rientrano nelle *o. officiales*, in quelle cioè che il liberto deve assolutamente prestare, indipendentemente dalla considerazione se il lavoro che gli si richiede sia di quelli che appartengono alla vita comune, od alla vita professionale. Solo limite alle esigenze del patrono è questo, che egli non può richiedere al liberto tante *operae* da impedirgli l'esercizio della professione. All'infuori di questa, non v'è altra limitazione; onde, anche senza speciale stipulazione, il patrono può sempre richiedere al suo liberto quelle opere determinate, specifiche, di cui è capace. Vi è dunque nelle fonti il contrapposto tra le *operae officiales* e le *fabriles*, ma per sceverare la stipulazione delle opere del liberto dalla comune stipulazione delle opere di una persona qualunque (1).

Neppure regge questa distinzione sotto il riguardo della trasmissibilità o meno degli eredi. Il MITTEIS sostiene che il fr. 38. 1. 6-Ulp. l. 34 *ad Sab.*, comunemente addotto a sostegno, non tratta affatto di rapporti fra patrono e liberto, ma accenna solo all'antitesi fra una comune stipulazione di opere e la stipulazione del patrono.

*Fabriles operae ceteraeque, quae quasi in pecuniae praestatione consistunt, ad heredem transeunt, officiales vero non transeunt.*

Alle *operae* del liberto non hanno diritto gli eredi del patrono, come tali, ma sì i suoi discendenti agnati (*liberi*) siano, o no, eredi. (fr. 38. 1. 9; 22, 1).

§ 70.

Occorre, ancora, che ci indugiamo ad esaminare la natura di questo diritto del patrono alle *operae* del liberto.

Osserviamo innanzi tutto che non v'è un obbligo civile del

(1) Cfr. fr. 38. 1. 23 (Iul. l. 22 *digest.*), 24 (Iul. l. 52 *digest.*).

liberto alla prestazione delle *operae*. Perchè questo esista, occorre una speciale *impositio operarum*, quindi una particolare obbligazione in proposito. Ma appunto perchè la usuale prestazione delle *operae* derivava da una semplice obbligazione naturale (la quale, come è noto, non poteva farsi valere direttamente, ma era soltanto sussidiata da una eccezione e da altri particolari effetti), ne derivava che il liberto, il quale aveva volontariamente compiuto quei servizi che il patrono gli aveva richiesto, non poteva ripeterli, nè pretendere per essi risarcimento. Effetto, questo, delle obbligazioni naturali che si è conservato nel diritto odierno, ed ha avuto così accoglimento nel nostro codice civile (1).

Ma questo obbligo di eseguire determinate opere poteva esigersi dal domino nell'atto stesso in cui egli manometteva il servo? Dalla circostanza che le nostre fonti paragonano spesso la *manumissio* alla donazione (in quanto il domino col manomettere compie quasi una donazione di proprietà, concedendo allo schiavo il dominio di sè stesso), da questa circostanza, ripetiamo, si è voluto indurre che, alla stregua della donazione *sub modo*, fosse possibile la manumissione nella quale il *modus* sarebbe stato costituito dalla condizione di eseguire alcune opere determinate. Il PERNICE (2) ha dimostrato che tali induzioni erano completamente errate.

Nè la condizione nè il *modus* sono imaginabili nella *m. censu*, che è atto pubblico insofferente di limitazioni, e per l'indole sua e per la forma in cui viene posto in essere. E neppure può concepirsi una condizione nella *m. vindicta*, poichè la rivendica è an-

(1) *C. civ. it. art. 1237*: « La ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni naturali che si sono volontariamente soddisfatte ». Si disputa, soltanto, se la nostra legge ammetta l'esistenza di vere obbligazioni naturali. Secondo l'opinione nostra, che è anche la comune opinione, si tratterebbe qui di semplici obblighi morali, i quali non hanno nulla che fare con le *obligationes naturales* romane, e non hanno, quindi, neppure un carattere civile semplicemente attenuato. Ad ogni modo la *soluti retentio* è l'unico effetto riconosciuto a queste obbligazioni, a differenza del diritto romano, che più largamente dava efficacia alla *naturalis obligatio*.

(2) *Labeo* III. p. 79 sg.

ch'essa un atto formale solenne che non comporta nè condizione nè termine. Di una condizione di prestare le *operae*, alla quale si ricorresse nell'antica *manumissio testamento*, non è neanche a parlarsi, perchè — a prescindere da ogni altro riflesso — lo schiavo diveniva *libertus orcinus* del testatore defunto, e non v'era quindi chi potesse esigere le opere dal nuovo schiavo liberato.

Nè questa assunzione del debito civile delle *operae* da parte del liberto poteva avvenire in forma diretta prima della sua manumissione, perchè fino a tanto che egli era servo non poteva assumere obblighi di fronte al padrone.

§ 71.

Per ovviare a questi ostacoli insormontabili opposti dal diritto civile, si fece ricorso ad una forma suggerita dalla religione: la *iurata promissio*. Poichè nel diritto sacro, come già abbiamo visto, era riconosciuta la personalità dello schiavo, questi veniva a trovarsi *religione adstrictus* quando, prima dell'atto di manumissione, aveva giurato di eseguire determinate *operae*. Questo vincolo religioso doveva avere non dubbia efficacia sul diritto antico, che principalmente fondavasi sul *fas* (1). Certo è che quando il diritto assunse carattere autonomo di fronte al *fas*, l'importanza del giuramento venne grandemente scemando: tanto, che il diritto romano non riconobbe alcuna efficacia al giuramento su cui si intendesse fondare un'obbligazione (c. d. *giuramento promissorio*). Soltanto nel diritto intermedio, con la *Authentica sacramenta puberum*, il giuramento valse a dar efficacia a quelle obbligazioni che ne difettavano in parte (2). Nel diritto romano la sola figura di giuramento con efficacia, almeno origina-

(1) Così da alcuni si afferma che la *sponsio* dell'antichissimo diritto non fosse altro che un giuramento accompagnato dalle libazioni necessarie a cementare il vincolo religioso che veniva a stringersi. Sono problemi d'origine tanto più difficili a sciogliersi, quanto più è facile abbandonarsi in proposito ai voli della fantasia!

(2) Cfr. per tutti WINDSCHEID *Pand.* I § 83 a, nota 4.

riamente, promissoria, è questa della *iurata promissio* del servo che stava per esser manomesso, e del liberto dopo la manomissione. Perchè, infatti, nel nuovo diritto (ed è questa una riprova dell'individualizzarsi dello *ius* di fronte al *fas*) non si ritenne più sufficiente il primo giuramento prestato dal servo prima della manumissione, lo si fece giurare nuovamente, o promettere con stipulazione, dopo la manumissione stessa, la prestazione delle opere. Anzi, a rigore, solo questa che vien denominata *iurata promissio* LIBERTI forma vera eccezione alla regola che, per diritto romano, il giuramento non fonda obbligazione: la *promissio iurata* dello schiavo, ripetiamo, è in rapporto troppo stretto con un diritto, in cui lo *ius* è ancora oscuro ed indeciso.

Le fonti pongono allo stesso livello la stipulazione fatta dal liberto e la *iurata promissio* di costui. Quindi non può sussistere dubbio sulla eguale efficacia giuridica di questi due modi di assumere la prestazione delle *operae*. Invece si dubita da qualcuno se l'efficacia giuridica non venga attribuita piuttosto al primo che al secondo giuramento; ed al dubbio porge occasione qualche espressione equivoca delle fonti. A nostro modo di vedere, la frase stessa *iurata promissio* LIBERTI indica che l'effetto giuridico si appunta e si concentra nel giuramento del LIBERTO, quindi nel secondo, in quello che vien prestato *dopo* la manumissione.

Ad ogni modo, questo giuramento ha carattere tutto speciale, e si sustanzia in una obbligazione verbale *unilaterale*. Il suo fondamento sta nella pronunzia di parole solenni da parte del liberto (UNO *loquente* (1) è detto nella Epitome di Gaio). V'è però chi sostiene che qui si abbia una proposta da parte del patrono, alla quale seguirebbe l'accettazione del liberto, perchè le fonti usano l'espressione *impositio operarum* che accennerebbe alla volontà dichiarata dal patrono di esigere la prestazione di quelle determinate opere. Il liberto non farebbe che giurare in seguito a tale dichiarazione. Si avrebbe quindi una specie di onere che

(1) Cfr. STUEDEMUND, III, 96 (p. 153).

verrebbe a gravare sull'uomo che diventa libero, onere che il PERNICE (1) paragona con qualsiasi altro onere imposto alla proprietà: libertà e proprietà sussistono egualmente, non ostante assumano caratteri particolari. Noi osserviamo, che se pure voglia ritenersi vera questa iniziativa del patrono, è vero anche che la parte sostanziale dell'atto è la promessa del liberto. A ciò accenna GAIO nella epitome citata, nella quale inoltre, per quanto si può arguire, si accomunano, sotto lo stesso punto di vista della unilateralità della dichiarazione, la *promissio iurata* del liberto e la *dotis dictio* (2). Alla dichiarazione verbale, e però solenne, del liberto non può far riscontro una dichiarazione non solenne, da parte del patrono. Un negozio giuridico, che dovesse la sua esistenza all'accordo di due volontà, non potrebbe prendere vita con dichiarazioni d'indole disparata. Il negozio o è, o non è formale. Se lo è, dev'esserlo in tutti gli elementi necessari per la sua esistenza. La tecnica formalistica romana non può aver consacrato un tale assurdo. Dunque non si può concepire che la *iurata promissio liberti* sorga a contratto per via di una dichiarazione non solenne precedente. Ecco perchè, sebbene in realtà vi sia anche nella *promissio dotis* e nella *pollicitatio*, come nella *iurata promissio liberti*, questa dichiarazione delle due parti, pure non si attribuisce ad una delle due dichiarazioni alcun effetto. Non si deve trascurare la insistenza con cui Gaio accenna a ciò che uno solo parla.

§ 72.

Quando non è stato fissato un termine, le prestazioni possono in generale essere richieste immediatamente (*praesenti die debentur*), salvo il caso in cui trattisi della esecuzione di lavori o di altre prestazioni che per la loro natura ed il loro scopo esigano un ragionevole lasso di tempo. La qual cosa è vera an-

(1) V. l. c.

(2) Cfr. su quanto segue: FADDA, *Parte generale, con speciale riguardo alla teoria del neg. giurid.* p. 285 sgg.

che pel diritto odierno, in quanto non può esigersi immediatamente una prestazione (art. 1173 cod. civ.) quando per la qualità dell'obbligazione, o il modo con cui deve essere eseguita, o il luogo convenuto per l'esecuzione, porti seco la necessità di un termine.

Ma per le *operae*, occorre che siano richieste dal padrone (*indictio operarum*), e il modo di esecuzione deve essere stato convenuto tra patrono e liberto. Questi si tiene a disposizione del patrono, ma non cade in mora se non dopo che, ricevuto l'ordine, non presti le opere dovute.

E ciò è vero, tanto per le opere *officiales* quanto per le opere *fabriles*, sebbene la comune opinione si riferisca solo alle prime. Se il liberto non esegue le prestazioni dovute, il patrono può richiederne l'equivalente in denaro per mezzo della azione adatta: lo *iudicium operarum*, che in sostanza non si dispaia dalla antica *condictio certae pecuniae*, malgrado si possa dire che esso tenda ad una prestazione incerta. Gli è che questo *iudicium* è tanto antico che risale ad un tempo in cui non si faceva differenza tra *condictio certi* e *condictio incerti* (se pure quest'ultima non è del tutto una creazione giustiniana). Lo *iud. operar.* è un'azione di carattere astratto rivolta ad una determinata somma di *operae* che si considera equivalente alle opere non prestate dal liberto.

§ 73.

A canto alle opere, e normalmente promessi insieme ad esse, vi sono i *dona* ed i *munera*, cioè quei regali d'uso in occasione d'alcune feste pubbliche generali o della Città, o del patrono, o di componenti la famiglia di lui. Questi regali, in quanto rispondono ad antichi costumi sociali, vengono dovuti solo naturalmente; ma si debbono anche civilmente in quanto siano stati compresi nella *promissio iurata*. Non occorre che il patrono li richieda, perchè a tutti sono note le solennità in cui sogliono esser fatti.

Il patrono ed i suoi figli hanno un certo diritto di successione

di fronte al liberto. Il fondamento di questo diritto lo si suole far consistere in ciò, che il patrono, il quale non si fosse privato del dominio sullo schiavo per liberarlo, avrebbe potuto ulteriormente lucrare tutto il lavoro di lui. Col chiamare alla successione il patrono ed i suoi figli si vorrebbe compensare il mancato lucro.

Di pari passo col diritto alla successione, va quello alla tutela il quale spetta al patrono ed ai suoi figli sul liberto e sui figli di lui. Questa corrispondenza fra la tutela legittima e l'eredità legittima è uno dei punti più sicuri del diritto di Roma. Per la legge delle XII Tavole, in mancanza di un tutore testamentario, si fa luogo alla tutela degli agnati maschi dell'impubere, ai quali compete secondo l'ordine nel quale sono chiamati alla successione. L'agnato in tanto ha la tutela in quanto alla morte del pupillo i beni perverranno a lui. Egli quindi protegge i propri interessi eventuali. Questa prevalenza dell'interesse del tutore — dice il PEROZZI (1) — combinata col fatto che una superiorità giuridica a riguardo di una persona era concepita sempre dai Romani come un potere su cotesta persona, fa sì che il termine *tutela* non significhi originariamente il dovere di difesa, che è lo scopo, ma il potere, la *potestas* sulla persona; che *tutela* sia cioè nome di un diritto, mentre l'ufficio di difesa non è che un dovere (*officium*) che gli va congiunto. Ma poichè vi era un *onus tutelae* là dove avrebbe potuto sorgere un *emolumentum hereditatis*, si sarebbe potuto temere che la tutela non si risolvesse, in ultima ipotesi, in un rischio a cui era esposta la vita del pupillo.

Il dubbio però sarebbe sorto solo in teoria, chè — date le condizioni della vita sociale di quei tempi (vigilanza continua della opinione pubblica, vincolo gentilizio fra tutore e pupillo, sorveglianza del capo della *gens*) — non era davvero concepibile che l'agnato potesse esercitare il suo ufficio col triste proposito di nuocere all'impubere, senza incorrere nelle più gravi sanzioni.

(1) *Istituzioni di diritto romano*, I, pag. 302.

§ 74.

Oltre alle normali prestazioni dovute dal liberto al patrono, e che abbiamo visto consistere nelle *operae*, nei *dona*, nei *munera*, le fonti accennano a sacrifici ben più gravi imposti dai patroni ai loro liberti come prezzo della libertà che concedevano. In particolare le fonti accennano a certe penalità, che si solevano stabilire pel caso in cui il liberto avesse mancato agli obblighi pattuiti nel momento della manomissione. Normalmente i padroni si facevano promettere delle forti somme di denaro; talvolta anche il liberto prometteva di ammettere il patrono ad essere socio dei proprii beni, se avesse mancato ai doveri verso di lui (*admittere in societatem*). Ma queste, a ciò che pare, erano le condizioni più benigne. Il trarre profitto dalla necessità in cui si trovavano i servi di tutto promettere pur di ottenere la libertà, gli abusi dei padroni che prendevano occasione dai minimi mancati per dichiarare verificata la condizione in danno dei loro liberti, il rafforzarsi dei sentimenti di dignità e di rispetto alla libertà umana, furono tutti motivi che indussero il pretore ad intervenire in favore dei liberti. Un primo editto del pretore Rutilio (635 di Roma) disponeva che o non avrebbe accordato azione al patrono che avesse voluto far valere quelle penalità (eccettuati i casi in cui si trattasse di *operae* o di ammissione in società), od altrimenti avrebbe dato una *exceptio operandae libertatis causa* al liberto quando al patrono non si sarebbe potuto assolutamente negare di agire.

D. 38. 2. 1. pr. 1, 2 (ULPIANUS *libro quadragesimo secundo ad edictum*).

Hoc edictum a praetore propositum est honoris, quem liberti patronis habere debent, moderandi gratia. namque ut Servius scribit, antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, quod in liberos confertur, cum ex servitute ad civitatem Romanam perducuntur. Et quidem primus praetor Rutilius edixit se amplius non datu-

rum patrono quam operarum et societatis actionem, videlicet si hoc pepigisset, ut, nisi ei obsequium praestaret libertus, in societatem admitteretur patronus. Posteriores praetores certae partis bonorum possessionem pollicebantur: videlicet enim imago societatis induxit eiusdem partis praestationem, ut, quod vivus solebat societatis nomine praestare, id post mortem praestaret.

Dice ULPIANO, che questo editto fu introdotto dal pretore per porre un freno ai modi in cui si estrinsecava l'onore dovuto ai patroni dai liberti. Infatti, a detta di Servio, per lo innanzi i patroni avevano l'abitudine di esigere dai liberti prestazioni gravosissime, quasi per ricompensarsi di un beneficio così grande come quello che si largisce ai liberti nel farli, da servi, cittadini romani. Fu appunto il pretore Rutilio quegli che per primo emanò un editto, in cui stabiliva di non concedere al patrono nessun'altra azione all'infuori di quella *operarum et societatis*, sempre però nel caso in cui si fosse pattuito che se il liberto non avesse prestato l'*obsequium*, il patrono sarebbe stato ammesso in società. I pretori, che vennero dopo, gli assicuravano la *bon. possessio* di una parte certa: infatti l'esempio della società influì nel senso che dovesse venir prestata quella stessa parte, in modo che quanto non volevano prestare da vivi a titolo di società, lo prestavano dopo morte (1).

Sono notevoli, in questo frammento, anzitutto l'affermazione dell'intervento del pretore, e in secondo luogo lo accenno alla mancanza di libera determinazione da parte dello schiavo, nel pattuire condizioni troppo onerose.

FR. 44. 5. 1. 6.—ULPIANUS libro septuagesimo sexto ad edictum.

In summa si in continentibus impositum quid sit liberto, quod *ἐπιωρόμενον* oneret eius libertatem, dicendum est exceptioni locum facere. sed si post intervallum, habet quidem dubitationem, quia nemo eum cogeat hoc promittere: sed idem erit probandum

(1) Traduciamo secondo la correzione proposta dal MOMMSEN alla fine del § 2: « ut quod vivos nolebant societatis nomine praestare, id post mortem praestarent ».

et hic, tamen causa cognita, si liquido appareat libertum metu solo vel nimia patrono reverentia ita se subiecisse, ut vel poenali quadam stipulatione se subiceret.

Sempre a proposito di gravi oneri imposti al liberto dal patrono, e dal pretore non riconosciuti validi, si fa la questione se il liberto possa opporre l'eccezione che il pretore gli accorda contro la richiesta del patrono che si è fatto promettere tali prestazioni abusando della reverenza che gli è dovuta. ULPIANO afferma che in definitiva l'azione ha luogo quando al liberto fu imposta nell'atto stesso della manumissione qualche cosa che direttamente ne onera la libertà, ma si dubita se così debba decidersi anche quando ciò avvenga dopo un certo intervallo di tempo, perchè allora nessuno più costringeva il liberto a fare quella promessa. Però, dice il giureconsulto, noi accogliamo anche in questo caso la stessa soluzione (ossia la concessione dell'eccezione), purchè preliminarmente si esaminino le circostanze del caso, e risulti manifesto che il liberto si sia sottomesso per la sola paura o per la troppa riverenza al patrono in modo tale da sottoporsi ad una stipulazione penale.

§ 75.

Il punto importante consiste dunque nel vedere se questa imposizione di gravi oneri è determinata dalla libera volizione dello schiavo. E si risponde che la libertà del volere manca se essi furono pattuiti nel momento della manumissione, e può mancare anche se furono pattuiti in seguito; perchè sussiste sempre nel liberto di fronte al patrono un rapporto di dipendenza, una riverenza, un timore, che possono indurre a ritenere coartata la volontà sua. Dovranno, dunque, caso per caso esaminarsi le condizioni di fatto (1). Bisogna poi ricordare che il motivo fonda-

(1) Le norma applicata qui dal diritto romano, può essere seguita anche oggi per tutti quei casi in cui viene in questione il c. d. *timore riverenziale*, che di solito — si dice — non esclude la libertà del consenso. Soprattutto è importante l'applicazione che delle fonti romane si è fatta nella nostra pra-



mentale, il punto di partenza, dell'intervento pretorio in questa materia è sempre questo, che si ritiene mancante la libera volizione, pel fatto che normalmente il liberto avrà ammesso quegli oneri temendo una reazione del patrono in caso di rifiuto ad assumerseli.

Rutilio, dopo la pretura, rivestì il consolato. Ma pare che la sua pretura non sia caduta al di là del 636 d. R., onde si vuol fissare a questa data il suo editto.

Dopo di lui, altri pretori stabilirono che, rimanendo valida la promessa delle *operae*, tutte le altre promesse esatte *libertatis onerandae causa* non originassero azione contro il liberto sin che viveva. Ma il patrono poteva alla morte di esso chiedere o ciò che era stato promesso o la *bonorum possesso dimidiaie partis* dei beni del liberto, se questi non aveva per eredi figli suoi naturali. Si ha quindi tra patrono e liberto una pattuizione con la quale si viene quasi a stabilire un contratto ereditario. Contratto ereditario che il diritto romano classico e il nostro diritto odierno non ammettono (1). Nel diritto giustiniano, mentre perdurava il divieto del patto fra due persone intorno alla eredità di una di esse, era invece ammesso, e aveva quindi efficacia giuridica, il patto fra due estranei circa la successione di un terzo, quando questi vi avesse prestato assenso.

Qui, dunque, ci troviamo di fronte ad una vera eccezione al divieto dei patti successorii; poichè in definitiva non può porsi

---

tica giudiziaria a proposito del timore riverenziale nella conclusione del matrimonio. Una sentenza della Corte di Appello di Napoli (v. *Rivista pratica di dottrina e giurisprudenza*, Anno III n. 1) ha deciso una elegante e grave questione di nullità di matrimonio per vizio di consenso. Si assumeva che il genitore della sposa, autoritario, imperioso, collerico, violento, avesse imposto il proprio volere alla figlia quindicenne, debole, nervosa, malaticcia, priva dell'affetto materno. La Corte si lasciò persuadere in questi sensi, convincendosi che tali fossero state le pressioni da annientare il volere della fragile creatura, da farle confinare quasi con quella che la scuola suole chiamare *vis absoluta*.

(1) È in parte accolto nel diritto tedesco attuale, e lo era del tutto in quello antico.

in dubbio che patrono e liberto sanno di concludere un patto che esplica i suoi effetti solo per la morte dell'uno: il liberto. La deroga alla regola generale fu certamente ispirata dalla necessità di contemperare in una unica soluzione l'interesse del patrono, da una parte, a vedere eseguiti i patti, e del liberto, dall'altra, a non sentirsi troppo onerato.

Intervenne l'Editto, ponendo le pattuizioni a carico degli eredi.

§ 76.

Resta ancora un punto sul quale si è molto discusso dai Romanisti. Se, cioè, la *admissio in societatem*, che si soleva pattuire fra patrono e liberto, fosse una vera e propria comunione, oppure un contratto di società universale, per cui il patrimonio del liberto con i suoi aumenti dovesse andare a vantaggio anche del patrono. Da una parte si afferma, che poichè le fonti accennano all'*actio pro socio*, non possa esservi dubbio che qui si tratta di vera e propria società. Dall'altra, il PERNICE sostiene che questa circostanza non costituisce se non una esteriorità, sulla quale non deve farsi troppo assegnamento, e che, invece, si tratti di una comunione, che può farsi cessare in qualunque momento.

L'*a. pro socio* non sarebbe che un ripiego, secondo il PERNICE. Comunque sia, quel patto fu ritenuto valido dall'editto rutiliano, e furono solo i pretori successivi a diminuirne l'efficacia.

§ 77.

V'erano anche altre forme di onere, per lo innanzi permesse, che varie leggi speciali vietarono. La legge *Iulia e Papia Poppea* dichiarò invalida la promessa del liberto o della liberta di non contrarre matrimonio (1). Prima di questa legge, tale patto era efficace.

---

(1) Il patto e la condizione di non sposare in modo assoluto sono nulli anche per diritto odierno. Si può solo discutere se non sia lecito il patto o la condizione di non sposare una persona compresa in una determinata cerchia limitata.

Con la legge *Aelia Sentia* fu inoltre sancita la perdita del diritto di patronato contro il patrono che si fosse fatto promettere dal liberto, o dalla liberta, di non sposarsi. Quest'ultima legge vietò inoltre al patrono di convertire in denaro le *operae*, facendosi promettere le *mercedes* in vece di esse, oppure facendole prestare dal liberto ad un terzo, dal quale si esiga un prezzo. Questi due divieti si ispirano alla considerazione che il patrono, pel quale le opere sono sempre *officiales* — ossia dovute in base alla riverenza — non deve abusare di un diritto che non è, per il fondamento suo, di natura economica. In un solo caso è permesso cedere le *operae* ad un terzo ottenendone mercede, quando cioè il patrono per le sue condizioni non possa godere altrimenti del suo diritto ad esse. È però lecito al patrono di far prestare gratuitamente a terzi l'opera del proprio liberto, ad esempio: di far curare gratis, dal liberto medico, l'amico malato.

§ 78.

Il patrono e la sua famiglia hanno, in forza delle XII Tavole, dell'editto, e delle costituzioni imperiali, un diritto alla successione del liberto che muoia senza prole.

A garanzia di questo diritto, e contro gli atti del liberto diretti a diminuire il proprio patrimonio per render vano tale diritto, il patrono ha le due azioni: *fabiana* e *calvisiana*. Nel rapporto fra patrono e liberto esse mirano allo stesso scopo a cui mira l'azione pauliana nel rapporto fra creditore e debitore; ad impedire, cioè, che per mezzo di alienazioni fraudolente si rendano vane le ragioni che il creditore (e qui il patrono) ha sul patrimonio del debitore (e qui sul patrimonio ereditario del liberto). Per l'azione pauliana — conservatasi anche nel nostro diritto attuale, c. civ. art. 1235 — gli atti commessi in frode del diritto dei creditori sul patrimonio del debitore vengono rescissi. E le condizioni, sotto le quali si considera che una persona abbia agito in frode dei creditori, sono: 1° *l'eventus damni*, ossia occorre che il debitore si sia realmente impoverito, e quindi il suo patrimonio sia di-

minuito a modo da non poter bastare al soddisfacimento dei creditori; 2° il *consilium fraudis*, ossia il debitore deve aver saputo che con il suo atto creava od aumentava la propria insolvenza (1).

Le azioni *fabiana* e *calvisiana* servono anch'esse a ricostruire il patrimonio del liberto se egli con i suoi atti lo ha diminuito. La prima ha luogo quando il liberto è morto testato, la seconda quando è morto intestato.

§ 79.

Il patronato può finire tanto a danno del patrono, quanto a danno del liberto. Termina a danno del liberto, come già si è visto, con la revoca in servitù.

Termina a danno del patrono quando questi venga meno al suo dovere di alimentarlo (2) o di non intentargli accusa capitale. Nel diritto ultimo, non viene meno il diritto di patronato quando l'accusa capitale mossa dal patrono al liberto si riferisce a delitti di lesa maestà. Contro i rei di questi delitti il diritto imperiale recente giunge alla ferocia della persecuzione, dichiarandoli persone tali, cui la morte sia di sollievo e la vita di tormento, e persino escludendone i figli dalla successione. Si capisce, quindi, che la perdita del patronato non si verificasse quando il patrono denunciava come reo di lesa maestà il proprio liberto. Che anzi quello era premiato, e non perdeva neppure il diritto alla successione del liberto.

In definitiva, bisogna sempre tener presente, circa questi reciproci doveri tra patrono e liberto, il carattere morale al quale essi s'ispirano. Essi hanno una grande affinità con i rapporti che correvano, nell'antica famiglia romana, tra patroni e clienti. Tutto riposava sulla lealtà e sulla buona fede; onde la pubblica

(1) Si badi che non è necessaria l'intenzione determinata di rendersi insolvente per far torto ai creditori.

(2) D. 37.14.5, 1 (MARCIANUS *libro tertio decimo institutionum*): Imperatoris nostri rescripto cavetur, ut, si patronus libertum suum non aluerit, ius patroni perdat.

opinione avrebbe protestato e si sarebbe sentita gravemente commossa se il capo di famiglia avesse portato l'inganno e la frode nei rapporti con i suoi clienti. E questa disposizione ostile della pubblica opinione rispecchiavano le XII Tavole col sancire la *sacertà* del patrono che avesse frodato il proprio cliente.

§ 80.

Altre due figure importanti, le quali hanno relazione col diritto di patronato e si riferiscono in parte, alla fine di esso sono: lo *ius aureorum anulorum* e la *restitutio natalium*. Entrambe si riferiscono alla concessione della ingenuità da parte del principe (a partire dall'imperatore COMMODO). Esse hanno però effetti diversi.

Per la *restitutio natalium* il liberto è dichiarato *ingenuus*, e con ciò vengono meno tutte le limitazioni alla sua libertà, non solo, ma anche il diritto di patronato.

Per lo *ius aureorum anulorum*, che è invece una concessione di carattere pubblico, il liberto acquista il diritto di portare l'anello d'oro (che prima era portato dai soli cavalieri, e poi nel periodo imperiale era il distintivo di quanti erano nati ingenui).

A questo diritto di portare l'anello d'oro vanno congiunti tutti i diritti di cui godono gli ingenui dal punto di vista del diritto pubblico, mentre il diritto di patronato, a differenza della *natalium restitutio*, non si estingue.

Sul rapporto del patronato esercita influenza tanto la morte del liberto, quanto la morte del patrono. Con la morte del liberto il diritto si estingue perchè, trattandosi di un rapporto meramente personale, esso non può trasmettersi a vantaggio del patrono sui figli del liberto defunto. Con la morte del patrono si ha l'effetto normale, che il diritto di patronato si trasferisce nei figli del patrono defunto. Che se non esistano figli od agnati, il diritto viene meno; non trattandosi che di rapporto personale il quale non è compreso, come tale, nel compendio ereditario.

Il Senatusconsulto *Ostoriano*, dei primi tempi dell'Impero,

permise al patrono per il caso che morisse o patisse la perdita della cittadinanza, di assegnare particolarmente il patronato ad uno o più fra i suoi figli specificatamente indicati. Questa assegnazione (*adsignatio liberti*) può esser fatta per atto tra vivi, o per atto di ultima volontà, sia questo un testamento formale od anche un semplice codicillo. Il suo risultato pratico è sempre questo, che il diritto di patronato si restringe al solo, od ai soli indicati.

§ 81.

La *adsignatio liberti* deve tenersi ben distinta dalla *adtributio liberti* per la quale il patrono dà particolare incarico ad uno fra i suoi figli di curare l'alimentazione del liberto. Ciò avviene, dunque, nel puro interesse del liberto.

Così pure deve distinguersi la *delegatio liberti*; per essa il patrono delega, ossia fa prestare, ad uno solo dei proprii figli, le *operae* del liberto.

§ 82.

Non possiamo occuparci *ex professo* della posizione del liberto nel diritto pubblico di Roma, poichè tale esposizione esulerebbe dal campo che forma oggetto del nostro studio. Ci limiteremo a qualche accenno in riguardo.

Il liberto non acquista nella cittadinanza quella posizione integra, indeminuta che spetta normalmente al cittadino romano. Anzitutto egli è escluso dalle magistrature, anche da quelle locali.

In secondo luogo, pur avendo il diritto di suffragio, egli vota in tribù separate. Ai tempi di Augusto, quando già il diritto di suffragio cominciava a diventare un nome vano per ogni classe di cittadini, esso fu tolto ai liberti.

Il liberto era escluso anche dal servizio militare, almeno fino ai tempi in cui Roma non si era ancora impegnata in guerre lontane contro i barbari dei confini. Col dilagare di queste guerre,

pel bisogno crescente di uomini armati, anche i liberti furono ammessi nelle file dell'esercito.

Del resto, lo *ius aureorum anulorum* contribuì grandemente ad avvicinare la posizione giuridica del liberto a quella del cittadino.

Con l'attribuzione di quel diritto, che equivaleva ad un aumento della capacità relativa al diritto pubblico, il liberto acquistava per tale rispetto la piena ed integra posizione giuridica del cittadino.

Come il diritto alla libertà era tutelato nel tempo delle *legis actiones* con l'*a. sacramenti in rem*, e nel periodo formulare per via di azioni reali ed in seguito per via di *praeiudicia*, così lo stato di ingenuità o di libertinità veniva tutelato con gli stessi mezzi procedurali nei corrispondenti periodi.

§ 83.

A complemento di questa trattazione dobbiamo esaminare alcune figure relative ad uno stato intermedio fra la libertà e la schiavitù.

Viene in prima linea il *liber homo b. f. serviens*, cioè la persona libera che è di fatto in istato di servitù, perchè in buona fede chi la possiede la ritiene schiavo. È naturale che costui sia trattato come schiavo fino a che dura l'erronea persuasione sul suo stato, ma è pure necessario che, non appena conosciuta la verità, e poichè la libertà è imprescrittibile, egli sia senz'altro libero, non solo, ma si provveda anche a regolare gli acquisti fatti per il suo tramite nel periodo in cui era ritenuto servo. Altrimenti tutti questi acquisti si sarebbero dovuti togliere di mezzo, con grave danno per colui che si credeva padrone. La giurisprudenza pervenne ad un temperamento simile a quello adottato nel caso di uno schiavo che si trovava in proprietà di uno ed in usufrutto dell'altro: il *l. h. b. f. s.* acquista al presunto padrone tutto ciò che proviene *ex re eius cui servit* (ossia tutto ciò che acquista con i beni stessi del padrone) ed *ex operis eius* (ossia col proprio lavoro); tutto il resto rimane a lui.

D. 41. 3. 44 pr.—PAPINIANUS *libro vicensimo tertio quaestionum*. Iusto errore ductus Titium filium meum et in mea potestate esse existimavi, cum adrogatio non iure intervenisset: eum ex re mea quaerere mihi non existimo. non enim constitutum est in hoc, quod in homine libero qui bona fide servit placuit: ibi propter adsiduam et cottidianam comparationem servorum ita constitui publice interfuit, nam frequenter ignorantia liberos emimus, non autem tam facilis frequens adoptio vel adrogatio filiorum est.

PAPINIANO ricorda, nel fr. riportato, il *liber homo b. f. serviens*. Il giureconsulto espone una fattispecie, e la risolve.

Per un errore scusabile, egli dice, io avevo creduto che Tizio mi fosse figlio e fosse quindi sotto la mia potestà, mentre così in realtà non era, perchè l'arrogazione di Tizio era avvenuta in modo nullo per irregolarità nelle forme volute dalla legge. In tale ipotesi io credo che costui, pur acquistando con i denari miei, non acquisti per me. Infatti non vale a suo riguardo quanto fu stabilito a riguardo del *liber homo b. f. serviens*. Qui il provvedimento rispondeva ad un interesse pubblico perchè, data la grande quantità di compre che quotidianamente facciamo di servi, spesso compriamo, ignorandolo, degli uomini liberi. Invece non così facile e frequente è l'adozione o l'arrogazione, da rendere facili simili errori.

Quindi non si deve derogare al diritto per un caso rarissimo: gli acquisti non andranno a vantaggio del presunto padre, mentre sarebbero andati a vantaggio del presunto padrone se si fosse trattato di *l. h. b. f. serviens*. Soltanto il presunto figlio dovrà rimborsare del prezzo il presunto padre.

§ 84.

A proposito del *liber homo b. f. serviens* ricordiamo la famosa *lex Barbarius Philippus* (1) nella quale si fa precisamente il caso inverso, quello cioè di uno schiavo che erroneamente era stato ri-

(1) Fr. 1. 14. 3 (Ulp. 1. 38 *ad Sabinum*). Il vero nome dello schiavo fuggitivo pare sia *Barbatus* (cfr. MOMMSEN ad h. l. e *Dir. pubbl. rom.* I p. 484 nota 2). Su questo personaggio cfr. KLEBS nella *Enciclopedia* di PAULY-WISSOWA III p. 2 sg.).

tenuto libero, e quindi nominato pretore, nella quale carica aveva compiuto numerosi atti. Si domandava qual dovesse essere la sorte di tutti quegli atti, se cioè dovessero o no ritenersi nulli, non appena conosciuta la vera condizione di quel magistrato. « Nullus maior defectus quam defectus potestatis » avrebbero detto i nostri antichi Pratici.

Ma appunto quella legge, dichiarava perfettamente validi quegli atti. *Et verum puto nihil eorum reprobari*, risponde Ulpiano alla domanda se: *quae edixit quae decrevit nullius fore momenti?*

E la decisione era del tutto sensata, perchè il bisogno pratico esige spesso che una credenza comunemente adottata, se anche sia erronea, abbia lo stesso valore della verità delle cose. Nel caso contemplato dal passo la facilità dell'errore era evidente, perchè si trattava di uno dei periodi più agitati della vita pubblica romana, sotto Antonio. Questo Barbatus, che Cicerone menziona come una lancia spezzata del suo feroce nemico, colla sua pervicace disinvoltura profitto delle torbide condizioni pubbliche per farsi passare come libero. Poteva forse ciò togliere efficacia ai suoi atti, danneggiando i terzi? Ulpiano risponde decisamente per il no, e Giustiniano (perchè trattasi appunto d'interpolazione) spiegò tale risposta col suo solito *hoc humanius est*. I comentatori fondarono su questo passo il noto brocardo *error communis facit ius*, che servì poi a spiegare le decisioni di casi analoghi (1).

(1) Se si trattasse di un notaio che malamente fosse stato nominato, per irregolarità verificatesi nel concorso, annullato il concorso, gli atti già rogati nella residenza che più non gli spetta, saranno interamente validi, appunto pel principio: *error communis facit ius*. Altro caso che potrà facilmente verificarsi, data l'introduzione dei concorsi nella magistratura, sarà questo: avanzato un ricorso contro la nomina di alcuno a consigliere di Cassazione, ed annullata tale nomina, non perciò saranno nulle le sentenze che portino la firma di costui quale consigliere di Cassazione. E parimenti conta il voto alla Camera di quei deputati dei quali l'elezione è poscia annullata. In definitiva, finchè vi è quello stato di possesso apparente che legittima una posizione giuridica, non possono dirsi nulli gli atti compiuti dalle persone che ricoprono tali posizioni.

GAI. II, 91. De his autem servis in quibus tantum usum fructum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra vel operis suis acquirant, id nobis acquiratur: quod vero extra eas causas, id ad dominum proprietatis pertineat. itaque si iste servus heres institutus sit legatumve quod ei datum fuerit, non mihi sed domino proprietatis acquiritur. 92. Idem placet de eo qui a nobis bona fide possidetur, sive liber sit sive alienus servus, quod enim placuit de usufructuario, idem probatur etiam de bona fide possessore. Itaque quod extra duas istas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum si servus est.

Questo passo delle Istituzioni gaiane pone esattamente in rilievo il parallelo fra il servo, di cui altri ha l'usufrutto, ed il *l. h. b. f. s.* GAIO parla, prima, del servo. Egli dice che per i servi, dei quali abbiamo soltanto l'usufrutto, si è stabilito che acquistino per noi tutto quanto hanno acquistato a spese del nostro patrimonio o con le opere loro; e che al nudo proprietario spettino tutto quanto hanno acquistato all'infuori di tali cause. Pertanto se un tale servo venga istituito erede o gli sia stato lasciato un legato, l'acquisto non si farà a me, ma al nudo proprietario.

Lo stesso deve dirsi per colui che noi possediamo in buona fede, tanto se egli è libero, quanto se è schiavo altrui. Infatti si deve accogliere anche a riguardo del possessore di buona fede ciò che si è stabilito per l'usufruttuario. E pertanto tutto quanto viene acquistato all'infuori di quelle due cause, spetta all'individuo stesso se è libero, o, se è schiavo, al suo padrone.

Non resta dubbio, adunque, che il trattamento giuridico di questi rapporti concernenti il *l. h. b. f. s.* è stato modellato su quello dei rapporti del servo di fronte al domino ed all'usufruttuario. Ed è giusta opinione di alcuni autori moderni questa, che per gli acquisti *ex re*, la massima fosse già stabilita nel pe-

riodo repubblicano, mentre per quelli *ex operis* si sarebbe provveduto nel primo secolo dell'Impero.

Il citato passo di GAIO è notevole anche per ciò, che da esso appare la necessità del requisito della buona fede non solo nel servo, che forma oggetto del rapporto (*b. f. serviens*), ma anche in colui che ne è soggetto, ossia in chi ha il possesso della persona (*b. f. possessor*). Il fatto che GAIO adopera l'espressione *b. f. POSSESSOR*, sebbene l'*homo liber* sia tal cosa che non può esser posseduta, sta a dimostrare che ai suoi tempi la buona fede si esigeva anche in colui che gode delle opere dello schiavo. Ciò si intende facilmente per poco che si rifletta che l'attribuzione di quei vantaggi al possessore non potrebbe esser fatta se costui fosse in mala fede. Egli merita considerazione in tanto, in quanto è in errore sul conto dello schiavo. Tanto è ciò vero, che Giuliano ed Africano (il quale di solito riassume le dottrine del primo) ricorrono allo esempio del *l. homo b. f. serviens* a proposito dell'acquisto dei frutti da parte del possessore di *b. f.*

§ 86.

Altri casi in cui la persona, senza perdere la libertà, si trova in una condizione prossima alla schiavitù, sono quelli della *persona in mancipio*, e del *redemptus ab hostibus*.

La *causa mancipii* risale all'antichità più remota, e si mantiene — a scopo di finzione — fin nel diritto classico.

Nei primi tempi di Roma, quando i gruppi gentilizi erano autonomi e separati, il *pater familias* poteva, in forza della sua potestà illimitata sui componenti la famiglia, alienare i propri figli a persona estranea al gruppo familiare, al *pater familias* di un'altra gente. Così egli rendeva il figlio schiavo presso stranieri.

Il figlio veniva ad acquistare nel nuovo gruppo la stessa posizione dello schiavo. Ma, in seguito, riunitisi i gruppi a formare la Città, questi figli non potevano diventare schiavi entro la Città stessa, ma si trovavano in condizione molto affine a quella di schiavi; in tal caso la nuova potestà prendeva il nome di *mancipium*.

Uscendo, per causa di mancipazione, da questo nuovo gruppo, il figlio ritornava nel proprio antico gruppo, e in potestà del padre che lo aveva alienato. Solo dopo tre vendite, per una disposizione delle XII Tavole, egli diventava *sui iuris* e acquistava la libertà completa. Si disputava fra i giureconsulti intorno alla condizione dei figli nati da chi si trovava *in mancipio*. L'opinione a noi pervenuta è questa: i figli procreati dal mancipato mentre era nella prima e seconda mancipazione cadono nella potestà dell'avo. Quanto a quelli da lui procrati nella terza mancipazione, dalla quale non usciva se non per diventar *sui iuris*, la loro condizione sarebbe sospesa: venendo il mancipato manomesso, entrano nella patria potestà; morendo egli *in causa mancipii*, divengono *sui iuris*. LABEONE, invece, a quanto riferisce un frammento vaticano, sarebbe stato di parere che questi figli cadessero sempre *in causa mancipii* presso chi aveva il mancipio sul padre. Da tutto ciò risulta quanto fosse ambigua ed incerta la condizione di queste persone *in mancipio*, e quanto influisse sul trattamento giuridico ad esse fatto l'origine storica dell'istituto.

Nel tempo classico la dazione *in mancipio* viene praticata più raramente, e solo se ne usa in modo fittizio per giungere all'adozione ed alla emancipazione.

Trovandosi in una condizione di quasi servitù, la persona *in mancipio* acquista ogni cosa al quasi-domino. Essa mantiene integra la sua personalità di diritto pubblico. Solo si dubita se potesse ritenere il diritto di voto.

§ 87.

La figura del *redemptus ab hostibus* è molto affine a quella della persona *in causa mancipii*, tanto che qualcuno vorrebbe farne una sottospecie di questa.

Intorno alla *redemptio ab hostibus* abbiamo importanti disposizioni nelle fonti giustiniane.

D. 28.1.20,1 — ULPIANUS libro primo ad Sabinum.

Potestatis autem verbum non solum ad liberos qui sunt in potestate referendum est, verum etiam ad eum quem redemit ab hostibus, quamvis placeat hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvat.

La parola *potestas*, dice ULPIANO, va riferita non solo ai figli che si trovano in potestà di alcuno, ma anche a quello che da lui è stato liberato dalla prigionia, sebbene si sia tutti d'accordo che costui non è servo, ma sia quasi legato da un vincolo fino a che non paghi il prezzo.

Insomma, colui che è stato riscattato al nemico a spese di un cittadino romano, riacquista la libertà al ritorno in patria, ma non ne gode subito perchè è quasi sottoposto ad un *vinculum pignoris* di fronte al suo redentore, finchè non gli abbia restituito il prezzo del riscatto. Il redento acquista a vantaggio del redentore come un figlio acquista pel padre; ma fino alla concorrenza del prezzo di riscatto. Il diritto ultimo (secondo una Cost. di ARCADIO ed ONORIO del 409 d. C.) stabilì che i *proletarii* privi di patrimonio si liberassero lavorando per cinque anni in pro' del redentore. Quelli che avevan beni di fortuna, naturalmente, potevano riscattarsi senz'altro pagando.

§ 88.

In uno stato intermedio fra la libertà e la schiavitù si trovano inoltre coloro i quali sono assoggettati ad un procedimento esecutivo in virtù di un contratto, o in virtù di un giudicato.

Sono questi gli *addicti*: coloro, cioè, i quali sono attribuiti al creditore e quindi seggetti alla *manus iniectio* di lui, o perchè non hanno soddisfatto agli obblighi assunti con un negozio per *aes et libram*, o perchè sono stati giudicati e condannati dal giudice. Quelli che s'erano obbligati con un negozio per *aes et libram*, cioè con la forma più antica di obbligazione, erano detti *nexi*. Essi erano soggetti senz'altro, in forza del contratto, alla *manus iniectio* del creditore, cioè al procedimento esecutivo più antico, rudimentale e feroce. Per gli obblighi contratti con altre

forme l'esecuzione avveniva invece solo dopo il giudizio e la condanna, a mezzo della *manus iniectio iudicati*. Ma il procedimento esecutivo è unico, tanto per i *nexi* quanto per i giudicati. Il creditore conduce il debitore nel carcere privato, e quivi lo ritiene fino a che paghi, chè se ciò non avvenga entro un tempo che non deve essere inferiore ai sessanta giorni, se il debito non sia stato ancora soddisfatto, egli potrà venderlo *trans Tiberim*, o anche ucciderlo e dividerne il corpo con gli altri creditori.

Nel carcere privato il debitore si mantiene a proprie spese, *de suo* (XII Tav. 3.4), e può durante la prigionia, concludere una convenzione col creditore per stabilire il modo di soddisfarlo, p. es. pattuendo di rimborsarlo col lavorare per un determinato tempo (XII Tav. 3.5). Queste due circostanze dimostrano che mentre dura la sua condizione di *addictus* egli conserva la capacità a contrattare. D'altra parte è certo che l'*addictus* conserva in diritto la libertà e la cittadinanza, sebbene egli si trovi materialmente soggetto al suo creditore.

Anche in questo caso, dunque, noi ci troviamo di fronte ad una figura intermedia nella quale si fondono i due stati di libertà e di schiavitù.

§ 89.

*Auctorati*. *Auctoramentum* è il contratto con cui uno si obbliga verso un intraprenditore di giuochi (*lanista*) a prestare per denaro l'opera propria in tutti i giuochi che si riferiscano al circo. Colui che in tal modo vincola la propria attività, rende peggiore la sua condizione; onde, pur conservando la libertà e la cittadinanza, si trova soggetto a certe restrizioni, che lo accostano alla condizione dello schiavo.

Lo *auctoratus* è posto da GAIÒ allo stesso livello di chi è soggetto ad un procedimento esecutivo, del figlio di famiglia e della donna *in manu*, in quanto queste tre categorie di persone sono soggette alla potestà di un terzo come vi è soggetto l'*auctoratus*.

GAI. I. 199.

Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit, veluti si quis liberorum nostrorum qui in potestate nostra sint, sive etiam uxor quae in manu nostra sit, sive etiam iudicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit.

Il principio generale è che non si da furto di libere persone, anzitutto perchè, di regola, esse non sono soggette ad alcuna potestà; in secondo luogo perchè nessuno può possedere una persona libera, e non si concepisce furto senza sottrazione di possesso. Ma a questo principio fanno eccezione gli individui enumerati da GAIO; i figli in potestà, le donne *in manu*, gli *iudicati*, e gli *auctorati*. Si noti che GAIO usa, a proposito di questi ultimi, l'aggettivo *meus*, che indica appunto appartenenza, dipendenza. L'*auctoratus* si trova di fronte al *lanista* in una condizione molto vicina a quella dello schiavo; e di fronte alla pubblica opinione egli, che pur conserva la cittadinanza, si trova indubbiamente in una condizione peggiore. Questa pubblica distima si riflette in varie incapacità di ordine secondario che colpiscono l'*auctoratus*. Egli è escluso dalle magistrature, non è ammesso nel *Senatus*, non fra i *decuriones*, nè gli è concesso di parlare nei pubblici comizii (cfr. *Lex Iulia municipalis*). È tale l'avversione generalmente nutrita contro tal genia di persone, che di solito esse vengono escluse dal beneficio del seppellimento gratuito (1). Nè basta: il pretore li esclude dal novero di coloro che davanti a lui possono patrocinare le ragioni altrui (*postulare pro alio*). È questo il segno più certo della poca stima, e dello stato di inferiorità, in cui alcuno si trova innanzi ai concitta-

(1) È noto che presso i Romani fiorirono straordinariamente i c. d. *collegia tenuiorum* o *funeraticia*, associazioni che avevano per iscopo di provvedere ai funerali ed al campo di sepoltura dei proprii soci. L'acquisto del terreno adatto era, naturalmente, il primo atto, ed il più gravoso, per questi *collegia*. Onde le persone più in vista e più munifiche solevano donare a tali associazioni, od anche alla città prediletta, delle vaste estensioni di terreno da adibirsi a sepoltura. Appunto in questi atti di donazione talvolta è detto espressamente che dovranno essere esclusi gli *auctorati* dal vantaggio del gratuito seppellimento.

dini. È noto che anche la donna, in Roma, era incapace di *postulare pro alio*, in conseguenza, pare, della sua inferiorità (1).

Si noti, inoltre, che l'incapacità di *postulare pro alio* colpisce quelli che hanno vincolato nel circo l'opera propria per denaro; non ne sono colpiti, quindi, tutti quelli che, o nel circo o fuori, si dedicano alla caccia di belve, o ad altri giuochi pericolosi, per propria passione disinteressata.

Questa incapacità ha un solido fondamento morale. Gli *auctorati* dovevano essere schiuma di canaglia, gente che si vendeva anima e corpo per una ben misera ricompensa. Lo dimostra il giuramento che essi prestavano al *lanista*, dinanzi al *Tribunus plebis*, nell'atto in cui vincolavano la loro opera (2). Eccone la formula, riferita da PETRONIUS ARBITER nella *Satyra* 117:

In verba Eumolpi sacramentum iuravimus: uri, vinciri, verberari ferroque necari et quidquid aliud Eumolpus iussisset. Tamquam legitimi gladiatores domino corpora animasque religiosissime addicimus. Post peractum sacramentum serviliter ficti dominum consalutamus.

Essi dunque giurano di lasciarsi bruciare, legare, bastonare, trafiggere, di sopportare tutto — insomma — ciò che comandi Eumolpus (il *lanista*). A questo, che chiamano loro padrone (*dominus*), essi danno i corpi e le anime. E poi, in vestimenti servili, lo salutano di nuovo padrone.

L'espressione *dominus* è caratteristica: non che questi individui possano concludere un contratto pel quale entrino in una servitù di diritto; ma, di fatto, essi si pongono in una condizione,

(1) Non certo per la ragione che ne dà POMPONIO. Egli dice che l'incapacità provenne da un incidente piccante — diremmo noi. Certa Carfania, improba femina, avrebbe vituperato in giudizio il pretore. Da quel tempo le donne sarebbero state dichiarate incapaci di *postulare*. Ma questa sarebbe stata buona occasione per dichiararle incapaci di *postulare* anche *pro se*, perchè è umano che si metta maggior calore e veemenza nel difendere la propria causa che nel difendere quella d'altri. Invece le donne potevano *postulare pro se*!

(2) Pare che il Tribuno dovesse soprattutto sorvegliare perchè il compenso (giusta il senato consulto relativo ai giuochi) non superasse i 2000 sesterzii.



che non diversifica punto da quella servile. Sono persone che ondeggiano fra la libertà e la schiavitù: in diritto tendono a quella, in fatto si accostano di più a questa.

§ 90.

*Coloni.* Questa dei *coloni* è una figura molto disputata e per il tempo e per la forma in cui sarebbe apparsa per la prima volta. Certo è che di *coloni* si parla solo ai principi del IV secolo d. C., ai tempi di Costantino; ed è certo anche che il senso della parola non si dispaia molto fin d'allora da quello che anche oggi le attribuiamo usualmente. Il colono è un conduttore, un lavoratore abituale della terra, con questa differenza dai nostri coloni attuali, che egli e la sua discendenza sono legati perpetuamente alla terra che coltivano, pagando un canone in denaro o in natura. Egli non è schiavo del proprietario del suolo, ma è schiavo della terra, perchè neppure il proprietario può separarlo alienando lui senza la terra, o la terra senza lui. La condizione dei coloni può esser con fondamento paragonata con quella dei servi della gleba del M. E.

*Cod. Theod.* 11.52.1,1.

Licet condicione videantur ingenui, servi tamen terrae ipsius cui nati sunt aestimantur.

Sebbene paiano ingenui, sono dunque schiavi della terra per la quale sono nati.

Pare che la prima origine del colonato debba rintracciarsi nei rapporti dei coltivatori della terra con i predii imperiali.

Colonato ed enfiteusi furono le due istituzioni sulle quali gli Imperatori contarono per far risorgere l'agricoltura languente in Italia. Certo è che la condizione dei latifondi, spopolati e sterili, esigeva questo assiduo, insistente legame con gli uomini. Ad ogni modo, ripetiamo, nel IV secolo dell'Impero la figura giuridica del colonato si trova già nettamente delineata. Ma uno studio completo di essa esigerebbe che dalle origini se ne seguissero le tracce e l'evoluzione giù giù fino ai tempi recenti.

Fino a noi, anzi, perchè appena nel 1861 la Russia liberò i servi della gleba; e fino a quell'anno, presso quel popolo, i fondi s'alienavano con i servi, e dal numero dei servi si giudicava della ricchezza delle persone.

Status civitatis.

§ 91.

A stregua di esso, tutti gli uomini si distinguono in *cives Romani, latini, peregrini*. Questa tricotomia si restringe talvolta in una semplice dicotomia fra *cives Romani* e *peregrini* perchè in questi ultimi vengono ricompresi i *latini*, in quanto non fanno parte della cittadinanza romana. Così in GAIO I,79 è detto: Adeo autem hoc ita est ut ex cive Romano et Latina qui nascitur, Latinus nascatur, quamquam ad eos, qui hodie Latini appellantur, lex Minicia non pertinet: nam comprehenduntur quidem peregrinorum appellatione in ea lege non solum exterae nationes et gentes, sed etiam qui Latini nominantur. . . . .

GAIO riferisce che la legge *Minicia* disponeva che colui il quale fosse nato da un Romano e da una Latina fosse Latino; sebbene, egli soggiunge, la *lex Minicia* non possa applicarsi a quelli che oggi chiamiamo Latini. Infatti in quella legge è usato l'appellativo *peregrini*, nel quale si comprendono non solo gli Stati e i popoli esteri, ma anche quelli che diconsi *Latini*. Questa terminologia si riscontra anche in fonti non giuridiche, nelle quali vengono denominati *agri peregrini* i terreni circostanti a Roma che appartengono a popolazioni latine. I *Latini*, alla loro volta, si suddividono in *l. veteres* e *l. iuniani*. Nei primi si comprendono non solo gli antichi abitanti del Lazio, ma anche i membri delle colonie dedotte dalla lega latina o da Roma sino al 3° secolo di Roma, ai quali tutti fu concessa in varie riprese una condizione speciale. Nei secondi vanno compresi tutti quei liberti pei quali la manumissione non avvenne nelle forme o condizioni prescritte.

Il termine *peregrinus* ha significato abbastanza vario. Anticamente *peregrinus* ed *hostis* sono vocaboli sinonimi, i quali vengono adoperati per indicare i membri di quelle nazioni straniere con le quali Roma non è in guerra, ma nè anche in pace. Non in guerra, perchè il nemico viene designato di solito con la voce *perduellis*. Non in pace, perchè lo stato di pace non può concepirsi se non è dichiarato e fermato con un trattato: *foedus*.

Questa indifferenza, anzi questa diffidenza, con cui Roma guarda all'*hostis*, al *peregrinus*, fa sì che egli non goda in Roma di protezione legale, e che quindi il *peregrinus* si veda costretto a mettersi sotto la protezione legale di un cittadino romano, o dello stato romano in virtù di trattato (*ius hospitii, privatum e publicum*). I *peregrini* si suddividono in *p. autonomi* e *non autonomi*: i primi sono quelli riuniti in città o Stati di cui Roma ha riconosciuto l'autonomia; i secondi son quelli che vivono in condizioni di libertà primitive e costituiscono popolazioni sparse o nomadi (come gli antichi abitatori della Sicilia e della Sardegna).

§ 92.

Si suole riassumere la condizione dei cittadini nel diritto privato di Roma, dicendo che essi si distinguono da tutte le altre persone pel fatto che godono del *conubium* (diritto di contrarre giuste nozze), del *commercium* (diritto di acquistare e trasferire la proprietà quiritaria, e di esser creditori o debitori nei modi quiritari), della *testamenti factio* (diritto di figurare in un testamento come disponente, onorato, o testimonio).

Però qualche recente scrittore sostiene che l'enumerazione di questi diritti è inesatta in quanto si attribuiscono a tutti i cittadini diritti dei quali molti di essi mancavano, mentre d'altro canto dovrebbe osservarsi come non vi sia neppure un diritto il quale non possa dirsi caratteristico del cittadino, nel senso che tutti i cittadini lo possiedano e non lo possieda chi non sia cittadino (1). Ora, le fonti — dalle quali soltanto è lecito prender

(1) Cfr. PEROZZI, *Ist. di dir. romano*, I pag. 328.

le mosse quando si vuol giungere a qualche affermazione positiva — dicono recisamente che è lo *ius Quiritium* quello che caratterizza il cittadino di fronte ai Latini ed ai peregrini. GAIO (I, 32 sgg.) afferma ripetutamente che è l'acquisto dello *ius Quiritium* quello che fa diventare cittadini i Latini, che essere cittadini romani e godere lo *ius Quiritium* è tutt'uno. Dunque quando vogliamo esprimere la caratteristica del cittadino romano per riguardo al diritto privato noi possiamo affermare, senza tema di errare, che cittadino romano è colui che ha lo *ius Quiritium*. Perchè la teoria contraria potesse avere un qualche fondamento, bisognerebbe poter citare almeno un testo in cui fosse detto che al Latino o al peregrino — che restino tali — vien concesso lo *ius Quiritium*. Il che non solo non è stato praticamente possibile finora, ma è sostanzialmente escluso anche da un'altra ragione d'indole dogmatica. È risaputo che il concetto fondamentale romano in materia di diritto è questo, che la legge non è territoriale ma personale, non vincola in quanto la persona è in rapporto col territorio, ma in quanto ogni individuo determinato, votandola, si è obbligato personalmente ad osservarla. La legge romana è sostanzialmente un contratto che vincola solo i Romani, perchè essi soli hanno preso parte alla discussione ed alla votazione nei pubblici comizi, essi soli hanno risposto alla *rogatio* del magistrato, essi hanno conchiuso un contratto che corrisponde, nel diritto pubblico, a ciò che è la *sponsio* nel diritto privato. Quindi lo *ius Quiritium* crea diritti ed impone obblighi solo per quelli che effettivamente fanno parte della comunione romana. Tanto ciò è vero che il *plebiscitum*, la legge votata dalla sola plebe nell'antico comizio tributo, non vincolava che la plebe stessa. Quando i comizi tributi si trasformarono, inquadrando tutto il popolo nella loro costituzione, i plebisciti vincolarono tutto il popolo. (Notiamo di sfuggita che questo antico concetto fondamentale viene poi a scomparire nel diritto classico, pel quale la *lex* non è se non un *commune praeceptum* che vincola tutti i soggetti all'Impero romano. Il nuovo concetto viene fermato soprattutto dopo Caracalla).

## § 93.

Il cittadino romano si differenzia già per il suo nome dal Latino e dal peregrino. Ogni cittadino ha un prenome, un nome, ed un cognome. Nell'esempio comunemente addotto: *Marcus Tullius Cicero*, *Marcus* è il prenome, *Tullius* il nome di famiglia o gentilizio, *Cicero* il *cognomen*, il quale è l'ultimo elemento aggiunto in ordine di tempo. Di solito, almeno quando si tratta di ingenuo nato in matrimonio, viene aggiunta la paternità, indicata col prenome del padre: *Marci filius*, e (per distinguerlo dal Latino) la indicazione della tribù in cui vota (*Cornelia Tribu*). Tutto ciò dopo il nome e prima del prenome. Quindi: *M. Tullio, M. f. (Cornelia tribu), Cicero*. Il cognome può ritenersi un vero e proprio soprannome, tanto è vero che il cognome *Cato*, aggiunto a *Marcus Porcius*, indica l'uomo scaltro, avveduto nei propri affari, tal quale era M. Porcio che, pur predicando la severa morale pubblica e privata, esercitava l'usura nel modo più indegno.

I Latini, naturalmente, mancano nel loro nome della designazione della tribù.

I peregrini portano un *cognomen* seguito da quello del padre al genitivo (*Maximus Batonis*).

Dal punto di vista del diritto pubblico, il cittadino romano ha il diritto di voto (*ius suffragii*), il diritto ad occupare le cariche pubbliche (*ius honorum*) ed il diritto, e dovere ad un tempo, di prestar servizio nell'esercito, diritto non concesso neppure ai liberti, almeno fino a un certo tempo.

Veniamo ora all'esame della posizione del cittadino dal punto di vista del diritto privato.

Occorre qui, soprattutto, tener presente il principio poc' anzi fissato, che, cioè, è cittadino romano colui che gode dello *ius Quiritium*, e che tutti gli altri — Latini peregrini — hanno singoli elementi di quel diritto, ma non lo godono per intero, come base generale della loro capacità giuridica.

## § 94.

Nel diritto privato il cittadino gode del *commercium* e del *conubium*. È opinione assai diffusa questa, che il *commercium* consistesse nella possibilità di aver diritti patrimoniali secondo lo *ius Quiritium*, quindi di avere la proprietà romana, diritti di credito romani, e, in generale, quello che noi chiamiamo il godimento dei diritti civili secondo la legge romana. Ma recenti scrittori, il WLASSAK ed il MITTEIS, hanno dimostrato che è erroneo attribuire una comprensione così larga allo *ius commercii*. Essi partono dalla definizione del *commercium* dataci da ULPIANO (*Regulae* 19, 5): « *Commercium est emendi vendendive invicem ius* », per giungere alla conclusione che, pur dando alla definizione ulpiana una estensione maggiore di quella che non appaia dalla lettera di essa, non si può assolutamente accogliere quel largo significato a cui abbiamo accennato.

Certo è che un primo fondamento per non attenersi alla lettera della definizione di ULPIANO lo si ha già nella norma elementare di ermeneutica che ogni regola, e così ogni definizione deve estrarsi da tutto il complesso del diritto e non il diritto dalle regole poste a priori. Indubbiamente il *commercium* si restringerebbe entro confini troppo limitati se noi volessimo intendere rigorosamente la definizione del giureconsulto.

In tal caso tutto il *commercium* si ridurrebbe allo scambio secondo il diritto quiritario, soprattutto consisterebbe nella partecipazione alla *mancipatio*; e questa sarebbe il maximum delle facoltà compresevi. È possibile che lo *ius commercii* si limitasse alla capacità di acquistare e vendere la proprietà romana?

Ed il *nexum*, non dovrebbe dunque esservi incluso? È mai possibile che quel contratto così importante dell'antico diritto, così caratteristico pel rigore dell'esecuzione immediata, dovesse rimanerne fuori? Non lo si può credere, a meno che non si voglia ammettere che ULPIANO abbia rimodernato una definizione più antica e generale riguardante il *gestum per aes et libram*.

Quindi, almeno per ciò che si riferisce al *nexum*, la definizione è troppo ristretta. Che dovrà dirsi poi della *in iure cessio*? Ne sarà rimasta esclusa anch'essa? Sappiamo che la *in i. cessio* non è che un finto processo di rivendica. Qui il trasferimento della proprietà si opera col presentarsi innanzi al Pretore, e con lo affermare il proprio diritto. Non contrastandolo l'altra parte, il Pretore lo attribuisce alla prima (*addicit ius*). Si ha, dunque, una *vindicatio*, alla quale non viene opposta una *contravindicatio*. Ora appunto perchè si tratta di un procedimento finto, la questione si sposta: bisogna, cioè, indagare se la *legis actio* possa intendersi come una conseguenza del *commercium*.

## § 95.

È un punto questo, dei più delicati e dei più discussi fra i romanisti più recenti. Il MOMMSEN fin dal 1855 ha sostenuto l'affermativa in uno studio intorno alla legge Salpensana e Malacitana. E fino all'ultimo anno di sua vita, nel ripubblicare in edizione completa i suoi scritti, ha persistito nell'antica opinione, poichè ha aggiunto a quel suo studio una nota in cui riafferma che il Latino può in conseguenza del *commercium*, proporre la *legis actio*. E la opinione degli scrittori, in relazione alla capacità giuridica dei Latini ai quali è dato il *commercium*, è prevalente in tal senso. Ma il MITTEIS ed il WLISSAK l'hanno profondamente scossa, adducendo molti e gravi motivi, dei quali accenneremo soltanto ai principali. È abbastanza solido, ad esempio, l'argomento tratto da GAIO, il quale afferma, in un luogo delle sue Istituzioni, che la *mancipatio* e la *in iure cessio* sono proprie dei cittadini romani. Onde ne segue, per logica conseguenza, che debbano restarne esclusi i Latini. Al che il GIRARD (1) obietta che GAIO parla anche della *mancipatio*, dalla quale non potrebbero escludersi i Latini perchè, come vedemmo, nel *commercium* di cui sono capaci è esplicitamente incluso il diritto di scambio. Ma l'obbie-

(1) *Man. él de droit rom. pag. Organisation judic. des Romains pag.*

zione del GIRARD, che a prima vista può parere inoppugnabile, si può invece togliere di mezzo facilmente. È certo infatti che la *mancipatio*, a cui allude GAIO, è la *mancipatio* romana vera e propria, mentre quella di cui sono capaci i Latini è ben diversa ed è fondata sul diritto latino. Il diritto dei *Latini veteres* non si dispaia che in piccola parte da quello dei Romani; nè occorre spendere parole per provare questa che è una verità derivante dalla comunanza d'origine e di condizioni sociali.

Come v'è una *mancipatio* propria dei Romani, così ve n'è una propria dei Latini. Onde la concessione del *commercium*, a tale riguardo, significa semplicemente questo, che ai Latini vien concessa la capacità di acquistare la proprietà romana usando della loro particolare *mancipatio*. Non resta nulla, dunque, dell'argomento analogico in favore della inclusione nel *commercium* della *in iure cessio*, la quale inoltre non può considerarsi se non dal punto di vista puramente romano.

Altro argomento su cui si basano il MITTEIS ed il WLISSAK è quello tratto dalle norme romane intorno agli *iudicia*. È noto che gli *iudicia* della nuova procedura formulare si dividono in *i. legitima* e in *i. quae imperio continentur*. I primi (v. GAIO, 4. 103-109) sono ordinati in Roma od in un raggio di un miglio intorno a Roma, dinanzi all'*unus iudex* cittadino romano, fra parti le quali sono cittadini romani. Basta che uno di questi tre requisiti faccia difetto perchè lo *iudicium* rientri nella seconda categoria, quella degli *i. quae imperio continentur*. Lo *iudicium legitimum* non si ha, dunque, se le parti non sono cittadini romani. E poichè lo *iudicium legitimum* non è altro se non la *legis actio* trasportata nel processo formulare, si può indurre con sicurezza che anche la *legis actio* non potesse costituirsi se non fra cittadini romani. Non che il Latino od il peregrino fossero privi di protezione processuale in Roma, ma a questa protezione intendevano altri organi ed altre forme (*praetor peregrinus, recuperatores*) diversi da quelli destinati ai cittadini romani.

§ 96.

Anche a nostro avviso, quindi, la *legis actio* non deve andare compresa nel *commercium* concesso ai Latini.

Ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

Ne addurremo ancora un altro: quello della *sponsio*. Essa costituisce il tipo del contratto verbale romano antico. Le fonti la dicono *propria civium Romanorum*, a differenza della *stipulatio*, della quale si dichiara espressamente che possono parteciparvi anche i non romani (1).

Ora, appunto la *sponsio* ci può dimostrare, che, se da un canto esiste una identità originaria fra il diritto latino e quello di Roma, d'altro canto il diritto di Roma andò rapidamente evolvendosi, mentre quello latino rimase arcaico e si fossilizzò. Una delle funzioni originarie più importanti della *sponsio*, in Roma, era quella di servire alla conclusione degli sponsali. Il padre della donna si obbligava con quel contratto a dare in matrimonio allo sposo la propria figlia. Lo stesso avveniva nel Lazio: GELLIO (4. 4) ci attesta che quivi erano in uso gli sponsali obbligatori, e li presenta come una duplice *sponsio*, una promessa di dare in moglie e una promessa di riceverla. Ma mentre in Roma, per l'uso dei matrimoni liberi, e per l'avversione sentita contro tutto ciò che poteva apparire come una coazione al matrimonio, la *sponsio* andò perdendo ogni efficacia obbligatoria, nel Lazio, in-

(1) La *sponsio*, secondo alcuni, derivò immediatamente dagli antichi giuramenti del diritto sacro. Nacque — dice il PEROZZI *op. cit.* II, pag. 164 — per una laicizzazione dei giuramenti obbligatori che usavano fare in antico chiedendo una parte all'altra se giurava che accadrebbe un fatto suo od altrui e giurando questa come voleva l'interrogante. Laicizzatosi, fu considerato risultante della domanda e della risposta. Precisamente nella storia la stipulazione consiste nella domanda orale fatta in latino da una parte all'altra se le promette una prestazione, alla quale domanda segue immediatamente la risposta congruente affermativa dello interrogato. Originariamente i cittadini usavano, ad esprimere la promessa, solo del verbo *spondeo*.

vece, essa continuò ad importare un debito, dal quale derivava l'obbligo del risarcimento in caso di mancata prestazione.

È questa una nuova prova che i due popoli possono aver avuto istituti simili, senza aver avuto comunione di diritto. L'istituto identico ha solo subito un movimento giuridico differente: ecco tutto ciò che si può affermare. Conseguentemente la *sponsio* romana non fu quella latina; e per questo riguardo non potè darsi comunione di diritto fra i due popoli. Perciò GAIO parla della *fidei promissio*, ma non della *sponsio*, a proposito dei Latini, benchè l'un popolo e l'altro posseggano questo ultimo contratto.

Alla stessa stregua può affermarsi l'esistenza di una *obligatio litteris* romana e di una *o. l.* non romana, delle quali la prima non può farsi, e la seconda può farsi dal Latino.

Concludiamo questa trattazione sulla quale ci siamo abbastanza soffermati: deve ritenersi erronea, a nostro avviso, l'opinione comune la quale afferma che *commercium* significhi la partecipazione al godimento dei diritti civili romani. Questa opinione pecca per eccesso, mentre pecca per difetto la definizione tramandataci da ULPIANO. Noi crediamo solo questo: che in base alla concessione del *commercium* i Latini avevano diritto allo scambio secondo il diritto romano, ma vi erano tuttavia altre forme che, pur essendo simili nell'uno e nell'altro diritto, non venivano considerate come concesse contemporaneamente al *commercium*.

§ 97.

*Conubium*. È la condizione relativa, necessaria perchè due persone possano contrarre giuste nozze. Fin verso la metà del quinto secolo di Roma, anche dentro la cerchia della Città il *conubium* non esisteva fra tutti i cittadini; era, infatti, escluso il matrimonio fra patrici e plebei. Dopo la *lex Canuleia* (445 a. C.) anche questi matrimoni furono permessi. Si capisce, poi, che nella sfera stessa della cittadinanza romana vi sono individui che non possono contrarre giuste nozze perchè, in generale, non sono idonei a contrarre matrimonio (es. gli impuberi).

*Commercium* e *conubium* sono dunque gli elementi sostanziali della capacità di diritto privato dei cittadini romani.

§ 98.

Vediamo, ora, come si diventi cittadini. Si diventa cittadini con la nascita, o lo si può diventare in seguito. È cittadino fin dalla nascita chi viene procreato da individui congiunti in giuste nozze. In questo caso si guarda alla condizione del padre nel momento del concepimento, senza riguardo ai mutamenti di stato che abbia potuto subire in seguito. Se non vi siano giuste nozze si guarda alla condizione della madre nel momento del parto, senza riguardo ai mutamenti di stato che essa abbia potuto subire durante la gestazione. V'è differenza a questo proposito fra la determinazione della condizione di cittadinanza, e quella della condizione di libertà, poichè — come abbiamo già veduto — *favore libertatis* nasce libero chi è procreato da donna che si è trovata anche per un solo istante libera durante il periodo di gestazione.

Una *lex Minicia* (per evitare quella che si riteneva una mescolanza indegna del nome romano col nome straniero) dispose che il figlio di una romana e di un peregrino dovesse seguire la condizione del padre. Secondo GAIO (I, 80 già riportato) i figli dei Latini furono sottratti alla applicazione di essa da un senatoconsulto dei tempi di Adriano. Bisogna tener presente anche sotto questo punto di vista la condizione privilegiata dei Latini. Fu stabilito che, se per errore una cittadina romana si fosse unita ad un latino credendolo romano, *erroris causa probata* il figlio dovesse considerarsi cittadino.

In effetti, qui mancava il fondamento all'applicazione della *L. Minicia*, perchè questa tendeva ad ostacolare il capriccio, la perversa volontà delle donne romane, avide di congiungimenti esotici.

La cittadinanza può esser accordata per manumissione, per legge speciale del Popolo romano, o per concessione dell'Imperatore. Con legge del popolo può venire concessa a tutta una

città direttamente (*lex lata*) o a singoli individui di una città, la scelta dei quali è affidata ad una commissione di cittadini romani muniti di pieni poteri, oppure ad un magistrato romano (*lex data*).

§ 99.

A canto ai *cives* ed ai *cives sine suffragio* (cittadini appartenenti a stirpi italiche, ai quali non furono concessi i diritti politici, per punirli della loro ostilità a Roma) troviamo i Latini, distinti nelle tre classi di *l. veteres*, *l. coloniarum*, *l. iuniani*.

I primi sono gli abitanti dell'antico Lazio, o quelli ad essi assimilati. Dal contatto di Roma con queste popolazioni si originò ben presto una certa comunanza e reciprocanza di diritto. Così i *latini veteres* che avessero trasportato in Roma il loro domicilio acquistavano la cittadinanza romana, come per contrario acquistavano la cittadinanza del domicilio latino i Romani che si stabilivano in una città latina. I *latini veteres* avevano il *commercium*; il *conubium* veniva concesso a singole città o a singole persone. In conformità ad una istituzione che risale ai tempi della lega latina, per cui ogni membro della lega, presente in una delle città che ne fanno parte, vi poteva votare, essi hanno diritto di votare in Roma; ed ancora ai tempi di CICERONE prima dello scrutinio si sorteggiavano le tribù in cui dovevano votare.

I *latini coloniarum* rappresentano una nuova condizione che si è andata formando nelle lotte dei popoli italici per ottenere la cittadinanza romana. Probabilmente questo nome è derivato dal regime inferiore imposto dal 486 in poi a Rimini e ad altre 11 *coloniae* (*duodecim coloniae*). Sotto il nome di *latini coloniarum* vengono opposti ai *latini veteres*, talvolta i coloni stabiliti da Roma in Italia, e talvolta quelle popolazioni gratificate da Roma dello *ius Latii* (spesso regioni intere, come la Spagna, nel periodo imperiale).

§ 100.

Vengono ultimi i c. d. *Latini iuniani* i quali godono della libertà ma non della completa cittadinanza. Sostanzialmente la la-

tinità iuniana si forma per ciò, che la manumissione non è avvenuta nei modi solenni. In tale ipotesi, secondo l'antico stato di cose romano, la manumissione dello schiavo non produceva efficacia giuridica; mano mano il pretore interpose la sua autorità per impedire che il padrone, abusando della condizione irregolare in cui aveva posto il proprio schiavo, gli togliesse la libertà che, di fatto, aveva voluto donargli. Il pretore non permette che colui il quale ha concesso il beneficio della libertà in modo meno solenne agisca a danno dello schiavo che vi ha fondato una legittima aspettativa: conseguentemente nega la *vindicatio in servitatem* al padrone, che vuole assoggettare nuovamente lo schiavo liberato. La *lex Iunia Norbana* ha dato efficacia giuridica completa a questo stato di fatto, che era stato già regolato per consuetudine e per l'intervento pretorio. Lasciamo da banda le dispute sul tempo della sua formazione: certo è che la *lex Iunia* parificò questi schiavi irregolarmente liberati ai *latini coloniarii*. La condizione dei latini iuniani e dei *l. coloniarii* è, in vita, sostanzialmente identica. Essi hanno il *commercium*, e, a differenza dei *l. veteres*, non hanno il *conubium*; ma, come questi, mancano dello *ius honorum*. I *l. iuniani* acquistano per se stessi, come i *l. coloniarii* ai quali sono parificati, e per ciò possono disporre del loro patrimonio; ma non possono, a differenza dei *l. coloniarii*, disporre per atto a causa di morte, perchè la libertà, di cui godevano in vita, si considera cessare nel momento in cui vengono a morte, e quindi i loro beni tornano all'antico padrone, non a titolo ereditario ma a titolo di peculio. Dei *latini iuniani* si dice, appunto, che vivono liberi e muoiono schiavi.

La latinità iuniana può acquistarsi anche in altri modi; ad es., sempre in forza della stessa legge, il padrone che ha uno schiavo semplicemente *in bonis*, col manometterlo, gli fa acquistare la sola latinità iuniana; in virtù di un editto di Claudio, lo schiavo diventato libero per essere stato abbandonato vecchio e malato, acquista la latinità iuniana; in virtù della *l. Aelia Sentia* lo schiavo minore di 40 anni che non sia stato manomesso *vindicta*,

dopo aver dimostrato la giusta causa dinanzi ad uno speciale consiglio, diventa anch'egli latino iuniano.

§ 101.

Da Latini si può diventare cittadini in varii modi. Abbiamo già visto che i Latini *veteres* (1) ed i *coloniarii* possono diventarlo per naturalizzazione — diretta o delegata. Inoltre i *latini* acquistano la cittadinanza in virtù di varie disposizioni tendenti a favorire la celebrazione dei matrimoni e la fecondità (2), di altre disposizioni tendenti a favorire il buon andamento dei pubblici servizi della capitale (3), per via di *iteratio* ripetendosi in forma legale la manumissione avvenuta irregolarmente; e finalmente per privilegio imperiale. Di tutti questi modi nei quali i Latini possono pervenire alla cittadinanza GAIO tratta lungamente nelle sue *Institutiones* (I, 28-35), ma poichè egli non accenna a quale delle tre categorie di Latini intenda riferirsi volta per volta, è sorta la questione se questi modi siano applicabili a tutte e tre oppure a parte di esse, e a quali. Il MOMMSEN pensava che il discorso di GAIO si riferisce ai soli *l. iuniani*; ma ciò non è vero sempre, quantunque sia vero per la maggior parte dei casi presentati.

(1) Questi, si ricordi, divengono anche cittadini, per beneficio di legge, col trasportare in Roma il proprio domicilio.

(2) *Erroris causae probatio* (GAI. *Inst.* 1,28—31): quando il Latino ha creduto di sposare una romana, dimostrato l'errore, egli ottiene la cittadinanza. *Anniculi causae probatio* (GAI. *l. c.*): quando il Latino ha sposato una romana od una latina (coloniaria, o iuniana) dinanzi a sette testimoni romani puberi, e sia nato un figlio, egli può, non appena il figlio ha raggiunto l'anno d'età, ottenere la cittadinanza per sè per la moglie e pel figlio. *Ter enixa*, quando una latina ha partorito tre figli (ULP. *Reg.* 3. 1).

(3) *Militia* diventa cittadino il latino che ha servito per sei anni (in seguito, tre anni) nel corpo dei *Vigiles* di Roma. *Nave*, il latino che ha costruito una nave della portata di 1000 moggi di grano e l'ha adibita per 6 anni al trasporto. *Pistrino*, il latino che ha esercitato l'industria del mugnaio in Roma per tre anni. *Domo* il latino che ha edificato una casa in Roma spendendovi la metà del suo patrimonio.

Ormai, dopo che lo stesso MOMMSEN si è ricreduto su questo punto, si è d' accordo nel ritenere che dalla esposizione gaiana restino esclusi i *l. veteres*, e vi siano invece compresi talvolta i *l. coloniarii* oltre che gli *iuniani*.

Di *peregrini* si può parlare in due sensi. In un primo senso noi intendiamo per *peregrini* tutti gli individui che sono veramente stranieri allo Stato romano, e quindi non sono legati ad esso da alcun rapporto. In questo senso, molto antico, essi vengono chiamati per lo più *hostes*. Ma nel diritto classico la parola *peregrini* designa tutti gli stranieri che si trovano compresi entro la sfera dello Stato romano, i quali, pur non essendo latini, sono sudditi di Roma e con essa sono stretti da trattati. Una particolare categoria di peregrini è quella dei *dediticii*, costituita dagli stranieri che, dopo essere stati debellati da Roma, hanno capitolato: essi si trovano in una condizione inferiore, molto prossima a quella degli schiavi, perchè, pur trovandosi sottomessi a Roma, non possono annodare con essa alcun rapporto, non avendo ricevuto statuto locale (1), nè possono mai aspirare a conseguire la cittadinanza.

§ 102.

I peregrini normali vivono con la propria legge nazionale, quindi la legge personale regola i rapporti dei peregrini fra loro, ed i negozi in cui entra un solo peregrino (ad es. il testamento): in queste ipotesi il giudice romano deve giudicare a stregua delle leggi straniere personali. Nei casi in cui il rapporto giuridico passi tra romani e peregrini, il giudice deve applicare lo *ius gentium*, che è una specie di diritto comune a tutte le genti dell'Impero (2). Qui il *praetor peregrinus*, qui lo *iudicium quod imperio*

(1) GAI *Inst.* I, 26: pessima itaque libertas eorum est qui dediticiorum numero sunt...

(2) Lo *ius gentium* si è venuto formando nei tribunali dei *recuperatores* ed in questi rapporti internazionali, che esigevano un particolare e privilegiato trattamento a fine di non inceppare i movimenti del traffico. V. FADDA, *Istituti commerciali del dir. romano*, § 57 seg.

*continentur*, qui il Tribunale proprio dei *recuperatores*; chè ai peregrini non è negata la possibilità di far valere le proprie ragioni in giudizio entro la capitale stessa. Pare, anzi, che per trattati o materie speciali potessero anche servirsi della *legis actio*; e certamente erano ammessi a valersi della procedura formulare dinanzi ai Tribunali romani: soltanto le forme differivano nei loro riguardi. Così, nella procedura formulare (GAI 4,37), per poter consentire al peregrino di intentare certe azioni che il diritto gli accordava, bisognava fingere nella formula che egli fosse cittadino: « si civis Romanus esset ». Dicasi lo stesso pel caso inverso in cui un romano fosse autorizzato ad intentare un'azione contro il peregrino.

§ 103.

I peregrini possono acquistare la cittadinanza o per beneficio di legge o per naturalizzazione. Esempio del primo caso si ha nella *l. Acilia repetundarum*, che accorda la cittadinanza al peregrino che faccia condannare un magistrato per concussione.

La naturalizzazione, che è un atto legislativo, può venir concessa in misura più o meno larga, ma normalmente essa è completa e comprende tutti i diritti civili e politici. Può essere concessa direttamente dal popolo o per mezzo di commissari incaricati.

Gli Imperatori furono sempre più generosi nel concedere la cittadinanza, finchè CARACALLA, nel 212 d. C. accordò il diritto di cittadinanza a tutti gli abitanti dell'Impero, per estendere a tutti l'imposta del 5 % sulle successioni (*vicensima hereditatum*). Ma pare che, per qualche rispetto, l'applicazione della costituzione di Caracalla sia stata limitata, perchè la distinzione tra cittadini, latini, e peregrini sussiste ancora dopo di lui e si mantiene fino a GIUSTINIANO. Sotto il quale, effettivamente, l'antica condizione di peregrino non esiste che per riguardo ai *barbari*, stabiliti alle frontiere dell'Impero.



§ 104.

Perdita della cittadinanza. Essa può essere volontaria o involontaria. La prima si verifica quando il cittadino romano trasporta il proprio domicilio in una città latina. Egli allora perde la cittadinanza romana e acquista quella della nuova città.

Oppure la cittadinanza si perde volontariamente con l'*exilium*. È questo un istituto classico di carattere tutto particolare. Allo scopo di evitare una condanna capitale (durante la Repubblica) il cittadino poteva abbandonare il territorio romano ed emigrare in paese straniero; perdeva allora la cittadinanza romana, almeno fino a che non ritornava in patria. Naturalmente egli sceglieva un territorio in cui gli fosse concesso di viver libero, e non un territorio nemico, in cui si sarebbe trovato prigioniero. Era dunque uno stato di cose creato dalla volontà del cittadino. Al suo ritorno si verifica, il c. d. *postliminium in pace*. Si intende che di solito egli tornerà quando nessun pericolo sovrasterà più sul suo capo. In caso contrario verrà instaurato contro di lui il procedimento penale.

Il *postliminium in pace* si differenzia dal *p. in bello*, il quale si verifica quando il cittadino ritorna da un territorio che è in guerra, o non ha trattati con Roma.

L'opinione comune ritiene che il cittadino prigioniero di guerra fosse considerato dai Romani alla pari di uno schiavo qualunque. Ma un'opinione sostenuta recentemente ammette che la condizione del cittadino prigioniero del nemico sia analoga a quella dello schiavo, non però costituisca vera e propria servitù. Analoga, nel senso che, fino a che dura quello stato di cose, il cittadino non goda nè eserciti i diritti che gli spettano; non sia però una vera servitù perchè il semplice fatto del ritorno lo ricolloca nello stato primitivo di esercizio e di godimento. Si tratterebbe dunque di una sospensione, non di una perdita, dei diritti.

A sostegno di questa opinione vengono addotte ragioni molto

gravi. Alcune cariche sacre, si dice, vengono considerate ancora appartenenti al *captivus* durante il suo stato di prigionia. Ciò non si sarebbe potuto ammettere dai Romani se veramente, ai loro occhi, il prigioniero fosse apparso come uno schiavo. E se tale fosse stato, perchè avrebbero negato la condizione di *sui iuris* al figlio o nipote, quando il padre o l'avo fossero in prigionia?

Noi pensiamo che il concetto non fosse ben definito neppure nella mente dei Romani: avranno chiamato servo il cittadino prigioniero del nemico, ma forse la possibilità di un ritorno avrà fatto sì che nessuno osasse pronunziare un'opinione recisa in tal senso: donde uno stato di cose intermedio. Nè vale addurre in contrario la disposizione per la quale il figlio di famiglia può contrarre matrimonio senza il consenso del padre quando questi sia prigioniero, perchè qui si tratta di una disposizione eccezionale ispirata dal bisogno pratico, così sentito presso i Romani, di non lasciar estinguere la *gens* o la *familia*, e in genere di non morire senza successori diretti.

Neppure è insormontabile l'obbiezione che anche il matrimonio si scioglie per la schiavitù del marito, perchè il matrimonio non è presso i Romani un vincolo così forte da costringere la donna a vivere in vedovanza. Noi abbiamo fin troppi esempi della facilità con cui in Roma si addiveniva al divorzio!

§ 105.

Il prigioniero, tornando in patria, riacquista interamente i suoi diritti, a riguardo dei quali lo si considera come se mai sia stato in potere del nemico. Non così si procede per tutto quanto costituisce circostanze di fatto (*res facti*), per il possesso — ad es. —, che è la *res facti* per eccellenza. Egli può riprendere il possesso; ma in tal caso non vien considerato come se sempre l'avesse avuto durante l'assenza. Quindi non giova pel computo del tempo nell'*interdictum utrobi*, e in generale non giova in tutti quei casi in cui il possesso è il fondamento all'acquisto di diritti (l'usuca-

pione, per es., è interrotta durante l'assenza, perchè essa non può aver luogo *sine possessione*).

Se il cittadino muore in prigionia, per la finzione della *lex Cornelia*, lo si considera come se mai sia stato in potere del nemico, o meglio, come se sia morto nell'istante anteriore a quello della cattura. Quindi non solo non cade il testamento, ma se non lo ha fatto, viene aperta la successione legittima in quel momento stesso in cui egli è diventato prigioniero. Ed è erede legittimo di lui l'agnato prossimio in quel momento. Questo è il portato della interpretazione giurisprudenziale.

#### Status familiae.

##### § 106.

Dobbiamo ancora studiare lo *status familiae*. Potremmo qui limitarci allo esame della condizione delle persone *sui iuris* e di quelle *alieni iuris*, poichè in queste due categorie si esaurisce tutto quanto ha riguardo allo *status familiae*. Ma per dare alla trattazione un carattere più organico, noi allargheremo il campo del nostro studio esaminando sotto queste due categorie l'intero diritto di famiglia.

GAIUS, I, 48 e 49.

Sequitur de iure personarum alia divisio. nam quaedam personae sui iuris sunt, quaedam alieno iuri subiectae sunt. Rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae sunt, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.

Dal punto di vista della condizione di famiglia vien fatta distinzione fra le persone *sui iuris* e le persone *alieni iuris*.

È persona *sui iuris* quella che dal punto di vista del diritto privato non dipende da altra persona, quindi il *pater familias*; è *alieni iuris* quella che, invece, è soggetta al potere altrui. Sono *alieni iuris* il *liber homo in mancipio*, lo schiavo, il figlio e la moglie *in manu*: fra tutte queste persone non esiste giuridicamente alcuna differenza per quanto riguarda la potestà, es-

sendo tutte sottomesse all'unico potere del capo di famiglia. Tanto è vero ciò, che la moglie si trova alla pari del figlio (*filiae loco*). Unica differenza che si scorge ed afferma nella terminologia giuridica è questa, che la potestà specificandosi assume nomi diversi (*mancipium* per lo schiavo, *potestas* per il figlio, *manus* per la moglie).

Senza dubbio il trattamento pratico della moglie e del figlio si è venuto differenziando sempre più profondamente da quello dello schiavo e della persona *in mancipio*; ma non bisogna dimenticare che anche la donna e il figlio erano strumenti di acquisto e di commercio in mani del capo di famiglia, e che questa *patria potestas*, che fu chiamata la pietra angolare della famiglia romana, consiste nelle origini nel potere unico ed indistinto del capo del gruppo su tutti gli elementi reali e personali onde il gruppo si componeva. La famiglia romana ci si presenta infatti come una famiglia rigorosamente costituita sul tipo patriarcale agnatizio, nel quale il potere è accentrato in un'unica persona di sesso maschile. Enorme è perciò la differenza fra la famiglia quale si delinea nei primi tempi storici di Roma, e la famiglia come è costituita nel tardo periodo imperiale, in specie dopo lo accoglimento della religione cristiana. Ai tempi di Giustiniano, come del resto anche attualmente, la famiglia si basa non solo sulla parentela maschile ma anche su quella femminile: nel nostro diritto poi la potestà viene esercitata dal padre e dalla madre insieme, sebbene quello conservi sempre una certa prevalenza. Assai si allontana da questa la primitiva famiglia romana: anche in Roma primitiva si sono verificate certe figure di rapporti tra uomo e donna, certi aggruppamenti di persone, che si sono constatati nei regimi primitivi della società umana, e presso i popoli che anche oggi vivono in uno stato di civiltà rudimentale. Se per il puro diritto romano noi siamo costretti a negare l'esistenza di elementi storici i quali attestino indiscutibilmente che una qualunque di queste forme originarie siasi verificata in Roma, non mancano però le circostanze, e soprattutto non possono tenersi in spregio le forti indagini moderne sulla giurisprudenza etnologica, in base

alle quali deve ammettersi che anche per quanto si riferisce alle stirpi anteriori a Roma siansi verificati alcuni di questi periodi primitivi.

§ 107.

In una prima forma della società umana si verifica il c. d. *eterismo*, cioè l'unione promiscua, la mancanza del matrimonio individuale entro una data cerchia sociale. Qui la donna è di tutti. Qualche scrittore si è rifiutato di ammettere che la razza umana sia passata per un periodo di così detta *brutalità*. Ma per convincersi della infondatezza di questi scrupoli sentimentali, basta osservare ciò che avviene anche oggi presso molte popolazioni selvagge dell'Africa. Altri obietta che è impossibile questa forma deteriorata negli individui umani, se negli animali stessi di razza superiore non si può riscontrarla. Ma fu giustamente risposto, che spesso la bestia umana è più bestiale — se così vuolsi — degli altri animali; tanto è vero che il cannibalismo è una specialità umana. Chè, anzi, v'è persino tra i selvaggi una forma di cannibalismo gerarchico, per cui il figlio deve preferire ad altri bocconi, forse più nutrienti, quello del proprio genitore.

Non vi sono, dunque, serii motivi per negare l'esistenza di questo periodo di promiscuità. Del resto se ne hanno prove anche a proposito della preistoria greca. Riferisce la tradizione che durante la guerra tra Messene e Sparta, i guerrieri spartani assediati Messene avevano fatto voto di non tornare in patria se prima non avessero abbattuto la città nemica. L'assedio durava da dieci anni, ed in Sparta non erano rimaste che le donne e i vecchi. Il pericolo di una stasi nella propagazione della stirpe era grave, ed era duro abbastanza per gli spartani lontani il pensiero di ritrovare la città popolata. Decisero allora di rimandare in patria tutti i giovani che prima, fanciulli, non avevano giurato. Essi furono inviati in sostituzione dei genitori.

§ 108.

Dall'eterismo si passa ad un'altra forma che costituisce una modificazione di esso, perchè si fonda egualmente sulla comunione della donna. Si verifica in questo secondo periodo il fenomeno della formazione sociale in gruppi separati e contrassegnati da simboli particolari, i quali consistono in animali protettori del gruppo (*totemismo*). Ogni animale protegge il suo gruppo; e si crede in una trasfusione delle anime dei defunti nell'anima della bestia protettrice. In questa forma della società umana avvengono i matrimoni incrociati, nel senso che tutti gli uomini di un gruppo possono accoppiarsi soltanto con tutte le donne di un altro gruppo, e viceversa.

Si ha quindi uno scambio di mogli da gruppo a gruppo.

In entrambe le forme, dell'eterismo cioè e del totemismo, non può parlarsi di matrimonio come noi lo intendiamo: unica guida è qui l'oscuro istinto della propagazione della specie. Nondimeno in questa seconda forma può già verificarsi l'adulterio, quando la donna di un gruppo abbia rapporti con uomini del proprio gruppo, o con uomini che non appartengono al gruppo destinato. Un adulterio abbastanza complicato, come si vede!

Durante queste forme si svolge gradatamente l'unione monogamica. Si comincia con lo stabilire un periodo di tempo durante il quale la donna deve aver rapporti con un solo uomo (se ne hanno esempi anche attualmente nell'India), dopo del quale avrà rapporto con un altro, e così di seguito. Durante questi singoli periodi si ha dunque l'esclusività del possesso della donna.

Ma, soprattutto, l'unione monogamica si viene stabilendo col mezzo del ratto e della compra della donna, perchè queste due circostanze sono appunto le più adatte a radicare nell'intelletto umano i concetti della proprietà.

L'uomo che ha rapito o acquistato la donna, la considera come cosa propria per eccellenza. Ciò prova ancora una volta come le nostre figurazioni ideali traggono più spesso origine da circostanze di ordine assai basso.

E qui ci viene in mente la riflessione ispirata ad un Capo selvaggio dal matrimonio monogamico dei popoli civili. Al viaggiatore che gli descriveva le differenze tra il nostro matrimonio e quello della sua gente, il selvaggio ribattè: Ma tra voi avviene come tra le scimmie!

§ 109.

L'unione monogamica comincia, dunque, a manifestarsi nelle forme accennate. E del ratto e della compra si hanno tracce nella tradizione e nel diritto di Roma. Nella tradizione, col ratto delle Sabine; nel diritto, con la forma della *cöemptio*, per la quale il matrimonio avviene in seguito ad un acquisto simbolico.

Ora, mentre nelle due prime forme di unione il figlio ignora qual sia il proprio padre, e quindi segue la madre o il gruppo a cui la madre appartiene, nella forma monogamica per compra o ratto, il figlio appartiene al padre, e questo segue. Il matriarcato è conseguenza quasi necessaria della promiscuità, come il potere del padre sul figlio, nel matrimonio monogamico, è conseguenza della proprietà che l'uomo ha acquistato sulla donna. Per la compra e per il ratto il parto appartiene al padre, allo stesso titolo per il quale il parto appartiene al proprietario dell'animale che ha partorito.

In questa forma rudimentale di unione deve rintracciarsi l'origine del potere del capo; tanto è vero che la forma primitiva della patria potestà si presenta come un diritto di proprietà.

E poichè i rapporti giuridici non hanno una consistenza assoluta in forme stabili ed uguali di diritto, ma si adattano all'ambiente nel quale sorgono, e si modificano con esso, avviene in Roma quello stesso fenomeno che si verifica, anche in tempi avanzati, presso popoli che hanno una civiltà inferiore o regressa. Dapprima, cioè, si ha un potere unico ed indistinto, una proprietà che non si differenzia col differenziarsi degli oggetti sui quali cade, siano essi uomini o cose (*manus*). Così, durante l'epoca feudale, tutti i diritti prendevano la forma della proprietà, di una

proprietà che dallo Imperatore discendeva « per li rami » fino all'ultimo vassallo; e ciò appunto perchè ogni diritto aveva forma patrimoniale.

« È oramai un punto quasi pacifico che la *manus* originaria-  
« mente abbia avuto un significato larghissimo, in cui rientra-  
« rono tutte le figure che poi ebbero nome e fisionomia speciale:  
« il potere sulla moglie, sui figli, sul pupillo, sugli schiavi, sulle  
« cose. E questo passaggio dal semplice al molteplice risponde  
« alla legge di evoluzione (1) ».

Adunque il capo domina tutto il gruppo e su tutte le cose collegate al gruppo. Ma il gruppo ha carattere diverso a seconda della sua estensione diversa. In ordine degradante abbiamo la *civitas*, la *gens*, gli *agnati*, la *familia*. A differenza della *civitas* moderna, che è una collettività indistinta di individui, quella antica non rappresenta che una coordinazione di gruppi, di *gentes* che stanno l'una accanto all'altra (2) e che sono organismi soprattutto d'indole politica. Ed è grave errore, come opportunamente rileva il BONFANTE, considerare questi gruppi come fondati sulla parentela, perchè l'elemento comune che cementa tra loro gli appartenenti è la *potestas* del capo.

Nella *gens* è compresa la *familia*; e le *gentes*, a loro volta, si riuniscono in tre tribù, le quali formano la *civitas*. La fusione e l'accentramento di tutti questi gruppi in un organismo unico ha per scopo principale la comune difesa. A questo intento si ispirano la centralizzazione dei poteri, e la centralizzazione territoriale. Quelli sono in numero ancora esiguo, e vengono affidati ad uno o due capi. La centralizzazione territoriale si limita da principio alla creazione di un'*arx* o fortezza comune, e di un luogo di riunione atto agli scambi ed alle votazioni. Tale è la *civitas* primitiva.

(1) FADDA, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del neg. giurid.* 1909, p. 8.

(2) MOMMSEN, *Disegno del diritto pubb. romano.* (Traduz. di P. BONFANTE) pag. 2.

## § 110.

La *gens* si caratterizza per un elemento comune: il nome gentilizio; ma questo elemento non è, come pensarono gli antichi e come pensa tuttora la maggior parte dei moderni, un indice di discendenza comune. CICERONE, il quale prende la *gens* come esempio fra le cose di difficile definizione, è anch'egli in quell'ordine di idee errato. E l'errore che inficia la definizione ciceroniana, inficia — ripetiamo — tutta la tradizione romana al riguardo, e quasi tutte le definizioni moderne. Poichè la *gens* aveva, nel periodo primitivo, una funzione eminentemente politica; ed il *pater*, non era colui che aveva generato tutti gli altri, ma il capo, il detentore del potere sovrano non solo sugli individui da lui procreati, ma anche su quelli estranei, che glielo avevano riconosciuto. La *gens* si accresceva naturalmente per la discendenza dei primi individui organizzati, ed artificialmente anche per il sopravvenire di individui che si ponevano sotto la protezione di essa (*clientes*) od al suo servizio (*servi*). I *gentiles* si dovevano reciproco soccorso, tanto è vero che il riscatto del gentile caduto prigioniero era pagato dagli altri gentili attivi, e passivi (i clienti); ed avevano cerimonie religiose comuni, che erano dette *sacra gentilicia*, per distinguerle dai *sacra popularia* e *publica*, e dai *sacra privata* (1). I *sacra gentilicia* erano le cerimonie religiose celebrate dal gruppo gentilizio, come collettività, e con l'intervento del capo. Si rispecchia in queste cerimonie il carattere sacro

(1) *Sacra popularia* sono quelli ai quali partecipa individualmente ciascuno che faccia parte del popolo. *Sacra publica* sono invece quelli che vengono celebrati dal popolo come collettività, e quindi con l'intervento ufficiale dei rappresentanti del popolo. Così le *actiones populares* spettano a qualunque cittadino come tale (*civis de populo*) per un interesse e per ordine pubblico; e ciò non solo nel senso che il complesso di tutti i cittadini affida a qualunque di questi la cura di promuovere la tutela degli interessi comuni, ma anche nel senso che il cittadino può agire *iure proprio* per quel diritto che anche a lui spetta come cittadino.

del legame gentilizio: legame fortissimo, dunque, in quanto si impernia sopra tutto sul *fas*.

Anche nella successione e nella tutela che — come già notammo — è alla prima parallela, si riflette l'importanza del vincolo gentilizio.

Anticamente era la *gens* quella che succedeva quando una *familia* in essa compresa veniva a scomparire con la morte di un individuo senza discendenti: allora il patrimonio del defunto tornava a confondersi nella proprietà collettiva della *gens*. Questo ritorno si concreta nei tempi storici nel diritto di successione spettante ai *gentiles* quando non vi siano *heredes sui* ed agnati. Per quella corrispondenza notata, avviene lo stesso circa la tutela: la quale spetta ai *gentiles* quando manchino i tutori agnati.

## § 111.

Nella evoluzione del diritto di Roma il significato di *familia* viene distinguendosi e riferendosi a figure diverse, delle quali qui, sopra tutto, occorre mettere in rilievo due, e cioè la famiglia *iure proprio* e la *f. iure communi*. La prima, per quanto si riferisce alla sua cerchia, coincide sostanzialmente con quella che noi siamo soliti chiamare famiglia in senso stretto. Ma la differenza sta in ciò, che la famiglia nostra è fondata essenzialmente sul vincolo del sangue, mentre la *f. romana* è unificata dalla *potestas* del capo e si fonda sulla agnazione. La famiglia *iure proprio* si impernia nel suo capo, il *pater familias*, e i dipendenti sono o figli naturali o adottivi, o *loco filiae* come la moglie. La famiglia moderna invece, per quanto riconosca un'autorità direttiva al marito, pone allo stesso livello da un canto i genitori, dai quali, dall'altro canto, fa dipendere i figli. Così che, per i Romani, mentre uno è *pater familias* sol che sia *sui iuris* e quindi anche quando non abbia sotto di sé persone che ne dipendono nè moglie nè figli, anche se sia appena nato, non si può dire d'altro canto che famiglia esista quando di fronte al *pater familias* non vi siano persone costituenti il nucleo familiare.

Ove però si pensi che nei tempi primitivi la podestà del capo, la *manus*, aveva carattere unitario e investiva ugualmente e indifferentemente tutte le persone, libere o no, e tutte le cose, il significato di famiglia sotto questo aspetto assai più largo era indipendente dalla esistenza di matrimonio e di prole ed abbracciava qualunque degli elementi, reali o personali, su cui il capo esplicava la sua potestà. Ma per quanto è della famiglia *iure proprio*, essa naturalmente non può concepirsi se non in quanto vi sia matrimonio e discendenza.

§ 112.

La famiglia *iure communi* comprende tutte quelle persone che discendono da un comune stipite o che si fingono discenderne, e che, ove questo stipite vivesse ancora, sarebbero tutte quante soggette alla potestà di uno.

La agnazione, checchè si sia detto in contrario, non ha limiti di grado, come per contro, secondo vedremo, li ha la cognazione. Nè può fare difficoltà l'obbiezione che se l'agnazione avesse comprensione illimitata non si saprebbe come sceverarla dalla *gens*, che, pur essa, suppone l'esistenza di uno stipite comune. Infatti la comune discendenza dallo stipite nella *gens* è puramente supposta appunto per la comunanza del nome che accenna a tal discendenza. Per quanto la figura precisa della *gens* sfugge alla nostra percezione, non avendo essa importanza pratica nel periodo classico, tuttavia, come appare dalla definizione ciceroniana, si tratta in essa di un gruppo politico entrato a comporre la *civitas* e contraddistinto da un nome comune. GAIÒ (III, 17) così scrive:

Qui sint.... gentiles, primo commentario rettulimus; et cum illic admonuerimus totum gentilicium ius in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco de ea re curiosius tractare.

Il rinvio fatto al primo libro resta senza contenuto perchè nella parte conservataci non troviamo la indicata definizione e trattazione della *gens*. È stato giustamente congetturato essere verosimile che Gaio abbia parlato della *gens* nella lacuna rispondente

al parag. 164 a. Ad ogni modo l'affermazione della desuetudine è decisa, così che non vi è pericolo di confusione pel diritto classico tra *adgnati* e *gentiles*. E per quanto si riferisce al tempo anteriore, è facile delineare le due cerchie tra cui si teme la confusione. Infatti, lo stipite comune che determina l'*adgnatio* è persona certa, ben nota per ogni riguardo. Mentre, come dicemmo, lo stipite comune della *gens* è del tutto ignoto ed è supposto per spiegare la formazione e il successivo mantenimento della collettività gentilizia. Io credo anzi che si possa avanzare una congettura, che, se colpisse giusto, determinerebbe con precisione il confine della cerchia agnatizia. Alludo all'antico *consortium*, che stringeva necessariamente nella comunione di tutti i beni i discendenti di un *pater familias*. Alla morte di costui gli *heredes sui* non ripartivano i beni, venendo così a formare tante famiglie e tanti patrimoni quanti essi erano, ma continuavano nel dominio e nella potestà di tutti gli elementi della famiglia paterna, mantenendo così il gruppo familiare anche dopo la scomparsa del capo. Alla morte di uno di questi *heredes sui*, i discendenti non acquistavano il diritto di dividere la eredità comune ritirandone la propria quota, ma invece subentravano nella posizione del loro padre. S'intende facilmente che questa continuazione della comunione stringeva in un unico gruppo tutti gli aventi diritto, e che a cementare questa unione interveniva il ricordo dell'antica unità di dominio per parte dello stipite scomparso. Naturalmente quando la legge delle XII Tavole tolse questo consorzio coatto, inseparabile, come lo chiama *Aulo Gellio*, e introdusse lo *iudicium familiae erciscundae*, con cui gl'interessati potevano ottenere la divisione, la consistenza del gruppo agnatizio, come tale, venne meno e rimase solo il concetto della parentela civile fondato appunto sul ricordo della antica potestà che esplicava ora questo solo effetto. Ed a rafforzare il concetto di un vero e proprio gruppo agnatizio anteriore alla legge decemvirale stà la etimologia stessa della parola *adgnatio*, su cui giustamente ha richiamato l'attenzione il BONFANTE. Chi ponga a raffronto le tre espressioni *ad-optio*, *ad-rognatio*, *ad-gnatio*, intende subito che si

tratta di tre forme di aggregazione, di agguinzione ad una determinata cerchia. Come le prime due accennano a l'aggiunzione artificiale per via di negozio giuridico privato o di deliberazione comiziale, così la terza accenna all'accrescimento per via di nascita. Il che si verifica non solo per le collettività formate da uomini, ma anche per quelle costituite da animali. Onde si dice, per es. degli agnelli che nascono e accrescono il gregge, che essi *adgnascuntur*. Gli è vero che lo *adgnasci* è comune a tutti i gruppi familiari, ma l'essere rimasto proprio esclusivo alla parentela civile fa legittimamente presumere che una volta anche questa parentela abbia costituito un gruppo intermedio tra la *gens* e la *familia*.

§ 113.

L'agnazione si computa per gradi. Ogni grado è costituito da una generazione e suppone quindi un generante ed un generato. Nella linea retta ascendente e discendente la parentela è determinata dalla somma dei gradi che corrono tra le persone in questione. E così, tra padre e figlio vi è un grado; tra avo e nipote vi sono due gradi. Nella linea collaterale il grado si determina sommando le generazioni delle due linee che congiungono le persone in questione al comune stipite. E così, due fratelli trovansi in secondo grado; lo zio col nipote *ex fratre* sono in terzo grado; i figli di fratello si trovano nel quarto grado.

La parentela civile si considera come fondata sul vincolo del sangue: cosicchè l'agnato, per quanto possa essere legato da un mero vincolo civile come avviene nell'adozione, è supposto appartenere alla parentela del sangue. In sostanza l'*adgnatio* presuppone la *cognatio*.

Ma conviene che noi poniamo in guardia contro l'errore, in cui facilmente si può cadere ritenendo che la *cognatio* romana abbia l'identico significato della nostra parentela naturale fondata sul vincolo del sangue. La *cognatio* romana è un istituto schiettamente civile, che dal diritto riceve appunto certe limitazioni, le

quali la differenziano dalla schietta parentela naturale. Non vi è vera *cognatio* se non in base a giuste nozze. Ma sopra tutto la *cognatio* romana ha questo di caratteristico, che essa può sussistere soltanto fra persone che abbiano coesistito almeno per un istante, sia pure come *spes hominis*, in *utero matris*. Secondo questo concetto ad es. il nipote non è cognato del proprio avo se egli sia stato concepito dopo la morte di questo.

A differenza della *adgnatio*, la *cognatio*, che pur si computa allo stesso modo, è limitata normalmente sino al 6° grado ed eccezionalmente fino al 7°.

La importanza della *cognatio* e la sua influenza giuridica, minime dapprima, vennero grado a grado acquistando terreno. Mentre per lo innanzi la *cognatio* si può dire giuridicamente rilevante solo in quanto entro certi limiti costituiva impedimento al matrimonio, — il che del resto avveniva anche per la *cognatio servilis* — servì successivamente di base a continue modificazioni del diritto. Basti ricordare, che l'editto pretorio appunto nel capo *unde cognati* chiamò alla successione questi parenti del sangue. Ma—si noti bene—il pretore prese la *cognatio* così come la trovò nella vita giuridica romana e quindi con quella particolare configurazione che noi abbiamo sopra ricordato.

Al qual riguardo non sarà inutile accennare ad uno dei problemi più gravi che nell'epoca moderna si è presentato e si presenta ai legislatori: quello sul limite entro cui la successione legittima deve essere attribuita ai cognati, ossia ai parenti del sangue.

La grande maggioranza delle leggi pone un tal limite, sia pure in varia misura. Così, mentre qualche legislazione, imitando il diritto romano, non va al di là del 6° grado, la nostra giunge fino al decimo. Invece il recente cod. civ. germanico, il sistema del quale però è fondato in parte sull'ordine delle così dette parentele ed in parte sulla distanza del grado, non ammette alcun limite alla chiamata dei parenti. E la ragione addotta è di indole politico-sociale. Si volle esagerare questa appartenenza dei beni alla famiglia per opporsi alle tendenze di quei partiti che mirano a

scalzare la proprietà e la famiglia. Facendo le più ampie riserve sul movente politico-sociale, è certo che quest'ordinamento si presenta in pratica fecondo di confusione e di controversie.

§ 114.

Abbiamo visto che la differenza fra *adgnatio* e *cognatio* consiste in ciò, che la prima ha una base civile, la seconda una base naturale, benchè a sua volta la *adgnatio* si fondi sulla *cognatio*, sia pure soltanto finta per via di adozione. Per questa sua base di diritto naturale, e per le speciali condizioni della vita sociale romana, la *cognatio* vien modificata e ristretta a modo che essa ha importanza solo entro quei limiti precisi che abbiamo già indicato: sesto grado (in via eccezionale settimo grado, per i *sobrini*), e coesistenza in vita dei due individui tra i quali corre il vincolo di cognazione. PAOLO (*libro singulari de gradibus et adfinibus et nominibus eorum*) così tratteggia la differenza che passa tra agnazione e cognazione:

D. 38. 10. 10. 4:

Inter adgnatos igitur et cognatos hoc interest quod inter genus et speciem: nam qui est adgnatus, et cognatus est, non utique autem qui cognatus est, et adgnatus est: alterum enim civile, alterum naturale nomen est.

Fra agnati e cognati, egli dice, passa la stessa differenza che tra genere e specie; infatti chi è agnato è anche cognato, ma chi è cognato non è per ciò stesso agnato: il primo è un nome che corrisponde ad un istituto di diritto civile, il secondo ad un istituto di diritto naturale. Si ha, dunque, una nuova conferma del principio che l'*adgnatio*, per quanto sia un istituto di diritto civile, è fondata sui vincoli naturali o meglio su una imitazione di tali vincoli; donde consegue che l'agnato è necessariamente anche cognato. La imitazione consiste appunto nel fingere che questo gruppo formato dagli *adgnati* si fondi esclusivamente sui legami del sangue; e per questo la formula della *adrogatio* consiste sostanzialmente in una domanda rivolta al popolo per sa-

pere se consenta che quell'individuo, ora *sui iuris*, sia *iure legitime* figlio del *pater adrogator* come se fosse nato dalle giuste nozze di costui con la moglie.

L'affermazione di PAOLO, che la *cognatio* sia un *nomen naturale* va intesa sempre con le limitazioni accennate, perchè è vero che questo istituto ha la sua origine nel diritto di natura, ma è vero soprattutto che lo *ius civile*, pur assumendolo da quella fonte, lo ha modificato e plasmato secondo le idee di quella società. E questo concetto, limitato dallo *ius civile*, deve suppersi costantemente per tutto il diritto romano, ad esclusione del diritto giustiniano: deve, cioè, ritenersi che prima di GIUSTINIANO tutti gli istituti fondati sulla *cognatio* avessero una base civile e non naturale. Con GIUSTINIANO si sarebbe avuta una riforma a questo riguardo, in quanto egli non avrebbe conservato la limitazione derivante dalla coesistenza in vita (fosse pure riferita ad una *spes hominis*), ed in genere avrebbe allargato i confini del nostro istituto sino a farli coincidere con quelli naturali. Quindi, in primo luogo, egli avrebbe ammesso a succedere anche chi non fosse coesistito, neppure come *spes*, con l'ereditando. Ad esempio, se Tizio fosse morto testato, e dopo vari anni si fosse scoperto che il testamento era falso, la successione legittima — secondo il diritto romano — doveva aprirsi in quest'ultimo momento, e non in quello della morte di Tizio; e quindi si sarebbe chiamato a succedergli chi era più prossimo suo parente in questo secondo momento. Ma mentre, per diritto classico, questo parente più prossimo doveva essere almeno concepito al tempo della morte dell'ereditando, tale limitazione non sarebbe esistita pel diritto giustiniano. Noi accogliamo questa, che è l'opinione di qualche autore recente, perchè essa ha gravi ragioni in suo favore (1). Acceniamo alle due che ci sembrano inoppugnabili: anzitutto non può porsi in dubbio che dopo COSTANTINO si sia andata affermando sempre più la tendenza cristiana ad allargare la importanza dei vincoli del sangue; in secondo luogo, la No-

(1) Cfr. su quanto segue FADDA, *Concetti fondamentali d.º eredit. rom. I.*



vella 118 promulgata da GIUSTINIANO parla di discendenti e collaterali senza restrizione. Ed è caratteristica la circostanza che, mentre normalmente nelle Novelle (le quali, come è noto, sono redatte in lingua greca) i termini giuridici latini son conservati, e solo vi si apporta qualche lieve modificazione per dare ad essi la desinenza greca, qui, in questa Novella, i termini *adgnatio* e *cognatio* sono del tutto scomparsi, e ad essi vien sostituito l'altro *συγγενεῖς* che nel concetto greco sta ad indicare i parenti del sangue, in genere e senza restrizioni.

§ 115.

Anche MODESTINO (nel terzo libro delle sue *Pandectae*) istituisce un confronto fra l'*adgnatio* e la *cognatio*. Egli dice (fr. 38.7.5 pr.):

Inter adgnatos et cognatos hoc interest, quod in adgnatis et cognatis continentur, in cognatis non utique et adgnati. verbi gratia patris frater, id est patruus, et adgnatus est et cognatus, matris autem frater, id est avunculus, cognatus est, adgnatus non est.

MODESTINO ripete, presso a poco, il concetto che abbiamo già visto in PAOLO: i cognati sono compresi fra gli agnati, ma questi ultimi non sono compresi fra quelli. Poi il giureconsulto adduce un esempio pratico: il fratello del padre, lo zio paterno, è nostro agnato e cognato; invece il fratello della madre, lo zio materno, è nostro cognato, ma non agnato. Insomma, sebbene MODESTINO non approfondisca l'indagine fino a scoprire l'intima differenza tra *adgnatio* e *cognatio*, anch'egli fa rilevare il carattere saliente della prima, la maggior comprensione, in confronto con la seconda.

E poichè siamo a parlare di questi rapporti di parentela civile e naturale, completiamo la trattazione con un breve accenno alla *adfinitas*. *Adfines* (come già dice il nome, che implica un concetto reale di vicinanza, di prossimità, ma non di inclusione entro una data cerchia) sono tutti i parenti dell'un coniuge di fronte all'altro coniuge. A questo proposito si suol fare que-

stione intorno al rapporto nel quale si trovano i due coniugi fra loro; dispute gravi sono derivate dal fatto che, secondo alcuni, anche qui ci troveremmo di fronte ad un rapporto di affinità. Secondo noi, ogni contesa è inutile, perchè anche ammesso che le fonti accennino ad una specie di affinità in riguardo al vincolo matrimoniale, sempre è vero che il contenuto di questo vincolo non è determinabile a *priori* in base all'affinità, ma è specificato volta per volta dalla legge in base al matrimonio, e non ad altro. In tanto esistono rapporti concreti e sicuri tra marito e moglie, in quanto sono coniugi; e più non si domanda. Il matrimonio non crea l'affinità fra coniugi, ma fra il singolo coniuge e i parenti dell'altro. Il vincolo coniugale non è affinità, ma si base dell'affinità. Occorre appena ricordare che, per quanto riguarda la posizione della moglie nella famiglia, la questione non può farsi per l'antico diritto, nel quale essa è *filiae loco*, e quindi sorella dei propri figli.

§ 116.

Convieni, ora, studiare nelle fonti la terminologia riguardante queste varie figure di rapporti famigliari, a conferma di quanto siamo venuti dicendo.

D. 50.16.195.1—ULPIANUS, *libro quadragensimo sexto ad edictum*.

« Familiae » appellatio qualiter accipiatur, videamus. et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. in res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis « adgnatus proximus familiam habeto ». ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: « ex ea familia », inquit, « in eam familiam »: et hic de singularibus personis legem loqui constat.

ULPIANO comincia col dichiarare che il termine *familia* ha varii significati; e di questi indica senz'altro il più generale, in cui *familia* comprende persone e cose; quindi l'associazione familiare e il patrimonio. Come riferentesi al patrimonio, al compendio ereditario, va intesa la disposizione delle XII Tavole

« *adgnatus proximus familiam habeto* ». Ma occorre qui subito notare che non sempre questo significato fu, nel diritto di successione, limitato alle sole cose, perchè ogni volta che l'erede subentra in *universum ius defuncti* si ha una successione che eccede i confini del patrimonio, una successione più vasta, la quale, appunto perchè costituisce un riflesso dell'antica successione nella sovranità del gruppo, comprende tutti i rapporti giuridici, come complesso, che si accentravano nel defunto. Appunto come un tempo il successore nella sovranità acquistava senz'altro la *potestas* e la *manus* su le persone e le cose del gruppo.

A questo proposito, qualche scrittore pone assai opportunamente in rilievo la differenza che vi era fra la successione degli *heredes sui* e quella degli *adgnati*. Appunto perchè l'*heres suus* è il vero erede, l'erede tipico romano che succede nella posizione giuridica totale che aveva il capo di famiglia defunto, quegli insomma che per necessità di cose è collocato al posto del *de cuius*, non v'è chiamata di lui nè alla eredità nè alla *familia*. Il *suus* è erede per la sua posizione nella famiglia, e diventa sovrano solo per la scomparsa di colui che finora era a capo del gruppo.

## § 117.

Questo significato generale del termine *familia* va tenuto distinto nettamente dall'altro speciale che il nostro vocabolo acquista nel diritto classico. Qua, *familia* sta anche per *familia servorum*, ed indica tutte quelle persone che col loro operare acquistano qualche cosa al padrone. Questo significato ha *familia* nell'*interdictum unde vi* (cottidiana), la formula del quale era, nell'editto di GIULIANO, così concepita: « Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, cum ille possideret quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas ».

L'interdetto *unde vi* è dato contro la persona che, o direttamente, o per mezzo dei suoi schiavi, o del suo procuratore, ha da meno di un anno spogliato violentemente del possesso chi

possedeva *nec vi nec clam nec precario* di fronte a lui. Il padrone è, dunque, legittimo convenuto quando autrice dello spoglio fu la *familia servorum*. L'*interd. unde vi* è un interdetto possessorio vero e proprio, nel senso che se si tratta di espulsione violenta di chi non ha il possesso, ma la semplice detenzione, questi potrà valersi di altri mezzi processuali per ottenere un risarcimento, ma non potrà invocare l'*interd. unde vi* (p. es. potrà agire, secondo i casi, con l'*a. legis Aquiliae*, o con l'*a. iniuriarum*). Ciò appunto perchè questo interdetto richiede nello spogliato il vero possesso giuridico (*nec alius deici visus est quam qui possidet*).

Secondo la nostra legge (C. civ. art. 695) « chi è stato violentemente od occultamente spogliato del possesso, qualunque esso sia, di una cosa mobile, od immobile, può entro l'anno dal sofferto spoglio chiedere contro l'autore di esso di venir reintegrato nel possesso medesimo ». L'azione di reintegrazione si può dunque proporre da chi abbia avuto un *possesso qualunque*. Ma anche qui nella espressione « possesso qualunque » non può comprendersi la semplice detenzione; occorre sempre, invece, l'*animus rem sibi habendi*. E per convincersene basta porre a confronto la citata definizione dell'azione di reintegrazione, con l'altra che lo stesso codice dà del possesso in genere (art. 685: « Il possesso è la detenzione di una cosa o il godimento di un diritto, che uno ha o *per se stesso*, o per mezzo di un altro, il quale detenga la cosa od eserciti il diritto in nome di lui). Quindi, ad es., potrà valersi dell'azione di reintegrazione il colono, che possiede per sè, ma non chi si trova sul fondo come un semplice stromento del padrone. Si presentò alla decisione della Suprema Corte di Torino il caso seguente: il proprietario di una cava aveva posto a capo di questo ramo della sua industria un direttore, il quale, naturalmente, doveva stare sopra luogo, e aveva in fatto la disposizione della cava. Ad un certo momento questo direttore aveva manifestato delle velleità di indipendenza e si era opposto alle disposizioni del proprietario. Questi, non trovando miglior mezzo per disfarsi del direttore troppo petulante, aveva chiuso la cava e ne aveva cambiato le chiavi. Insorse al-

lora il direttore, proponendo contro il proprietario l'azione di reintegra, perchè — a suo dire — egli aveva avuto fino a quel momento un possesso qualunque, ed il proprietario avrebbe potuto ricorrere ad un mezzo meno violento per toglierglielo.

La Corte di Torino respinse l'azione del direttore, decidendo giustamente che egli non era stato se non un mero strumento in mano del padrone della cava, e che quindi non aveva avuto che la semplice detenzione. La tesi di costui, prodotta alle ultime conseguenze, avrebbe condotto a questo, che un padrone di casa non sarebbe potuto rientrare nel proprio appartamento forzando le porte, se il maggiordomo gliel'avesse chiuse e sbarrate contro. In sostanza, trattasi in questi come in altri casi simili, della pura e semplice difesa del proprio possesso, la quale è lecita con qualsiasi mezzo: *qui continuat non attemptat*, dice un noto brocardo.

§ 118.

E del resto, anche le nostre fonti accennano a questa soluzione, a proposito del possesso di fondi rustici. Il possesso di un fondo non si mantiene dal possessore con lo insistervi continuamente, con lo averne ad ogni istante la piena disponibilità fisica. Questa era l'opinione del SAVIGNY, la quale, per non dire altro, urtava direttamente contro il comune possesso dei *saltus hiberni* e dei *saltus aestivi* (1). Il concetto del possesso noi lo conserviamo dipinto (è la vera espressione) in una frase delle ultime costituzioni imperiali: *omnia ut dominum gessisse*; che è quanto dire, comportarsi come il proprietario suol comportarsi riguardo alle cose in questione, trattarle secondo la loro destinazione economica, a modo che chiunque possa riconoscere in quel trattamento altrettanti atti di possesso. È ciò che lo JHERING chiamò efficacemente « visibilità del possesso ». Quindi i covoni

(1) Il possessore non ne perdeva il possesso per ciò che se ne allontanava a vicenda per far pascolare le greggi or negli uni ed or negli altri.

non custoditi, sebbene posti in aperta campagna, le greggi pascolanti, restano in nostro possesso, perchè tutti sanno che così comunemente vengono trattate tali cose. Nè si perde, per la stessa ragione, il possesso di un fondo rustico per il fatto che non lo si guarda di continuo.

Ora, le fonti pongono proprio il caso che, finiti i lavori agricoli di una data stagione, il fondo soglia restare per un certo tempo senza custodia, e che durante questo tempo altri vi si stabilisca. E decidono che il possessore, ritornando, possa scacciare con la violenza l'usurpatore senza rendersi colpevole di spoglio, perchè egli non fa che respingere con la violenza chi vuol togliergli il possesso che, pure, ha continuato ad avere. Se così non procedesse e si aquetasse, l'atto illegale dell'avversario si trasformerebbe in uno stato di fatto protetto dal diritto.

Dopo questa lunga digressione, torniamo alla nostra materia.

ULPIANO (fr. 195 D. 50, 16 cit.) al § 2, così prosegue: *Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur.*

Inoltre, dice ULPIANO, il termine *familia* si adopera per significare quasi una collettività, che è tenuta unita o dal diritto proprio spettante a ciascun componente come tale, o dal diritto comune a tutta quanta la *cognatio*. Si noti che ULPIANO adopera il termine *corpus* che in Roma ha significato tecnico e denota la collettività ridotta ad unità: quindi la *familia* è una collettività che comprende tutta quanta la *cognatio*, oppure — in un significato più ristretto — tutta la *familia iure proprio*. Qui si fa richiamo alla cognazione, perchè essa è la base della agnazione; e la cognazione, ripetiamo, può esser vera o supposta. Si noti ancora l'affermazione che anche la *fam. iure communi* è un *corpus*: ne deriva quindi, che gli *adgnati* non sono quasi *disiecta membra*, ma tutti insieme formano anch'essi una collettività. Il che conferma una volta di più quanto dicevamo precedentemente, che cioè la *adgnatio* costituiva anch'essa in origine un gruppo minore entro la cerchia più ampia della *gens*.

Patria potestas.

§ 119.

La *patria potestas* costituisce il centro della *familia* (sia *iure proprio*, sia *iure communi*) come istituto attuale, e come vincolo passato: del quale, però, resta la traccia ed il ricordo. La *patria potestas* è considerata dai Romani come un istituto a loro particolare, ed è configurata nel loro diritto positivo come qualche cosa di speciale.

GAJ. I, 55: Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus. quod ius proprium civium Romanorum est: fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus. Idque divus Hadrianus edicto, quod proposuit de his qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significavit. Nec me praeferit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse.

La *patria potestas* si esplica quindi sui proprii figli procreati in giuste nozze. E questo istituto giuridico, dice GAJIO, è esclusivo al diritto civile romano; infatti, non v'è quasi altro popolo presso il quale esista una potestà sui figli configurata nel modo in cui si trova presso i Romani. Ciò ha fatto noto il defunto Imperatore Adriano in quell'editto che pubblicò a proposito di certe persone che gli richiedevano la cittadinanza romana per sé e per i loro figli. Nè ignoro, aggiunge GAJIO, che i Galati credono che presso di loro i figli stiano sotto la *potestas* dei genitori.

Dalla maniera in cui si esprime GAJIO, parrebbe che questa configurazione speciale della *patria potestas* fosse propria di Roma; e certamente egli non dubitava che, se essa esisteva presso altri popoli, nulla aveva di comune con quella romana. Non può però, allo stato attuale della scienza, porsi in dubbio la esistenza di questo potere esclusivo del padre sui figli, in un dato periodo della vita primitiva di tutti i popoli; nè si può disconoscere, ormai, che l'organizzazione di questo potere abbia assunto forme

comuni presso i vari popoli. Del resto anche da scrittori romani è stata fatta tale constatazione; e Giulio Cesare (*De bello gall.* 6. 19) accenna appunto a qualche cosa di simile presso i Galli.

§ 120.

I tratti caratteristici originarii della *patria potestas* romana portano l'impronta di quella primitiva funzione politica del gruppo familiare. Qui sopra tutto si risente l'antico carattere sovrano del capo del gruppo. La stessa espressione *potestas*, che posteriormente valse a significare, da un lato, questo potere sui figli (*patria p.*) e dall'altro, quello sugli schiavi (*dominica p.*), certo in origine servì ad indicare il potere unico ed indistinto del capo del gruppo su tutti gli elementi personali e reali, onde il gruppo si componeva.

Ma da questo concetto politico-giuridico della *patria potestas*, a quello che la locuzione ha acquistato nelle odierne legislazioni positive, quanto cammino e quanti mutamenti! Già la sostanza si era trasformata nella codificazione di Giustiniano; ma il nome, che è stato conservato anche nella attuale legislazione germanica, il nome stesso non è più adatto ormai ad esprimere la cosa: poichè essa, oggi, è tutto fuor che potestà (1).

Nel concetto romano, invece, è tanto radicato il carattere politico, che il vincolo del sangue, per quanto supposto, resta in pratica indifferente.

Già nelle così dette *leges regiae* si trovano degli accenni alla configurazione pratica della *patria potestas* (2). DIONIGI DI ALICARNASSO (2; 26. 27) riferisce: Romulus omnem potestatem in filium patri concessit, idque toto vitae tempore, sive eum carcere

(1) Si può dire che attualmente la patria potestà consista esclusivamente in un diritto di tutela spettante al padre nell'interesse del figlio minore.

(2) È superfluo ricordare che la ricostituzione di queste pretese leggi della epoca dei re, è opera compiuta dai moderni (in special modo dal DIRKSEN) sulla base di notizie tramandateci da Dionigi di Alicarnasso, Plutarco, Festo, Plinio, etc.

includere, sive verberare, sive vinctum ad opera rustica detinere, sive occidere vellet. . . . Etiam vendere filium permisit patri; . . . quin etiam hoc concessit patri, ut usque ad tertiam venditionem per filium acquireret; . . . post tertiam vero venditionem liberabatur filius a patre (trad.).

DIONIGI adunque attribuisce a Romolo la concessione della *potestas* ai padri sui figli, e la tratteggia così: essa durava per tutta la vita; ed il padre era libero di incarcerare il figlio, di bastonarlo, di legarlo e adibirlo ad opere rurali, di ucciderlo. Romolo gli diede anche il diritto di venderlo: chè anzi il figlio, fino alla terza vendita di lui, acquistava sempre al padre, e da questo si liberava soltanto dopo la terza vendita. Si può dire che questo passo di DIONIGI costituisca il punto centrale di tutte le discussioni intorno al contenuto della *p. p.* romana. Intanto le due espressioni *omnis potestas* e *toto vitae tempore* accennano di già alle due principali caratteristiche di essa: l'illimitatezza, e la durata per tutta la vita, caratteristiche che si sono conservate anche nel diritto giustiniano. Nella prima si riflette eminentemente l'indole politica di questa potestà; quanto alla seconda, basta ricordare che la *p. p.* non cessa per il tempo, e che solo per morte, per vendita, o per punizione essa può venir meno. Ma quando, a riprova del potere sconfinato che hanno i padri sui figli, si accenna — anche da giuristi classici — allo *ius vitae et necis* come ultima e recisa espressione di quel potere, non si vuol dire con ciò che il padre ne possa impunemente abusare, e che non esistano limiti di sorta al suo capriccio. Vi hanno limiti religiosi, limiti sociali e limiti legali contro lo *ius vitae et necis* del padre. Non si può, neppure sotto questo riguardo, fare astrazione dalla posizione politica che il *pater familias* occupa nel gruppo familiare: se in lui si accentra e si unifica ogni altro potere, non è detto con ciò che al potere giurisdizionale, che qui è in giuoco, non possano imporre un freno tutti i membri della famiglia circostante. Egli è tenuto, infatti, a consultare un consiglio di parenti prossimi, prima di mandare a morte il proprio figlio. Che se ciò non fa, cade certamente sotto la pubblica

censura e, nei primi tempi, anche sotto quella religiosa. E questi limiti imposti dalla consuetudine in ogni tempo ad ogni potere, sono i più forti ed i più rispettati.

## § 121.

Lo *ius vitae et necis* porta necessariamente la conseguenza che il padre può punire meno duramente tutti quegli atti del figlio che non raggiungono la gravità di una pena capitale; per una scala digradante si arriva, quindi, fino alla *modica castigatio*. Lo *ius vitae et necis* è ancora ricordato da PAPINIANO (*Collatio*, 4, 8, 1), e senza dubbio fu tenuto fermo, ma solo di nome, fino ai tempi di GIUSTINIANO. Ma da parecchio tempo era un nome senza corpo, perchè sul cadere della Repubblica già s'era manifestata una reazione contro l'eccessiva severità dei padri; e gli Imperatori non fecero che secondare successivamente le tendenze più miti del popolo. Un rescritto di Adriano ingiungeva l'emancipazione del figlio che il padre avesse sottoposto a gravi sevizie; e al tempo di Giustiniano non restava, in sostanza, al padre che la *modica castigatio* ed il diritto di denunciare al giudice il proprio figlio per farlo punire.

Lo stesso passo di DIONIGI ricorda il diritto di vendita come faciente parte della *potestas* paterna. È un diritto questo, che facilmente si spiega risalendo alle condizioni della primitiva economia familiare. Noi abbiamo già detto che le condizioni del figlio, entro l'antica cerchia della *familia*, erano molto simili a quelle dello schiavo: l'uno e l'altro erano strumenti di lavoro e di acquisto in mani del *pater familias*. Si ricordi, inoltre, che la *patria potestas* sul figlio aveva avuto origine dal fatto che questi era nato dalla donna rapita o comprata, e che quindi il rapporto fra padre e figlio doveva rassomigliare al rapporto di proprietà, in quanto il figlio non era che il frutto di una cosa appartenente al domino. Abbiamo anche accennato in altra occasione ai motivi per quali la vendita del figlio, in origine, non poteva aver luogo a titolo di servitù entro la cerchia della propria *gens*, e abbiamo visto

come questa impossibilità producesse in seguito la conseguenza che soltanto la vendita *trans Tiberim* dava luogo alla servitù. Entro la *gens*, dapprima, entro Roma, in seguito, la vendita di un figlio non produceva che l'effetto di porlo in condizione di *mancipium* presso l'acquirente. Questa condizione veniva meno con la emancipazione, e da questo istante il figlio ricadeva sotto l'antico potere patrio, che, come vedemmo, durava *toto vitae tempore*. Ma intervenne a questo riguardo la disposizione che DIONIGI attribuisce a Romolo (e che da altri si dice contenuta nelle XII Tavole) per la quale dopo una terza vendita il figlio restava libero dalla *p. potestas*. Poco importa a noi lo stabilire se quella disposizione risalga al periodo regio od a quello decemvirale. Il carattere di quella che suol chiamarsi riforma decemvirale consiste sostanzialmente in ciò, che essa non ha fatto che formulare principi in base a quanto era già nella consuetudine e nella vita romana. Questo pretese la plebe, perchè volle mettere fine alla contraddizione che un diritto, il quale era nella coscienza di tutti, costituisse ancora un arcano monopolio dei patrizi e dei pontefici. O che quindi si ammetta l'origine regia, o che si ammetta l'origine così detta decemvirale della limitazione alle tre vendite, l'una ipotesi e l'altra non fanno che confermare la remotissima origine sua.

Il diritto di vendita, come è noto, fu il punto di partenza per la costruzione di negozi giuridici, che per lo innanzi non potevano compiersi. Così, non esistendo per la emancipazione un istituto *ad hoc*, si ricorse alla triplice vendita seguita dalla manumissione. E già in un periodo anteriore si era adattata la vendita alla conclusione del matrimonio, nella forma della *cöemptio* che originariamente era una vendita vera e propria (e rispettivamente un acquisto) della sposa.

#### § 122.

Col tempo il diritto di vendita assume un carattere fittizio che non è più se non un documento di istituzioni realmente esistite, ma oramai sorpassate. Nel periodo classico e in tutto il restante

periodo imperiale non se ne hanno più tracce; riappare soltanto al tempo di COSTANTINO quando questo imperatore statuisce (Cod. Iust. 4. 43.2) che il padre possa vendere ed esporre, in caso di estrema miseria (1), il proprio figlio neonato. Anche questo diritto di esposizione, che vediamo risorgere ai tempi di Costantino, era stato in uso presso i Romani, ma il loro diritto lo aveva di buona ora oltrepassato. Occorre qui ricordare che nello antico diritto vi era un presupposto alla massima « *pater is est quem iustae nuptiae demonstrant* »; questo presupposto consisteva nel fatto che il padre avesse voluto *suscipere filium*, ossia avesse voluto accoglierlo come figlio prendendolo dalle mani della levatrice che glielo porgeva appena nato.

Era necessaria questa *susceptio*, che nell'antico costume romano stava ad indicare l'atto materiale dell'apprensione del possesso, e che in seguito (con la dazione del nome entro i nove giorni dalla nascita) divenne sinonimo di riconoscimento. Bisogna dunque tener ben distinta la mancata *susceptio filii* dal diritto di esposizione, poichè questo suppone già avvenuta la *susceptio*, e già apposto il nome al neonato.

DIONIGI riferisce che Romolo avrebbe portato due limitazioni a questo antico diritto di esposizione: 1<sup>a</sup>) non si potevano esporre i figli maschi e le figlie primogenite; 2<sup>a</sup>) non si potevano esporre le figlie secondogenite, terzogenite etc. se non dopo tre anni dalla nascita. Nondimeno la prole mostruosa, per una disposizione delle XII Tavole, poteva uccidersi immediatamente o altrimenti doveva venire esposta. E questo, che è quasi un obbligo di liberare la cittadinanza dagli individui imperfetti e invalidi, non si riscontra soltanto in Roma, ma presso quasi tutti i popoli in istato di civiltà inferiore. Si disputa sul carattere da attribuirsi a queste originarie limitazioni del diritto di esposizione; se cioè esse fossero limitazioni giuridiche o religiose, o semplicemente un portato della pubblica opinione. Comunemente si pensa che

(1) Forse la restrizione: *propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa* è dovuta a GIUSTINIANO (vedi BONFANTE, Il *ius vendendi* del *paterfamilias*, negli *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, I p. 113).

si trattasse di norme appartenenti al diritto pontificale, e che esse fossero rivolte alla tutela della prole tenera. Ma bisogna tener presente che in questo periodo primitivo le norme derivanti dal *fas* non si dispaiano, per la loro efficacia, da quelle dello *ius*; e che, quindi, se limitazioni di tal sorta sono esistite, esse debbono avere avuto una sanzione, qualunque possa essere stata, o giuridica o religiosa. DIONIGI attesta che s'incorreva nella pena della confisca di una metà del patrimonio; ma ciò non depone in modo decisivo per il carattere giuridico della sanzione, perchè in quel periodo non esisteva una cassa pubblica dello Stato, e le pene pecuniarie solevano andare a beneficio del tesoro pontificale. (Si ricordi che al tempo delle *legis actiones*, la *summa sacramenti* nella *l. a. sacramenti*, veniva depositata nelle mani dei *pontifices*, ed era da questi restituita al vincitore o trattuta a vantaggio della cassa pontificale).

Il diritto di esposizione perdurò in seguito soltanto in teoria; nella pratica della vita la sua applicazione fu ben presto abolita di fatto. Esso ritorna con Costantino, ed è quasi l'esponente di una fase di degradazione attraversata sotto l'influenza provinciale e la pressione dei cupi tempi. Vien però sancito il riscatto mediante il pagamento di un prezzo competente.

§ 123.

La *patria potestas* è un diritto che il padre esercita di fronte alla propria prole, ad esclusione di chiunque altro. È quindi, come la proprietà, un diritto di carattere assoluto, che si esplica *adversus omnes*, e che come tale viene tutelato con un' *actio in rem*; poichè l'*actio in rem* non è rivolta alla protezione di un diritto reale in ispecie, ma in genere a far valere la signoria completa ed esclusiva, o anche parziale, di una persona sopra un oggetto. Quindi in un senso più generale *a. in rem* denota ogni azione costituita a difesa di diritti assoluti che qualunque terzo può essere in grado di violare, quali sono, oltre i diritti reali, anche i diritti di stato o di capacità e i diritti di famiglia. Le

*a. in rem* per cui si pretende il riconoscimento di uno stato o diritto di capacità si dicono pregiudiziali (*praeiudiciales in rem actiones*) perchè tali diritti sono il presupposto subbiettivo di altri diritti ed eventualmente di altri giudizi. Se dunque un figlio è detenuto da una terza persona, sia che, pretenda, o non questa la *patria potestas* su di lui, il padre ha diritto di intentare una *in rem actio* a tutela della propria potestà.

Questo diritto di agire per mezzo della *vindicatio*, che è il nome generale delle *aa. in rem*, è confermato dalle nostre fonti.

GAI. I, 134: Praeterea parentes, liberis in adoptionem datis, in potestate eos habere desinunt. Et in filio quidem, si in adoptionem datur, tres mancipationes et duae intercedentes manumissiones proinde fiunt, ac fieri solent, cum ita eum pater de potestate dimittit, ut sui iuris efficiatur. Deinde aut patri remancipatur, et ab eo is qui adoptat vindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non vindicante a praetore vindicanti filius addicitur: aut non remancipatur patri, sed ab eo vindicat is qui adoptat apud quem in tertia mancipatione est.

Gaio espone i vari modi coi quali si può procedere all'adozione. Premette che il padre perde la *potestas* sui figli che ha dato in adozione. Quindi prosegue: anche pel figlio, se lo si dà in adozione, si compiono tre mancipazioni e due manumissioni intercalate, come quando il padre lo libera dalla propria *potestas* per renderlo *sui iuris*. Ma dopo, o lo si mancipa nuovamente al padre, e da questo lo rivendica chi lo adotta, affermando innanzi al pretore che è suo figlio (e in questo caso, non facendo il vero padre una rivendica opposta, il pretore lo attribuisce all'adottante che l'ha rivendicato), oppure non lo si mancipa di nuovo al padre, ma l'adottante lo rivendica da colui presso il quale trovatisi per la terza mancipazione.

Come si scorge, l'ultimo atto di questo lungo procedimento di adozione consiste in una finta rivendica, una specie di *in iure cessio*, del figlio. Come nella *in iure cessio*, l'adottante e il padre si recano dinanzi al pretore: il primo rivendica il proprio diritto sul figlio con la formula « *filium meum esse* » e, non oppo-

nendosi il vero padre, questo finto processo termina con l'attribuzione del figlio fatta dal pretore (1), e quindi *in iure*, all'adottante. Trattasi qui, è vero, di una finta rivendica; ma non la si potrebbe immaginare se non vi fosse la possibilità di una rivendica vera e propria. E, in ogni modo, abbiamo una riconferma di questo diritto di rivendica anche nella codificazione giustiniana:

Fr. 6. 1. 1, 2 — ULPIANUS l. 16 *ad edictum*.

Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: si quis ita petit « filium suum » vel « in potestate ex iure Romano », videtur mihi et Pomponius consentire recte eum egisse: ait enim adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse.

Per via di quest'azione (*l'a. in rem*), dice ULPIANO, non si rivendicano le persone libere che appartengono al nostro diritto, p. es. i figli che cadono sotto la nostra potestà: essi si reclamano o per via di *praeiudicia*, o di interdetti, o di *cognitio* praetoria. Così scrive Pomponio nel suo 37° libro. A meno che, egli soggiunge, uno non rivendichi indicando la causa; perchè se uno domanda « il figlio suo » o « in sua potestà secondo il diritto romano (2) » a me pare, che anche Pomponio sia d'accordo nel riconoscere che costui abbia agito bene. Infatti Pomponio dice che specificando la causa, egli può rivendicare in base alla legge romana.

Può parere che questo frammento ulpiano neghi in prima linea l'esistenza dell'azione di rivendica. Ma in realtà, come appare dalle affermazioni ulteriori, ULPIANO nega soltanto che si

(1) Il pretore che doveva statuire sulle questioni di libertà e di ingenuità, a datare dai tempi dei Severi, fu il *praetor de liberalibus causis*.

(2) « Ex iure Romano » dice il testo giustiniano; ma poichè la terminologia classica era: « iure Quiritium » riteniamo che la modificazione debba attribuirsi ai compilatori giustiniani, com'è certo di essi l'espressione *ex lege Quiritium* invece di *ex iure Quiritium*.

tratti della stessa rivendica che in generale vien proposta per tutelare la proprietà delle cose mobili e del suolo. Egli vuole far risaltare che qui si tratta di una rivendica speciale, la quale non porta un'affermazione di proprietà pura e semplice sopra un uomo libero, ma l'affermazione che si domanda « il proprio figlio » o « l'individuo soggetto alla nostra potestà »; rivendica, dunque, alla quale vien dato un carattere speciale (*adiecta causa*) e che vien posta a paro con gli altri mezzi atti a tutelare la potestà sopra le persone libere. A proposito dei quali mezzi osserviamo che gli interdetti *de liberis exhibendis et ducendis* spettano soltanto al padre riguardo ai suoi figli per reclamare di fronte ai terzi la patria potestà. Un terzo estraneo potrà solo valersi dell'interdetto *de homine libero exhibendo* (che è interdetto popolare, e quindi concesso a qualunque cittadino) per chiedere l'esibizione del libero ingiustamente detenuto.

Il padre ha diritto di proporre la *vindicatio* non solo contro i terzi, ma contro lo stesso figlio, se questi nega di essere sotto la potestà di lui. Così pure può richiedere contro il figlio l'interdetto, che, in tale ipotesi, sarà limitato alla seconda parte, non essendovi qui chi debba esibire il figlio, ma trattandosi soltanto di proibire la violenza contro il padre che voglia ricondurre il proprio figlio (*ducere filium*).

§ 124.

Poichè nel concetto antico la *patria potestas* deve essere considerata come un aspetto della potestà generale spettante al capo sul gruppo sottoposto, ne deriva che la posizione sovrana di costui non ammette obblighi verso le persone soggette. Quindi, fin dalle origini, il *pater familias* non ha obblighi di sorta verso i suoi figli; intendendosi per obblighi quelli muniti di sanzione giuridica, poichè — come già notammo — non mancavano doveri di carattere sociale o religioso, ai quali non si poteva venir meno senza incorrere nella pubblica disistima o nelle pene della religione. Ma non perdurò immutato questo stato di cose, perchè



gradatamente, con l'attutirsi delle antiche asprezze dei costumi, e col riconoscimento progressivo della personalità del figlio, anche al padre di famiglia venne addossato qualche obbligo di fronte ai propri figli. Primo fra tutti l'obbligo di alimentarli. Si noti, però, che nel figlio il diritto agli alimenti è condizionato alla *susceptio* paterna, della quale abbiamo anteriormente trattato (1). Altra ragione data nel diritto ultimo al figlio, e specialmente alla figlia, di fronte al padre, è quella per ottenere da lui una donazione per collocarsi in matrimonio — se trattasi di figlio —, o per conseguire la dote — se trattasi di figlia. — Una recente costituzione imperiale dice appunto che qui si tratta di un dovere paterno (*omnino paternum est officium*).

Ma, tolti questi lati di indole speciale, la *patria potestas* resta sempre un diritto piuttosto che un dovere; e questo carattere individualizza il tipo della patria potestà in tutti i periodi del diritto di Roma, sebbene negli ultimi tempi dell'Impero — come accennammo — l'istituto mostri una spiccata tendenza nel senso di una protezione dell'interesse dei figli. Tendenza che è divenuta realtà nel nostro diritto attuale, per il quale la patria potestà costituisce uno di quei diritti che hanno essenzialmente il carattere di dovere: onde all'antico nome potremmo con maggiore fondamento sostituire quello di patria tutela (2).

§ 125.

Resta a studiarsi quale capacità abbia il figlio, se la sfera di potestà paterna lo investe e lo comprende a modo da farlo apparire come un'entità trascurabile nell'organizzazione politica ed

(1) Occorre tener ben distinta la *susceptio* dalla *professio liberorum*. Questa, che è sorta nei primi tempi dell'Impero, consiste nell'obbligo imposto al capo di famiglia di denunziare (*profiteri*) la nascita del figlio ai pubblici uffici destinati a ciò. Corrisponde quindi al nostro obbligo di denuncia allo Stato civile.

(2) Ciò è avvenuto a riguardo dei genitori che hanno riconosciuto i figli naturali; essi (giusta l'art. 184 C. Civ.) hanno la *tutela legale* dei figli durante la minore età.

economica della famiglia romana. Ed è certo che in un primo periodo il figlio non ha capacità di sorta, non essendo egli soggetto, ma oggetto di diritto. Anche qui, però, si è verificata una progressiva mitigazione degli antichi principii rigorosi, nel senso di un lento riconoscimento della capacità del figlio. Ciò accadde innanzi tutto per la capacità di diritto pubblico, la quale venne riconosciuta ai figli di famiglia poco dopo l'organizzazione del popolo in centurie con carattere militare, e l'ammissione dei figli al servizio militare non appena avessero compiuto i diciassette anni. Questa capacità di diritto pubblico è indiscussa pel diritto storico di Roma, nel quale viene espressamente dichiarato che, per quanto concerne la nomina alle magistrature e l'occupazione di pubblici uffici, il figlio è *loco patris familias*. Anzi, il figlio può esplicare la sua attività ufficiale anche di fronte al padre, e questi deve rendergli gli onori dovuti alla carica.

Quando poi la tutela cessò di essere un diritto nell'interesse degli agnati, ed ebbe il carattere di un istituto di pubblico interesse a protezione degli impuberi — quando divenne, in altri termini, un *munus publicum* — anche i figli di famiglia furono ammessi ad esercitarla:

Fr. 1.6.9. — POMPONIUS, l. 16 *ad Quintum Mucium*.

Filius familias in publicis causis loco patris familias habetur, veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur.

In POMONIO abbiamo la conferma di quanto abbiamo detto. Occorre solo notare, salvo a ritornarvi più diffusamente in seguito, che la tutela non importa semplicemente una potestà sopra il pupillo, ma anche degli obblighi per quanto riguarda la gestione del patrimonio pupillare. E poichè qui la capacità ad assumere l'ufficio di tutore si innesta con la capacità o meno del figlio di famiglia ad assumere obblighi, sorge la questione, chi sia tenuto a rispondere della amministrazione tutelare. Basti sapere, per ora, che il padre che ha consentito all'esercizio della tutela da parte del figlio, risponde integralmente; in caso contrario, risponde nei limiti del peculio che gli abbia eventualmente concesso.

Questo contrasto fra la capacità di diritto pubblico ed il non riconoscimento, o l'incompleto riconoscimento, della capacità di diritto privato ai figli di famiglia, spicca evidente solo che si considerino gli elementi di cui si compone quest'ultima ed i limiti nei quali costoro ne godono.

§ 126.

Cominciamo quindi dal *conubium*. Il figlio di famiglia non può contrarre matrimonio (e, nei primi tempi, neppure celebrare gli sponsali) senza il consenso del *pater familias*. Anzi, nelle origini, soltanto questo è richiesto, e di quello del figlio si fa perfettamente a meno. Solo tardi il consenso paterno diventa elemento secondario; ma certo è che fu sempre richiesto (1). E la ragione è questa, che col passaggio della moglie *in manum filii*, e con la nascita della prole, si creano nuove persone che possono diventare eredi necessari del *pater familias*, non solo, ma possono evidentemente gravare sul suo patrimonio pel diritto agli alimenti che a loro compete. Il *pater familias*, adunque, consentendo al matrimonio del figlio, consente implicitamente all'allargamento della cerchia di successione.

Quando il figlio di famiglia ha conchiuso un matrimonio *cum manu*, spetta a lui od al padre la *manus* sulla donna? E quando da questo matrimonio sono nati dei figli, spetta a lui od al *pater familias* la *potestas* su di essi? All'una e all'altra domanda dovrebbe risponderci negativamente pel figlio, perchè, dal punto di vista rigoroso del diritto, il figlio « nihil suum habere potest » e quindi non può avere neppure la *manus* e la *potestas*. Ma in realtà le fonti dicono diversamente.

GAI. II, 159: Idem iuris est et in uxoris persona quae in manu est, quia filiae loco est, et in nuru quae in manu filii est, quia neptis loco est.

(1) La nostra legge, come è noto (Cod. civ. art. 63), pone l'obbligo del consenso dei genitori, entro certi limiti di età, che per la figlia coincidono con la maggior età, e per il figlio con i venticinque anni.

GAIO continua qui l'esposizione del diritto relativo agli *heredes sui*. Dopo aver affermato nel § precedente che il pretore concede a costoro il *beneficium abstinendi* per evitare che i creditori iniziino la vendita nel nome dei figli, soggiunge ora che questo stesso beneficio spetta alla moglie del *pater familias* defunto, (perchè essa si trova nella stessa posizione di una figlia) ed alla nuora, che trovasi nella *manus* del figlio, perchè costei è nella stessa posizione di una nipote. Il giureconsulto adunque parifica ai figli e nipoti la moglie, e rispettivamente la nuora, che trovansi *in manu* del *pater familias* la prima, e del *filius familias* la seconda.

E' recisa l'affermazione che la moglie del figlio è *in manu* di questo; quindi non può esservi dubbio che al *filius familias* che ha contratto matrimonio *cum manu*, e non al *pater familias*, spetti la *manus*. Di ciò esamineremo le ragioni in seguito; per ora ci limitiamo a constatare che lo stesso insegnamento vien dato da ULPIANUS, *Reg.* 22.14: Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi. Sui autem heredes sunt liberi, quos in potestate habemus, tam naturales quam adoptivi: item uxor, quae in manu est, et nurus, quae in manu est filii, quem in potestate habemus.

Gli *heredes sui*, ossia i discendenti che si trovano nella immediata potestà dell'ascendente, se diseredati, lo debbono essere esplicitamente. E sono *heredes sui*, dice ULPIANO, i figli che si hanno in potestà, tanto naturali (qui nel senso di figli nati da matrimonio: secondo la natura delle cose) quanto adottivi (secondo il diritto civile), e la moglie che trovasi nella *manus* del testatore, o la nuora, che è nella *manus* del figlio, il quale a sua volta è in potestà del testatore.

§ 127.

Intorno alla potestà sui propri figli durante il tempo in cui il figlio è, a sua volta, in potestà del proprio padre, le fonti danno luogo a qualche dubbio che cercheremo di eliminare procedendo all'esame diretto di esse.

Fr. 50. 4. 2 — ULPIANUS, l. 21 *ad Sabinum*.

Quod ad honores pertinet, creditur in potestate filium habere etiam is, qui in patris potestate est.

Per quanto riguarda le magistrature e le cariche pubbliche, in genere, si ritiene che colui il quale si trova sotto la potestà del padre, abbia a sua volta in propria potestà il figlio.

Da questa affermazione di ULPIANO, per argomento *a contrario* si conchiude, che quindi per ogni altro riguardo, e in ispecie dal punto di vista del diritto privato, il figlio non abbia sotto la sua potestà i propri figli, quando egli, a sua volta, è in potestà del padre. Ma contro questa applicazione dell'argomentazione *a contrario*, sempre pericolosa per se stessa, noi osserviamo che essa non è assolutamente lecita se non in quei casi in cui la ragione della disposizione è d'indole affatto speciale, o, più precisamente, di carattere singolare. Quando il precetto di legge non è informato a questa ragione, dovrà invece applicarsi l'interpretazione per analogia. Tanto più questo deve ammettersi per il Digesto, il quale non costituisce una legge di carattere organico in cui possa scorgersi d'un colpo tutto quanto l'ambito di una disposizione: la sua stessa costituzione frammentaria lo dimostra. Non può dunque escludersi recisamente che, nell'opera completa del giureconsulto, la connessione di questo passo col rimanente non dimostrasse che la potestà sui figli, pur vivendo l'avo *pater familias*, spettasse direttamente al padre loro. Tanto più nel nostro caso, in cui non si scorge un serio motivo per la differenza di trattamento fra la moglie e i figli.

Altra argomentazione possiamo derivare dal fr. D. 48. 5. 21, 22 — PAPIANUS, l. 1<sup>o</sup> de adulteriis.

Patri datur ius occidendi adulterum cum filia quam in potestate habet: itaque nemo alius ex patribus idem iure faciet: sed nec filius familias pater: (ULPIANUS, l. 1<sup>o</sup> de adulteriis) (sic eveniet, ut nec pater nec avus possint occidere) nec immerito: in sua enim potestate non videtur habere, qui non est suae potestatis.

I due frammenti, di PAPIANO e di ULPIANO, si riferiscono al diritto spettante al genitore di uccidere l'adultero, nell'atto che lo sorprende con la propria figlia. Dice PAPIANO che tal

diritto viene dato al genitore che ha la figlia in potestà; quindi l'uccisione non può a diritto esser operata da alcun altro ascendente, compreso l'ascendente immediato, se è *filius familias*. Dunque può capitare, soggiunge ULPIANO, che nè il nonno nè il padre abbiano diritto di uccidere l'adultero; e con ragione, perchè non si può ritenere che uno abbia altra persona sotto la sua potestà, quando egli stesso non è in propria potestà.

Questi due frammenti offrono difficoltà innegabili, soprattutto per la recisa affermazione contenuta in fine del fr. di ULPIANO. Ma anche qui bisogna tener conto della specialità del caso, riguardante una disposizione di carattere esclusivamente penale. Ora, è noto che le sanzioni penali, appunto perchè sono elemento essenziale della disciplina interna del gruppo, spettano soltanto al capo di esso; ed è naturale che le funzioni supreme, quelle concernenti la vita stessa e l'organizzazione del gruppo, siano rimaste accentrate nella persona in cui un tempo risiedeva il potere unico e sovrano. Qui, dunque, sussistono gravi ragioni per ritenere che, dato il caso speciale, e di fronte al principio generale in tema di *manus* e di *patria potestas*, noi ci troviamo di fronte ad una deroga piuttosto che ad una norma assoluta. La *patria potestas*, alla quale si allude nel caso dell'uccisione dell'adultero, non sarebbe la *p. p.* per se stessa, ma quella *potestas* di cui è investito il capo supremo del gruppo.

D'altra parte, se non si ammettesse che il figlio ha la *patria potestas* fin dal tempo in cui vive il suo ascendente, non si potrebbe spiegare come egli la acquisti con la morte di questo: infatti non si può dire che il figlio la erediti dal *pater familias* defunto, perchè i diritti di famiglia non fanno parte del compendio ereditario. Tanto è ciò vero che l'avo non può per testamento privare il figlio proprio della potestà sui nipoti. Se dunque il figlio diventa *pater familias* « iure proprio » alla morte di chi lo ha sotto la sua potestà immediata, conviene dire che questa potestà, in germe, fosse già presso di lui quando era in vita l'ascendente. In conclusione, questo solo può, a nostro avviso, affermarsi: che *p. p.* e *manus* spettino al figlio anche in vita del pa-

dre, che però la *p. p.* venga esercitata da questo per conto di quello; e che allo scomparire del genitore il quale forma l'ostacolo non al godimento, ma al solo esercizio, della *p. p.* da parte del figlio, questi si trovi immediatamente e completamente, per proprio diritto, libero di esplicitarla. Ripetiamo: ciò è affermato in modo non dubbio riguardo alla *manus*; e i casi particolari che abbiamo esaminato non porgono una solida base per escludere un egual trattamento della *potestas*.

§ 128.

Altro elemento in relazione al quale dobbiamo esaminare la capacità del figlio, è il *commercium*. Abbiamo già studiato la definizione che ne dà ULPIANO, e abbiamo indagato i varii significati di questo termine; qui ci basta accennare al principio generale, fermato fin dal periodo primitivo, sulla capacità del figlio di famiglia dal punto di vista del *commercium*. Il figlio non era capace di avere alcun diritto, nè poteva obbligarsi, nè far valere in giudizio le proprie ragioni. Come per lo schiavo, così per il figlio, si dichiara che qualunque diritto viene acquistato senz'altro al capo della famiglia. Questo è lo stato delle cose anche nel diritto classico. Ecco come GAIO tratteggia per questo riguardo la posizione del figlio di famiglia:

GAI. II, 86. Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos quos in potestate manu mancipiove habemus: item per eos servos in quibus usumfructum habemus: item per homines liberos et servos alienos quos bona fide possidemus. de quibus singulis diligenter dispiciamus. 87. Igitur quod liberi nostri quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest... Si acquista a noi, non solo per lo stesso fatto nostro, ma anche per il fatto di quelle persone che abbiamo nella nostra *potestas* (figli, schiavi) nella nostra *manus* (moglie), nel nostro *mancipium*

(il *liber homo* mancipato e il redento dal nemico): così pure pel fatto di quegli schiavi sui quali abbiamo l'usufrutto, e di quegli uomini liberi e di quegli schiavi altrui che possediamo in buona fede. E pertanto quello che i figli in nostra potestà, o gli schiavi, ricevono per via di mancipazione od ottengono per via di tradizione, o stipulano, od acquistano per qualsiasi causa, si acquista a noi; non può, infatti, aver nulla di suo quegli stesso che è nella nostra potestà.

§ 129.

Schiavo e figlio di famiglia sono tutt'una cosa per questo riguardo; l'esclusione della capacità patrimoniale è completa per entrambi. E così per l'uno come per l'altro ne deriva l'esclusione della possibilità di far valere in giudizio alcun diritto, appunto perchè diritti non hanno. Nè potranno partecipare alla *in iure cessio* perchè nel finto processo di rivendica che la informa non potranno, dinanzi al magistrato, affermare l'esistenza di un diritto di proprietà.

Ma quanto alla capacità di obbligarsi nel figlio di famiglia, lo stato delle cose mutò nel diritto classico. Si dubita anzi se già nell'antica *noxae datio* non si possa scoprire un segno del cambiamento posteriore. È noto che, nel caso di un delitto commesso dal figlio di famiglia, il padre era tenuto o ad assumere sopra di sé le conseguenze del fatto delittuoso, risarcendo i danni, o a dare in schiavitù al danneggiato il proprio figlio, trasferendoglielo per via di *mancipatio*. È questa la *noxae datio* la quale appunto costituisce uno dei casi in cui si può vendere il proprio figlio. Agli stessi principi si informa la responsabilità del padrone pel delitto commesso dal servo; cioè il padrone deve risarcire il danno o altrimenti deve dare a nozza il servo trasferendone la proprietà all'offeso. Nè basta: anche gli animali sono posti, per questo riguardo, allo stesso livello dei figli e degli schiavi, perchè il padrone risponde nossalmente con le azioni *de pastu* e *de pauperie* per i danni recati ad altri

dal suo animale. Ma appunto per questa considerazione, che animali e figli sono trattati nella stessa maniera, non è accettabile l'osservazione che già per l' *a. noxalis* si avesse un obbligo da parte del figlio, condizionato al non risarcimento da parte del padre.

Nè regge un altro riflesso che si suol fare, sempre in base all'azione nossale, per dedurne l'originaria capacità di obbligarsi del figlio di famiglia. È noto che lo schiavo liberato, ed il figlio di famiglia non appena divenuto *sui iuris*, possono esser tenuti responsabili per i delitti anteriormente commessi. Avviene, tanto per lo schiavo quanto per il figlio di famiglia, una trasformazione dell'obbligo da *naturale* (in quanto non poteva avere attuazione pratica fin che essi si trovavano sotto la potestà altrui) in *civile* (in quanto ormai può averla). Ma mentre per noi ciò si spiega col fatto che il figlio di famiglia non ha patrimonio e conseguentemente non può obbligarsi, per altri questa spiegazione non potrebbe reggere in quanto prescinderebbe dall'originario carattere della obbligazione romana di essere, cioè, un vincolo della persona e non un aggravio del patrimonio. Ma, pure ammesso che la primitiva obbligazione romana fosse caratterizzata dalla costrizione giuridica dell'attività di un individuo, questa obiezione non sposta i termini del problema, perchè resterebbe ugualmente a dimostrarsi come mai una persona *in potestà* avesse la potestà di concedere ad altri il diritto di disporre su se stessa. Il che non è ammissibile per la contraddizione in termini.

Tuttavia già GAIUS afferma in modo reciso che il figlio di famiglia può obbligarsi.

D. 44. 7. 39 — GAIUS *l. 3. ad edictum provinciale.*

*Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest.*

L'obbligazione del figlio di famiglia, di qualunque natura essa sia, è valida quanto quella del *pater familias*, e per ciò si può agire con lui, proprio come si può agire col *p. familias*.

Ma anche un'altra circostanza, oltre questa testimonianza così chiara e netta di GAIUS, sta a provare che la capacità di obbli-

garsi del figlio di famiglia costituiva il principio generale nel diritto classico. È risaputo che sotto l'Imperatore Vespasiano fu emanato un senatusconsulto (il *S. C. Macedoniano*) che vietò di dar denari a mutuo ai *fili familias*. Ora, quale sarebbe stata l'utilità pratica di questo divieto se i figli di famiglia non avessero avuto la capacità di obbligarsi?

§ 130.

Dalla recisa affermazione del fr. 39 cit., secondo il quale il figlio di famiglia può obbligarsi anche in forza di contratto, discende logicamente che il figlio di famiglia può obbligarsi civilmente, e può anche essere chiamato in giudizio da chi intende far valere contro di lui le proprie ragioni di credito. E poichè quella affermazione e queste conseguenze troppo si dispaiano da quello che abbiamo veduto essere il portato del diritto più antico circa la posizione del figlio di fronte al *pater familias*, sarà opportuno un più minuto esame delle fonti, in base al quale potremo concludere, senza esitazione, per una effettiva modificazione della capacità del figlio di famiglia, verificatasi, sotto questo punto di vista, nel periodo storico, e quindi nel diritto classico ed in quello giustiniano. Ripetiamo: il diritto antico rimase fermo nel principio « *f. f. nihil suum habere potest* ». Il figlio, parificato nella antica economia familiare ad uno strumento di acquisto, non poteva avere patrimonio proprio; nè poteva, quindi, essere chiamato in giudizio. Concedere al creditore di agire direttamente contro il figlio di famiglia, sarebbe stato lo stesso che porgergli il mezzo di arrecare un detrimento al patrimonio del capo di famiglia: poichè il creditore — in conseguenza della *ad-dictio*, nella antica esecuzione personale — avrebbe potuto vendere il figlio di famiglia, e con ciò stesso privare di un valore economico il patrimonio paterno, mettendo in forse, o nel nulla, la potestà del *pater familias*. Una tal linea di condotta in opposizione con la *patria potestas*, noi lo abbiamo visto, vi era da parte del creditore (entro certi limiti), sol nel caso di obblighi

nascenti *ex delicto*. Qui i figli di famiglia, gli schiavi, e perfino gli animali, non solo erano parificati, ma non obbligavano neppure il padre o il domino personalmente; questi erano tenuti in forza del vincolo che li legava al figlio, allo schiavo, all'animale; l'obbligo sorgeva e perdurava in quanto esisteva un legame con la cosa. Si trattava, insomma, di una c. d. *obligatio propter rem*, dalla quale il padre, o il padrone, poteva liberarsi con la *datio noxae*, ossia col rompere quel legame di potestà o di dominio. La *noxae datio* non può, dunque, porsi a raffronto con la possibilità di agire contro il figlio di famiglia: sono due figure che differiscono fundamentalmente tra loro. Del resto, anche una ragione pratica dovette, nell'antico diritto, ostacolare in modo assoluto quella possibilità: la *patria potestas* si sarebbe trovata esposta agli attacchi più pericolosi, perchè sarebbe stato in facoltà del figlio il liberarsene sempre che avesse voluto, ponendosi d'accordo con un terzo che avesse potuto agire direttamente contro di lui e procedere alla esecuzione personale.

§ 131.

Ma, nel periodo storico, il figlio di famiglia può validamente obbligarsi. Ciò è affermato direttamente ed indirettamente nelle nostre fonti.

GAIO III, 104. Praeterea inutilis est stipulatio, si ab eo stipuler qui iuri meo subiectus est, item si is a me stipuletur. sed servus quidem et qui in mancipio est et filia familias et quae in manu est non solum ipsi, cuius iuri subiecti subiectaeve sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli.

È inefficace quella *stipulatio* (1) con la quale io, capo di famiglia, mi faccio promettere qualche cosa da chi è sottoposto alla mia potestà, o con la quale io stesso prometto a costui qual-

(1) Nelle fonti, il termine *inutilis* viene adoperato per indicare quella *stipulatio* che, per una ragione qualunque, non ha efficacia giuridica di fronte allo *ius civile*.

che cosa. Lo schiavo, poi, e colui che è *in mancipio*, e la *filia familias*, e la donna *in manu* non possono obbligarsi, non solo di fronte alla persona in potestà della quale si trovano, ma neppure di fronte ad un estraneo.

Dunque, secondo GAIO, non può esistere obbligo tra il *pater familias* e le persone a lui soggette. E ciò s'intende facilmente dal momento che il *pater* ed il *filius familias* costituiscono quasi un'unica persona, e che non è immaginabile alcun vincolo obbligatorio se non fra soggetti diversi. Qui poi mancherebbe il mezzo per costringere all'adempimento dell'obbligo, tanto se si trattasse di obbligo contratto dal figlio, quanto se si trattasse di obbligo del padre. Nè questi potrebbe giovare, a tal fine, dei poteri disciplinari che gli spettano in qualità di *pater familias*. Ma GAIO, da un canto, esclude ogni efficacia delle *stipulationes* fra aventi potestà e soggetti alla potestà, e dall'altro non la nega a quelle *stipulationes* che intercedono fra i figli di famiglia e gli estranei, perchè dice espressamente che con gli estranei non possono stipulare gli schiavi, le persone *in mancipio*, la *filia familias*, e la donna *in manu*. Quindi, per quanto si riferisce alla incapacità di obbligarsi di fronte ai terzi, esclude dalla cerchia delle persone soggette a potestà i *fili familias*.

La ragione per cui gli schiavi non possono obbligarsi di fronte ai terzi, è evidente: essi non sono soggetti, ma oggetti di diritto. E la stessa ragione vale per le persone *in mancipio*, poichè esse vengono parificate agli schiavi (GAIO 3, 114: « *qui in mancipio est..... servi loco est* »). L'incapacità della *filia familias* e della donna *in manu*, è un residuo della più generale incapacità sanzionata per la donna da molte legislazioni, non primitive soltanto, compresa quella di Roma. Questo residuo rimase per forza di inerzia; tanto più in quanto non intervenne in pro' della donna quella circostanza che diede la spinta a tutto il movimento di trasformazione della condizione dei figli di famiglia per ciò che si riferiva alla capacità di obbligarsi. La donna non conquistò nel diritto pubblico quella posizione autonoma, alla quale pervennero i *fili familias* con l'assunzione alle pubbliche cariche

e col prestar servizio nell'esercito; e quindi, per quasi tutto il diritto classico, essa rimase in questa condizione d' inferiorità di fronte agli uomini. Nel periodo posteriore fu, però, riconosciuta anche alla *filia familias* la capacità di obbligarsi civilmente.

§ 132.

Poichè era capace di obbligarsi, il *filius familias* poteva anche esser chiamato in giudizio. Resta a vedersi da qual'epoca abbia avuto origine questa sua capacità di esser parte in giudizio. Non certo ciò accadeva nell'antico diritto rigoroso, durante il periodo delle *legis actiones*. Ma questa affermazione degli scrittori, basata per lo innanzi sulle solite considerazioni astratte intorno al rigido formalismo dell'antica procedura, hanno ricevuto conferma dalla scoperta degli *Scholia Sinaitica* (1) avvenuta nel 1880. Ivi, al fr. 18, è detto:

..... *Filius familias cum legis actionis capax non sit, non potest in iure cedere alii tutelam.*

Ossia, vien affermato esplicitamente che il *filius familias* non ha capacità di stare in giudizio (2) nel procedimento *per legis actionem*, e quindi non può cedere ad altri la tutela, perchè la *in iure cessio* non è altro che una finta *legis actio*. In quel primo periodo egli non ha alcuna capacità processuale; nè occorre distinguere la capacità di esser attore da quella di esser convenuto, perchè il testo non distingue.

Nessun dubbio che tale capacità gli sia stata senz'altro riconosciuta nel periodo del processo formulare. A prescindere dall'affermazione larghissima contenuta nel fr. 39 cit., ne abbiamo la conferma in una numerosa serie di fonti classiche.

(1) Si tratta di frammenti, in lingua greca, che facevano parte di un commentario dei libri di ULPIANO, *ad Sabinum*. Furono ritrovati e copiati in un monastero del Monte Sinai dal greco BERNADAKIS — V. *Textes de droit romain* (Girard) p. 578 sgg.; RICCIBONO, BAVIERA, FERRINI *Fontes* II p. 531 sgg.

(2) L'espressione *legis actionis capax* non è molto chiara per se stessa, ma appare evidente il suo significato.

fr. 4.4.3,4. ULPIANUS, *libro XI ad edictum*.

Sed *utrum solis patribus familiarum an etiam filiis familiarum succurri debeat, videndum. movet dubitationem, quod, si quis dixerit etiam filiis familiarum in re peculiari subveniendum, efficiet ut per eos etiam maioribus subveniatur, id est patribus eorum: quod nequaquam fuit praetori propositum: praetor enim minoribus auxilium promisit, non maioribus. ego autem verissimam arbitror sententiam existimantium, filium familias minorem annis in integrum restitui posse ex his solis causis quae ipsius intersint, puta si sit obligatus, proinde si iussu patris obligatus sit, pater utique poterit in solidum conveniri: filius autem cum et ipse possit vel in potestate manens conveniri, vel etiam emancipatus vel exheredatus in id quod facere potest, et quidem in potestate manens etiam invito patre ex condemnatione conveniri: auxilium impetrare debebit, si ipse conveniatur.*

§ 133.

La trattazione di ULPIANO concerne la *restitutio in integrum*, ossia quel rimedio col quale il pretore rimette nello stato pristino colui che ha subito, in virtù delle regole medesime del diritto, un pregiudizio che il pretore reputa ingiusto; una decisione per cui il pretore considera non avvenuto il fatto dal quale deriva tale pregiudizio. Il pretore non accorda la *restitutio in integrum* se non *causa cognita*, e in determinate condizioni di cause e di termini (1). Una di tali cause è appunto l'età minore ai venticinque anni. E di questa *restit. in integr. ob aetatem* qui discorre ULPIANO. Bisogna vedere, egli dice, se questo rimedio debba concedersi soltanto ai *patres familias* minori di XXV anni, oppure anche ai *filii familias* che non abbiano raggiunto tale età. Il dubbio proviene da ciò, che se si ammette che anche ai *filii familias* debba venirsi in aiuto per quanto riguarda il patrimonio peculiare, si viene indirettamente a soccorrere, per loro mezzo,

(1) Cfr. GIRARD, *Man. él. de dr. rom.* (Trad. it.), p. 1075 sg.

anche i maggiorenni, ossia i padri che li hanno in potestà: e a ciò, davvero, non mira il pretore, perchè questi ha promesso il suo aiuto ai minorenni, non ai maggiorenni. Per mia parte, prosegue ULPIANO, io credo esatta l'opinione di coloro che pensano che il figlio di famiglia minore dei XXV anni possa ottenere la *restit. in integr.* per quelle sole cause che tornano a suo vantaggio diretto, che rispondono ad un suo interesse personale: ad es. quando egli si sia obbligato (senza avere un peculio). Che se poi egli si sia obbligato per incarico del padre, questi potrà sempre esser convenuto in solido. Ad ogni modo è certo che il figlio può esser personalmente chiamato in giudizio mentre dura la patria potestà, anche dopo l'emancipazione e la diseredazione accordandogli allora il *beneficium competentiae*. E mentre trovasi nella potestà paterna, anche se il padre si oppone, egli può esser di nuovo convenuto, susseguentemente alla condanna, con l'*a. iudicati*; ma dovrà domandare la *restitutio in integrum* se verrà convenuto personalmente.

## § 134.

A dilucidazione di questo frammento, che pone così nettamente in rilievo la capacità processuale del *filius familias*, osserviamo che il duplice *conveniri* (una volta usato puramente e semplicemente, e un'altra volta con l'aggiunta *ex condemnatione*) si riferisce a due stadi diversi del procedimento romano. In questo la procedura di cognizione è completamente separata dalla procedura di esecuzione: la prima, ordinata *in iure* con la *litis contestatio*, ha il suo termine *in iudicio* con la pronuncia della sentenza che la formula prescrive al giudice di emanare; la seconda s'inizia con una nuova azione: l'*a. iudicati*. Poichè in Roma non si esegue direttamente la *condemnatio* pronunziata dal giudice, ma occorre intentare una nuova azione, l'*a. iudicati*, che è diretta a conseguire quanto ormai è dovuto in base al nuovo titolo della condanna. Qui si verifica quella che suole chiamarsi novazione necessaria, e che noi diremo meglio novazione processuale.

Essa è una conseguenza necessaria del concetto primordiale romano, che la sentenza sia il frutto dell'assoggettamento volontario delle parti a quanto deciderà il giudice. Tutta la procedura dell'*ordo iudiciorum* si fonda sulla convenzione; onde il concetto convenzionale della *contestatio litis*; onde la successiva trasformazione designata colle notissime tre formule dei *veteres*, riferita da GAIO (III, 180: ante litem contestatam *dare debitorem oportere*, post litem contestatam *condemnari oportere*, post condemnationem *iudicatum facere oportere*).

A nessuno viene in mente di sostenere la novazione per contestazione della lite nel nostro diritto. Ma è recisamente da escludere un tale effetto anche quanto alla sentenza. Per noi, la sentenza non fa che porre in sodo la esistenza del rapporto giuridico; il rapporto su cui cade la sentenza, non solo non vien meno, dopo che questa è passata in giudicato, ma anzi ha una esistenza che ormai è al coperto da ogni attacco. Per il nostro diritto non può dirsi che la sentenza faccia acquistare nuove qualità alla ragione che essa riconosce; nè può parlarsi dell'esistenza di una nuova azione, dell'*actio iudicati*, a simiglianza del diritto romano, poichè non si può sul serio trasportare nel nostro diritto processuale una figura così intimamente legata colle peculiarità storiche e con le imperfezioni della procedura romana. Forse che, dopo la sentenza di condanna, occorre un'altra decisione che apra la via alla vera esecuzione? Perchè a questo si deve por mente, che l'*actio iudicati* non è una vera azione esecutiva, ma apre solo la via all'esecuzione propria. Mentre, presso di noi, questa segue immediatamente, senz' uopo di un anello di congiunzione (1).

## § 135.

A completare la serie dei giureconsulti che affermano la capacità processuale del figlio di famiglia, dobbiamo ancora esaminare il seg. frammento di PAOLO:

(1) Cfr. su quanto sopra: FADDA: *La prescrizione della ragione commerciale dopo la sentenza di condanna*, nel FILANGIERI, 1898, pag. 801 e sgg.



fr. 12. 2. 24 — PAULUS, l. 28 ad edictum.

Multo magis proderit patri religio filii, cum quo etiam iudicium consistere potest.

Assai di più (che il giuramento di uno schiavo) gioverà al padre il giuramento del figlio: con cui può anche costituirsi un valido giudizio.

Queste parole di PAOLO apparranno oscure a chi non tenga presente la distinzione romana fra giuramento volontario e giuramento necessario.

Il primo ha luogo quando, allo scopo di evitare una lite in vista, una persona che ha una vertenza con un'altra, propone a questa di rimettersi al suo giuramento per la soluzione della vertenza. È dunque un giuramento che ha luogo fuori giudizio, benchè possa essere convenuto dopo il giudizio iniziato, ed è un giuramento volontario, in forza di un *pactum*, di un libero accordo di volontà fra chi lo presta e chi lo riceve. Nè è strettamente necessario che il giuramento volontario si riferisca nel suo contenuto direttamente alla controversia, potendosi pattuire tra le parti che la soluzione di essa dipenda da un giuramento intorno a circostanze affatto estranee. Così, ad esempio, quando la esistenza di un diritto disputato si faccia dipendere da che si giuri una cosa stabilita, un fatto anche estraneo alla causa (fr. 12.2.39). Una volta stabilito l'accordo e prestato il giuramento, il pretore concede — a seconda dei casi — una *actio iuris iurandi* od una *exceptio iuris iurandi*, perchè il patto sia osservato da quella parte che, violando la fede, intende disconoscerlo (1).

Il giuramento necessario avviene, invece, quando le parti trovansi *in iure*, innanzi al magistrato. Qui l'attore, dopo aver indicato al convenuto l'oggetto della lite, può, invece di richiedere al magistrato il rilascio della formula, deferire all'avversario un giuramento, che questi, sotto pena di esser tenuto per giudicato, è obbligato a prestare o a riferire.

(1) V. FADDA *sul c. d. pactum de iurejurando*. *Bull. dell. Ist. di D. R.* I p. 34 sgg. (*Studi e questioni di diritto*, I. p. 133 sgg.).

§ 136.

Mentre il giuramento volontario è convenzionale, il giuramento necessario è coattivo; mentre il primo può intervenire in qualsiasi materia, il secondo si ha soltanto in materia di *condictio certae creditae pecuniae*, di *condictio triticaria*, e di *pecunia constituta* e altri pochi casi tassativi. Le due *condictiones* accennate erano azioni rigorose dell'antico diritto civile, aventi per oggetto una somma determinata di denaro, od altro oggetto determinato. Esse nascevano dalla *stipulatio*, o dal contratto letterale, ossia da forme solenni di obbligazione, oppure da mutuo; ed avevano nella multa della terza parte una gravissima sanzione. S'intende perciò facilmente come queste obbligazioni fossero munite di tutti i mezzi più rigorosi, fra i quali il giuramento necessario, per farsi valere. Analoga è l'azione *de pecunia constituta*, che sanziona il patto di costituito, ossia quel patto con cui alcuno assume l'obbligo di pagare in un determinato giorno una somma già dovuta, sia pure soltanto naturalmente. Quest'azione, introdotta dal pretore per punire l'infrazione alla parola data (*turpe est fidem fallere*), è anche più rigorosa della *condictio certae creditae pecuniae*, perchè questa ultima porta con sè la penalità della *sponsio tertiae partis*, mentre la prima ha una *sponsio dimidia partis* (Gai IV. 171).

Trattasi in tutti questi casi di azioni introdotte a tutela della buona fede nel movimento del traffico e negli affari commerciali; esse corrispondono ad alcuni mezzi rapidi e rigorosi che vigono nell'odierno diritto commerciale: alludiamo alla cambiale, ai titoli al portatore ecc., in cui, appunto in prima linea, è in giuoco l'adempimento rigoroso, come elemento vitale del commercio. Malamente qualche moderno scrittore ha tentato di disconoscere la vera portata del patto di costituito, confondendolo con una specie di conferma, con la speciosa obiezione che, in qualunque modo venga confermato un obbligo, è sempre *turpe fidem fallere*, e che, quindi, si avrebbe in ogni caso un costituito. Bisogna tener presente che

non si tratta di un patto in generale, chè — in tale ipotesi — anche la semplice parola data basterebbe a formarlo, ma di un patto di natura speciale, che si verifica nel caso determinato in cui una delle parti deve fare affidamento assoluto sul pagamento a giorno fisso, pel buon andamento delle proprie operazioni commerciali.

§ 137.

Nell'editto pretorio, il *pactum iurisiurandi* e lo *ius iurandum necessarium* erano contenuti in due capi separati e distanti. I compilatori riunirono nel titolo 12,2 del Digesto i testi dei commentari riferentisi ai due giuramenti; donde una confusione delle due figure, che è durata fino ai tempi recenti. Va dato il merito di aver messo chiaramente in luce le profonde differenze che le separano, e di averle ricostruite dalle fondamenta, al DEMELIUS che ha scritto in proposito un libro insuperato per rigore di metodo e per acume critico (1). Alle indagini del DEMELIUS porse occasione la riforma dell'Ordinamento di proc. civ. austriaco, e non — come alcuno potrebbe credere — un vano desiderio d'indagine nei campi dell'archeologia giuridica. Il Codice di proc. civ. Tedesco del '79 aveva mantenuto, limitandolo, il giuramento decisorio; si discuteva se fosse opportuno seguire in Austria un sistema analogo. Il libro del DEMELIUS escluse decisamente che il diritto romano conoscesse questo giuramento decisorio, nella generalità attuale tanto grave e rovinoso, e portò così un assai valido argomento alla abolizione definitiva di esso dalla Ordinanza procedurale austriaca.

Analogo al *ius iurandum necessarium* è il nostro giuramento decisorio, con la differenza che noi possiamo deferirlo in qualunque specie di controversia civile. Per eccezione non lo si può deferire sopra un fatto delittuoso, sopra una convenzione per la cui validità la legge esiga un atto scritto, nè per impugnare un fatto che un atto pubblico attesti seguito nell'atto stesso avanti l'ufficiale pubblico che l'ha ricevuto (cod. civ. art. 1364).

(1) DEMELIUS, *Schieds- und Beweiseid im römischen Civilprocess*, 1887.

È questione delicata il decidere se, o no, convenga mantenere questa figura nel nostro diritto. In teoria può bene arrivarsi alla soluzione negativa, ma in pratica sarà difficile sradicarlo dalle abitudini che si sono formate al riguardo. Noi pensiamo che per lo meno bisogna frenarlo a modo da non porre a tortura le coscienze dei galantuomini, e che, perciò, sarebbe ottimo consiglio lasciare al giudice la facoltà di ammetterlo o di respingerlo.

§ 138.

Il fr. 12. 2. 24, afferma dunque che il *filius familias* può giurare, e che il suo giuramento giova al *pater familias*; soggiunge inoltre che col figlio si può costituire un giudizio. E l'affermazione di PAOLO conforta le altre che già abbiamo esaminate. Occorre, ancora, indagare se il giureconsulto si riferisca qui al *pactum iurisiurandi* od al *iuramentum in iure* (poichè qui non è in questione un altro caso di giuramento, all'infuori dei due accennati: il *iuramentum in iudicio*, che viene imposto dal giudice, *in iudicio*, e funge da ordinario mezzo di prova). Le ricerche del DEMELIUS, e quelle susseguenti del LENEL, non lasciano dubbio di sorta che qui si tratti del *iuramentum necessarium*: quest'ultimo autore ha inoltre dimostrato che il cit. frammento di PAOLO si riferiva ad una speciale rubrica dell'editto, in cui, fra le altre materie, era compreso l'editto sulla delazione del giuramento (tit. *si certum petetur*).

Possiamo quindi concludere, che anche il fr. 12. 2. 24 conferma che il *filius familias* può essere chiamato *in ius* come qualunque altro litigante, e quivi può essere costretto a giurare o a riferire, salva sempre, all'avversario, la facoltà di riferire a sua volta.

§ 139.

GAI IV. 80: Haec ita de his personis quae in potestate sunt sive ex contractu sive ex maleficio earum controversia esset: quod vero ad eas personas quae in manu mancipiove sunt [cum ex

maleficiis earum agatur, eadem valent, quae in persona filiorum familias servorumve diximus. de contractibus autem eorum qui in mancipio sunt adversus eos quorum in mancipio sunt nulla actio proposita est, de debitis vero earum quae in manu sunt] ita ius dicitur, ut cum ex contractu earum agatur, nisi ab eo cuius iuri subiectae sint in solidum defendantur, bona quae earum futura forent, si eius iuri subiectae non essent, veneant.

In questo paragrafo di GAIO, che ci è pervenuto in modo assai incompleto a cagione di una lacuna, supplita poi dal KRUEGER (noi abbiamo collocato fra parentesi quadre il supplemento del KRUEGER) — trovasi accennata la possibilità di chiamare in giudizio il *filius familias*, e tale possibilità viene posta a raffronto con quella di chiamare in giudizio il *liber homo in mancipio* e la *filia familias*. Dopo aver parlato delle regole generali di capacità in riguardo alle persone in potestà (per le liti eventuali nascenti dai contratti che esse abbiano conchiuso o dai delitti da loro commessi) il giureconsulto soggiunge, che in riguardo alle persone che sono soggette alla *manus* od al *mancipium* si applicano le stesse regole che per i soggetti a potestà (figli e schiavi), quando si tratta di delitti di costoro. Ossia, il capo di famiglia è tenuto, per costoro, in via nossale; e può difenderli risarcendo il danno, o non difenderli, dandoli a nozza. Nella quale ultima ipotesi deve trasferirne la proprietà all'attore, chè altrimenti viene accordato a quest'ultimo il diritto di impossessarsi della persona che ha commesso il delitto.

Quindi GAIO prosegue: per i contratti di quelli che si trovano in *mancipio* il pretore non promette alcuna azione contro le persone che li hanno in *mancipio*, ma per i delitti delle donne che sono in *manu*, si concede la formula in modo che quando si agisce in base al contratto da esse conchiuso, se non vengano difese per il tutto da chi le tiene soggette al proprio diritto, possano essere venduti quei beni che sarebbero stati in proprietà di esse, se non fossero state soggette al diritto altrui.

Non v'è dunque possibilità di azione contro le persone che trovansi in *mancipio* od in *manu*; ma per quelle che sono in tale

posizione, se si tratta di delitto, v'è l'azione nossale contro l'avente diritto su di esse, come v'è contro il *pater familias* per i delitti dei figli e degli schiavi. Se si tratta di contratto, non v'è modo di agire contro le persone in *mancipio*; ma contro le donne in *manu* si provvede con un'*actio ficticia*, in cui si finge che esse non siano entrate in *manum* del marito e posseggano perciò un patrimonio proprio. Sono dunque responsabili come per contratto, e, ove non eseguano la condanna, si procederà contro di loro con l'ordinario procedimento esecutivo del periodo formulare, che metterà capo alla *venditio bonorum*. Il marito potrà evitare che tutto il procedimento sia diretto contro la propria moglie, rispondendo in tutto per lei, perchè è appunto un principio generale fissato a proposito della *capitis deminutio* questo, che per i debiti delle persone *sui iuris*, diventate in seguito *alieni iuris*, si proceda direttamente contro di esse, come se non fossero diventate soggette all'altrui diritto, se il nuovo avente diritto non li sodisfaccia.

§ 140.

Ma il ripiego adottato per la donna in *manu* non sarebbe stato possibile per i *fili familias*, che non si trovavano un sol momento liberi della patria potestà, che non erano mai *sui iuris*.

Una volta intentata l'*actio iudicati* contro il *filius*, come si sarebbe potuto procedere alla *venditio bonorum*, all'esecuzione sui beni, se il *filius familias* non ha, nè ha mai avuto, beni propri?

Si può immaginare un'esecuzione personale contro di lui, ma non un'esecuzione sui beni. La questione sorge nel caso in cui il *filius familias* abbia un peculio. Qui bisogna distinguere fra il caso in cui si tratta di obblighi in relazione col peculio, e il caso in cui quelli sono interamente estranei a questo.

Se si tratta di obbligazioni *ex contractu* in relazione col peculio, non v'ha dubbio che i creditori possano procedere all'esecuzione sul peculio, ma essi debbono limitarsi al residuo, perchè anzitutto vanno dedotti i debiti contratti dal figlio verso il

genitore. Nella sola ipotesi che il peculio sia stato concesso al figlio per scopi di commercio, questa deduzione non ha luogo, perchè qui—come già dicemmo da proposito delle *aa. adiecticiae qualitatis*—il padre concorre *pro rata* insieme con gli altri creditori. E quindi, dopo avvenuta la *venditio*, percepirà anch'egli dal compratore come gli altri creditori, quel tanto per cento del proprio credito che il compratore dei beni ha promesso fin dal momento in cui il *curator bonorum* ha proceduto alla vendita. In effetti, l'ammontare della somma che ogni creditore percepirà, è determinato dalla offerta del compratore.

Ove trattisi di obbligazione che non è stata contratta dal figlio in relazione col peculio, è opinione generale—sebbene non manchi qualche voce discorde—che si possa ugualmente procedere all'esecuzione sul peculio. Il peculio, si dice, è il patrimonio di fatto del figlio di famiglia; non può dubitarsi che esso formi il centro dell'attività economica di lui: quindi ogni suo contratto sta in relazione col peculio, e col peculio si dovrà rispondere. Solo limite è questo, che il figlio non risponde *ex delictis* col proprio peculio.

§ 141.

Ma suppongasì che il creditore in base a delitto abbia agito contro il figlio di famiglia e ne abbia ottenuto la condanna. A guardare la cosa in modo superficiale, parrebbe che qui non si potesse far valere l'*a. iudicati* per eseguire la condanna, perchè, appunto, il peculio non risponde per i delitti. Ma così non è, perchè l'*actio iudicati* produce la novazione dell'obbligo originario, e quindi non si guarda più alla causa primitiva del debito, al titolo dell'azione per la quale s'è intentato il giudizio, ma all'obbligo che è subentrato dopo la condanna: *iudicatum facere oportere*. Questo nuovo titolo, che è seguito ai due precedenti: *dare debitorem oportere*, *condemnari oportere*, costituisce al pari di questi una novazione, che sostanzialmente non si dispaia dalla novazione volontaria. Quindi sul peculio si può procedere in base

al titolo *iudicati*, come da qualunque altro negozio gesto, anche se contro il padre non si possa agire al titolo *de peculio* (1).

Se il figlio di famiglia ha un peculio vi è sempre la possibilità di esecuzione sul patrimonio; se non ha peculio, non resta che procedere alla esecuzione sulla persona di lui.

---

(1) È ciò che vien affermato nella celebre legge, Dig. 15. 1. 3. 11. la quale applica nel caso in esame, col più stretto rigore logico, il concetto primordiale romano, che la sentenza è il frutto dell'assoggettamento volontario delle parti a quanto deciderà il giudice. È utile, a questo proposito, seguire le successive trasformazioni dell'azione nella procedura civile romana. GAIUS (III, 180) riferisce le tre notissime formule degli antichi; *ante litem contestatam dare debitorem oportere*; *post litem contestatam condemnari oportere*; *post condemnationem iudicatum facere oportere*. In altri termini, quando un'azione è presentata in giudizio, la formula è: *centum (Stichum etc.) dare oportere*: contestata la lite, sorge l'obbligo delle parti di giungere ad una *condemnatio*, ossia ad una pronuncia del giudice in cui si condanni o si assolva; pronunciata la sentenza, si è tenuti ad eseguire il giudicato, *iudicatum facere oportere*.

Tutte queste trasformazioni dell'azione non esistono più nel diritto odierno. Oggi il punto iniziale delle procedure è la citazione, il punto terminale è la sentenza: con questo che gli effetti civili della sentenza risalgono di regola al giorno della citazione. Ma l'idea della novazione processuale, sotto qualunque forma si manifesti, non ha serio fondamento per il nostro diritto. La funzione giurisdizionale per noi non si basa, come per i Romani, sulla convenzione, ma è indiscutibilmente funzione di Stato. Nello Stato moderno esiste una *generale ragione a soccorso giudiziario*, ed appunto l'identità dello scopo e l'unicità della ragione di tutela fanno sì che dal procedimento nelle varie sue forme e nei diversi suoi stadi risulti un tutto unico, un unico rapporto giuridico. Invece, nello Stato romano primitivo non può concepirsi questo diritto dei cittadini ad un intervento dello Stato per la tutela delle loro ragioni. L'unica funzione statale primitiva può riassumersi nella difesa contro gli estranei alla comunità politica; ma entro questa cerchia, le liti fra *gentes* o *familiae* si dirimono originariamente colle trattative o con le armi, e solo in prosieguo di tempo, stringendosi vieppiù i legami fra questi gruppi, l'autorità del capo ottiene che cessino le contese materiali, e che i litiganti si rimettano al suo giudizio. Questa lenta evoluzione si rispecchia nell'antico procedimento *per legis actiones*: qui abbiamo la finzione di una zuffa tra le parti e innanzi al pretore (che rappresenta la comunione civile), e con la presenza dell'oggetto di contesa. Il pretore (come un tempo il capo) ordina che cessi la contesa, e che venga depresso l'oggetto; indi stabilisce la persona che

§ 142.

Resta, a questo proposito, una questione d'indole storica: si domanda se, nell'antico sistema, possa eseguirsi una sentenza sul figlio di famiglia, quando questi è sotto la potestà paterna; in altri termini, se possa essere lecito al creditore di menomare, ai

dovrà decidere. Ma nel periodo primitivo erano le stesse parti a scegliere il giudice, e, sul loro accordo, il capo avrebbe dovuto concederlo. Onde CICE-  
RONE afferma che i *maiores* non vollero alcuna condanna neppure pecuniaria, se le parti non avessero stabilito chi doveva decidere tra loro.

E, del resto, anche nel periodo storico le *quaestiones perpetuae*, o controverse penali, non possono funzionare se le parti non abbiano accettato il giudice, scegliendolo, per via di ricusazioni, nella lista apposita. Se si fa eccezione per i soli giudizi innanzi al popolo, nei quali la comunione non bada a eseguire una legge, ma è arbitra sovrana di condannare l'autore di ciò che le torna a danno, se si fa questa eccezione — ripetiamo — è il concetto convenzionale quello che, per tutto il resto, dà colore e vita al procedimento romano. Insomma, sempre che lo Stato come tale non è interessato, sempre che non si tratta della sua difesa legittima, è la convenzione fra le parti quella che domina il procedimento. Appena lo Stato ne va di mezzo, il procedimento civile assume carattere del tutto differente, per l'accresciuto numero dei giurati, per la presidenza legalmente ordinata del tribunale, etc.

Anche la forma in cui avveniva la *contestatio litis* e la sua essenza, confermano il concetto convenzionale accennato. Sulla sua forma, anche dopo le particolari indagini al riguardo, di tanto si discute sempre. Lo SCHLOSSMANN ha tentato (in uno studio attraente ma che per noi non riesce persuasivo) di rimettere in onore l'opinione antica secondo la quale la *litis contestatio* avrebbe avuto luogo nell'inizio della procedura in *iudicio*. Ma secondo l'opinione del KELLER, dimostrata, secondo noi, definitivamente e meglio concretata dal WLAŠAK e dal LENEL, la *litis contest.* è l'espressione finale del concorso di volontà necessario per la costituzione della lite. Il *iudicium* è *acceptum* dal convenuto verso l'attore, e la *litis contestatio* non ha luogo se non al momento in cui il convenuto accetta dall'attore la formula (*iudicium*) già redatta dal magistrato. Il giudizio susseguente innanzi al giudice si svolge tutto entro la cerchia della formula stabilita dal pretore e accettata fra le parti: è come la *charta* che segna la natura e i limiti del giudizio.

Tutto ciò non ha riscontro nell'odierno procedimento; onde appare per lo meno strana l'applicazione della massima romana: *in iudiciis contrahitur* all'o-

fini dell'esecuzione, la potestà del *pater familias*. Abbiamo detto che si tratta di questione storica, perchè in effetti il diritto giustiniano non conosce più l'esecuzione personale, e perchè già nel diritto classico essa era ammessa più in teoria che in pratica. Ma nell'antico diritto repubblicano, e prima della *lex Poetelia Papiria* (che aveva tolto al creditore il diritto di uccidere il debitore, accordandogli, invece, di farlo lavorare), si poteva agire con la *manus iniectio iudicati* contro il figlio di famiglia? Notizie che permettano una soluzione sicura, non se ne hanno. Nel dubbio, la maggior parte degli antichi scrittori si pronunciava per la negativa. Ma recentemente è sorta un'opinione del tutto opposta, la quale sostiene che, come è certo che restava menomata la *patria potestas* per il delitto del figlio e per la *noxae datio* che ne conseguiva, così non è inverosimile immaginare che la stessa *patria potestas* potesse essere ostacolata dal fatto del figlio che avesse contratto un obbligo in base al quale fosse stato condannato. Noi non intendiamo addentrarci in una discussione su questo punto; propendiamo, però, per l'opinione affermativa, soprattutto in base al riflesso che — se pure l'esecuzione era destinata a restare un *nudum nomen* fino a che il figlio ri-

dierno diritto processuale (più strana ancora se, per adattarla allo stato di cose attuale, la si mitighi con un *quasi* che non la rende ugualmente applicabile al nostro diritto, mentre dice cosa inesatta per il diritto romano). Di fronte al nostro concetto fondamentale, che la funzione giurisdizionale sia funzione di Stato, non può neppure assurgere all'importanza di un argomento grave, il fatto che la nostra citazione e la susseguente risposta del convenuto segnino il tema della controversia, e determinino i limiti dell'attività del giudice.

Questo accordo sul contenuto della lite, non costituisce un rapporto contrattuale vero è proprio, ma è uno dei molti rapporti consensuali validi formati nel processo e dotati di effetti giuridici più o meno ampi ed importanti. Onde la Cassazione romana, per l'impulso del MORTARA, ha negato che si possa denunciare in cassazione la violazione del così detto quasi-contratto giudiziale per opera del giudice d'appello che abbia varcato i limiti della controversia fissati dai litiganti. Il giudice del merito è sovrano nell'interpretare quei limiti: il suo convincimento, fondato sui fatti, è incensurabile in cassazione.

maneva in potestà — senza dubbio doveva tornare utile ottenere la condanna del figlio con l'*a. iudicati* per la definitiva fissazione dei rapporti che che si sarebbero potuti oscurare col trascorrere del tempo. Uscito dalla patria potestà, il figlio si sarebbe trovato subito di fronte all'alternativa di pagare o di subire l'esecuzione.

§ 143.

Alla possibilità di convenire in giudizio il figlio di famiglia per debiti che ha contratto, fa eccezione il *S. C. Macedonianum*. Questo vieta ai figli di famiglia di contrarre mutui. Già una legge dei tempi di CLAUDIO aveva cercato di reprimere l'usura che veniva largamente esercitata a danno dei giovani inesperti. Sotto VESPASIANO intervenne il nostro senatoconsulto che, a quanto pare, ebbe per occasione il parricidio commesso da un figlio oberato da debiti.

Sulla legge di Claudio non si hanno notizie precise; del *S. C. Macedonianum* si sa che vietava la concessione dell'azione al creditore per riavere la somma data a mutuo. Il Senatoconsulto non decideva per se stessa la questione con una norma generale, ma invitava il pretore a non accordare l'azione quando fossero accertati gli estremi del mutuo e della condizione di figlio di famiglia nel mutuuario; restava in facoltà del pretore di concedere una eccezione al convenuto nel caso di dubbio su quegli estremi, perchè il giudice fosse autorizzato ad indagare se effettivamente il caso in esame cadesse sotto la disposizione del Senatoconsulto. Da ciò risulta che, sebbene normalmente si soglia parlare di *exceptio S. C. Macedoniani*, la forma processuale vera e propria sia il diniego dell'azione. Quindi questa non si può proporre contro il figlio di famiglia se non in ipotesi eccezionali che vengono largamente registrate dalle fonti. Ad esempio: il creditore ha ritenuto in buona fede che il mutuuario non fosse *filius familias*; la somma è tornata a profitto del *pater familias*, etc.

Si suole affermare che il *S. C. Macedonianum* tolga l'azione, ma lasci consistere un rapporto di debito naturale, in forza del

quale il *f. f.* divenuto *sui iuris* paghi sempre validamente per la novazione, che all'atto del pagamento si avvererebbe, del debito naturale in debito civile. Il vero è che l'obbligo è civile fin da principio, e civile resta nel momento in cui il *filius familias*, diventato *sui iuris*, riconosce indirettamente o direttamente, soddisfacendolo, l'obbligo suo.

L'efficacia del *S. C. Macedonianum* è durata fino all'epoca di GIUSTINIANO.

Nel periodo intermedio essa andò sempre più affievolendosi perchè le idee sociali non erano favorevoli al sospetto che ne formava il sostrato. Soprattutto il diritto commerciale dovette prescindere da esso in modo assoluto. Nel diritto moderno non se ne ha più traccia.

Del resto, non facevano difetto i ripieghi atti ad eludere l'applicazione del *S. Consulto*: uno dei più usati era quello di consegnare degli oggetti ai figli di famiglia, fingendo una vendita, per restare poi in credito della somma. È questa forma di usura, una delle più inveterate ed indegne. Ma le fonti dichiarano che il giudice dovrà caso per caso esaminare se nei negozi pei quali si agisce non si nasconda il mutuo.

§ 144.

Gravi dubbi esistono intorno alla capacità del figlio di famiglia a chiamare altri in giudizio. Se in linea generale deve ammettersi che il *f. f.* non ha nulla di proprio e che ogni diritto si acquista al genitore, il quale perciò è l'unico attivamente legittimato che possa sperimentare l'azione; d'altra parte lo svolgimento storico testè accennato intorno alla capacità del figlio a stare in giudizio costringe a ripudiare, almeno per certi casi eccezionali, questa soluzione decisamente negativa del quesito. Nelle fonti abbiamo varie testimonianze, parte dirette e parte indirette, di questa capacità riconosciuta al figlio in circostanze determinate.

Anzitutto viene affermato che il *f. f.* può agire contro il genitore: 1°) per ottenere gli alimenti; 2°) per conseguire la *donatio*

*propter nuptias* (o la dote, se trattasi di figlia). L'obbligo degli alimenti è reciproco fra padre e figlio (fr. 25. 3. 5 pr.), ed è indipendente dal vincolo di podestà, potendo sussistere anche nel caso di figlio emancipato (fr. 5 § 1 eod. tit.).

Fr. 25. 3. 5, 5. — ULPIANUS — libro 2. *de officio consulis*.

Item divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur.

Nei paragrafi precedenti del fr. cit. ULPIANO parla dell'obbligo degli alimenti imposto al padre ed agli ascendenti paterni, non solo, ma anche alla madre ed agli ascendenti materni. Qui il giuriconsulto conferma lo stesso obbligo per l'avo materno in rapporto ai nipoti spurii. Abbiamo riprodotto questa sola parte del passo per richiamare l'attenzione sulla espressione *compellatur* che vi è contenuta. *Compellere*, costringere, è il termine tecnico usato ogni volta che il procedimento di cui si tratta deve seguire *extra ordinem*, ogni volta—cioè—che il magistrato interviene direttamente costringendo l'obbligato ad eseguire la prestazione. Nella procedura *extra ordinem*, che diventa la procedura normale dopo il III secolo dell'Impero, è scomparsa ogni figura di giudizio formale; ma già per lo innanzi essa si era affermata come il mezzo più adatto per supplire alla mancanza di azione del diritto civile o pretorio. Nel caso in esame, il f. f. non aveva un'azione vera e propria, ma per lui interveniva senz'altro il magistrato.

§ 145.

Lo stesso procedimento valeva per ottenere la *donatio propter nuptias*, o la costituzione della dote.

Nelle origini si trattava di obblighi puramente morali e sociali del *pater familias* (si ricordi la *dos profecticia* accordata dal padre alla figlia); solo nei primi tempi dell'Impero e dopo le leggi *Iulia et Papia Poppaea* (che cercarono di porre argine alla corruzione dei costumi favorendo, tra l'altro, i matrimoni), a ciò che pare, fu introdotto l'obbligo di dotare le proprie figlie e di fare un assegno ai figli in occasione del matrimonio.

Fr. 23. 2. 19.—MARCIANUS libro 16 (6?) *institutionum*.

Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.

Secondo MARCIANO, il trentesimoquinto capitolo della legge Giulia prescriveva ai proconsoli ed ai presidi delle province di intervenire per obbligare quelli che hanno figli in potestà e senza ragione impediscono loro di prender moglie o marito, o quelli che non vogliono dare la dote come prescrive la costituzione dei defunti imperatori Severo ed Antonino, a consentire al matrimonio ed a dotarli. E deve interpretarsi come proibizione anche il non adoperarsi per cercare un buon collocamento.

Resta dubbio se la espressione, « ex constitutione divorum Severi et Antonini » si riferisca alla costrizione a dotare od anche alle altre ipotesi. Ma noi non scorgiamo alcuna difficoltà ad ammettere che la legge Giulia si riferisse al divieto opposto dai genitori al matrimonio dei figli, e che la costituzione imperiale facesse l'obbligo di dotarli.

A questi due rimedi, porti al figlio ed alla figlia contro il genitore, manca assolutamente la ragione d'incapacità ad agire in giudizio posta innanzi pel figlio di famiglia. Sono dunque due rimedi d'indole eccezionale.

§ 146.

Come pure d'indole eccezionale è il mezzo giuridico della *querella inofficiosi testamenti* concesso a determinate categorie di persone, ma in particolare ai figli, nel caso in cui i genitori col testamento li abbiano diseredati senza giusta ragione. Si parte dal concetto che il genitore, diseredando ingiustamente la prole, venga meno ad un dovere elementare verso di essa, che è quasi proprietaria del patrimonio familiare. Sebbene non esistesse

alcun principio generale al riguardo, e nulla contenessero in questo senso le XII Tavole, tuttavia la giurisprudenza era pervenuta a fissare la norma che la diseredazione dovesse seguire in modo specifico (nominatamente per i figli, *inter caeteros* per le figlie). Venne tempo in cui la coscienza pubblica cominciò a sentirsi lesa da questo rigido diritto del *pater familias* di disporre a suo libito dei beni purchè osservasse le norme volute per la diseredazione, e allora il tribunale dei centumviri (quello stesso che soleva giudicare delle petizioni d'eredità in base alla procedura del *sacramentum*) cominciò a considerar nulli tali testamenti facendo capo ad una specie di finzione d'insania nel testatore. L'*actio* vera e propria perdurò anche dopo l'abolizione del sistema delle *legis actiones*, ma accanto ai legittimarii ingiustamente diseredati, furono ammessi a proporre la *querella*, *extra ordinem*, anche gli eredi pretori. I primi fondavano le loro pretese sul diritto civile, i secondi sul diritto pretorio di successione. E perciò quelli dovevano agire innanzi ai centumviri, questi seguivano un procedimento a parte.

Ma il figlio di famiglia non può proporre la *querella inofficiosi* riguardo all'eredità paterna, perchè, nel momento in cui la propone, il padre non esiste più ed egli è diventato *sui iuris*. Riguardo alla eredità materna, dopo che il S. C. Tertulliano chiamò la madre alla successione legittima dei figli, e quello Orfiziano chiamò i figli alla successione materna (1), questi divennero eredi civili della propria madre: quindi la *querella* andava proposta innanzi ai centumviri, col solito procedimento basato sulla *l. actio sacramenti*. E poichè i figli in potestà, come già abbiamo affermato, non hanno capacità di agire *per legis actionem*, dovrà il padre per essi proporre la *querella*.

Bisogna dunque limitare i casi in cui il *filius familias* può proporre la querela a quelli di diritto pretorio (fra i quali quello

(1) Si ricordi che, antecedentemente, la madre non succedeva loro se non *iure praetorio* come cognata, in mancanza di ogni parente civile, o come agnata *sororis loco*, nel caso di matrimonio *cum manu*:

in cui sia stato spogliato a favore di una *turpis persona*), perchè qui non v'è *legis actio*, ma si tratta di un semplice mezzo amministrativo.

§ 147.

Finora non abbiamo visto delle deroghe propriamente dette alla incapacità del figlio di agire in giudizio contro altre persone: infatti i casi esaminati non si riferiscono all'ordinario procedimento giudiziale.

Ma le fonti contengono l'enumerazione di alcuni casi in cui l'azione vera e propria viene concessa al *filius familias*.

Primo e più importante fra tutti, il caso dell'*actio iniuriarum* concessa al figlio di famiglia quando egli stesso sia stato vittima dell'*iniuria*. Sebbene, a rigore, l'azione d'ingiuria spetti solo al padre, perchè il torto colpisce anche lui nella persona del figlio, e perchè egli solo può tutelare ad un tempo il diritto proprio e quello del figlio, tuttavia un editto del pretore, conservatoci nel Digesto, contiene una deroga a tale principio.

Fr. 47. 10. 17, 10—ULPIANUS, *l. 57° ad edictum*.

Ait praetor: « Si ei qui in alterius potestate erit, iniuria facta esse dicetur, et neque is, cuius in potestate est, praesens erit neque procurator quisquam existat, qui eo nomine agat: causa cognita ipsi, qui iniuriam accepisse dicetur, iudicium dabo ».

Il testo dell'editto del pretore, come è riferito da ULPIANO, suona così: « Se verrà asserito che a colui che si trova in potestà altrui sia stata fatta ingiuria, e sarà assente colui che ha la potestà sull'ingiuriato, nè esisterà un *procurator* che possa agire in nome dell'avente potestà, esaminate le circostanze di fatto, io darò la formula alla persona stessa che sarà affermato aver sofferto ingiuria ». L'offensore non deve andare impunito solo perchè quegli che ha la potestà sul figlio, e che sarebbe autorizzato ad agire, è assente e non ha lasciato un suo rappresentante in persona del *procurator*: il pretore, quando si sarà convinto dell'impossibilità, in cui si trova l'avente potestà, di proporre l'*actio iniuriarum*, la concederà senz'altro al figlio.



## § 148.

Ora, ognuno vede che, tenendo presente puramente il testo di questo editto, deve intendersi qui concessa al figlio l'*actio iniuriarum*, non in suo nome, ma in nome del *pater familias*. Qui il figlio ci appare come un semplice sostituito al *procurator* paterno, tanto vero che questi gli vien preferito nella proposizione dell'azione. Eppure vi sono passi nei quali vien esposto lo stesso caso, e viene recisamente affermato che il *filius familias* ha la azione *proprio nomine*.

fr. 44. 7, 9. — PAULUS, libro 9. ad Sabinum.

Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi iniuriarum et quod vi aut clam et depositi et commodati, ut Julianus putat.

PAOLO dice che il figlio di famiglia non ha alcuna azione in nome proprio. Si eccettuano l'*actio iniuriarum*, l'*interdictum quod vi aut clam*, e le azioni di deposito e di comodato. Questa è anche l'opinione di GIULIANO.

Dunque, abbiamo qui una affermazione assolutamente opposta a quella che si deduce dal testo dell'editto pretorio: il figlio può agire *nomine proprio* con l'*a. iniuriarum*.

E questa affermazione è confermata anche dalla circostanza, alla quale le fonti accennano, che il *f. f.* può farsi rappresentare da un *procurator* nel proporre l'azione d'ingiuria. Ora, è noto che, per diritto romano, chi agisce in giudizio *alieno nomine* non può dare *procurator*: così, ad esempio, l'attore popolare essendo egli stesso quasi un procuratore, non può darne a sua volta. Non può dunque ammettersi, anche per questo riflesso, che il figlio intentando l'*a. iniuriarum* agisca in qualità di rappresentante del *pater familias*.

## § 149.

Ma, come levare di mezzo questa evidente antinomia tra il testo editto, e il passo di PAOLO? Secondo noi, l'ipotesi più

verosimile è questa, che in origine, in base all'editto, il figlio abbia agito in nome del *pater familias* in quei casi specificati; ma che in seguito il sentimento sociale si sia fortemente pronunciato nel senso che in un'azione come questa, eminentemente protettiva della propria personalità, anche il figlio avesse libertà di agire. GIULIANO, che fu novatore anche in questo campo del diritto, fece prevalere con la propria autorità il nuovo indirizzo. Si è quindi costretti ad ammettere una evoluzione; non solo, ma si deve anche riconoscere che questa evoluzione si è verificata proprio in occasione dell'editto, e come una interpretazione di esso. Il punto in cui deve essersi affermato per la prima volta il nuovo indirizzo crediamo possa rintracciarsi nella *lex Cornelia de iniuriis* (1), che per le ingiurie che contemplava, volle attribuire al figlio personalmente l'azione.

I delitti che essa puniva colpivano direttamente la personalità del figlio; essa ne faceva dei delitti pubblici, e la personalità autonoma del figlio nel diritto pubblico non veniva posta in dubbio.

D'altro canto, poichè l'editto stesso aveva riconosciuto la capacità del figlio a intentare l'*a. iniuriarum*, sebbene entro determinati limiti, esso istesso porse il fondamento sufficiente all'estensione di questa capacità a proporre azioni *proprio nomine*. Queste furono concesse al figlio, indipendentemente da qualunque limitazione.

Questa teorica si svolse gradatamente, ed alle singole determinazioni concrete concorsero elementi diversi dei quali a pena può scorgersi la traccia nella compilazione frammentaria del *Corpus iuris*. Una netta visione di questo processo evolutivo nei vari periodi non si può conseguire; nondimeno i passi che ci restano permettono congetture ben fondate, sebbene diano luogo a dubbi di indole secondaria per le interpolazioni che i compilatori vi hanno largamente profuso.

(1) Questa legge, dei tempi di Silla, separò dalle altre ingiurie le percosse e la violazione di domicilio per farne dei delitti pubblici, probabilmente deferiti ad una *quaestio perpetua*.

§ 150.

Vediamo qualcuno di questi passi, a conforto di quanto abbiamo esposto.

fr. 43.24. 13 1, 2. — ULPIANUS, l. 71. *ad edictum*.

Labeo scribit, si filio prohibente opus factum sit, et te habere interdictum, ac si te prohibente opus factum est, et filium tuum nihilo minus.—Idem ait adversus filium familias, in re peculiari neminem clam videri fecisse: namque, si scit eum filium familias esse, non videtur eius celandi gratia fecisse, quem certus est nullam secum actionem habere.

Il frammento in esame si riferisce alla trattazione sull'*interdictum quod vi aut clam*. Questo è rivolto contro chi violentemente o clandestinamente compie un'opera od un mutamento nocivo in luogo altrui; non deve perciò confondersi con l'*interd. unde vi* che si dà solo quando è seguita una deiezione dal possesso con la violenza, nè coll'*int. de clandestina possessione* che mira a colpire l'occupazione fatta di nascosto, *clam*. Questi rimedi si danno soltanto al possessore scacciato; sono interdetti possessorii, e non si concedono quindi al colono. L'*intend. q. vi aut clam*, invece, si dà a qualunque interessato, purchè abbia almeno la detenzione del fondo, contro l'autore della violenza. E si noti che a costituire violenza basta che l'opera venga compiuta senza il consenso dello interessato. Si tratta, infatti, non di un interdetto possessorio, ma di un interdetto che mira a colpire una specie di ingiuria alla personalità; e a questo suo carattere accennano replicatamente le fonti, quando parlano—ad esempio—di *iniuriam comminisci*.

ULPIANO, nel fr. cit., riferisce l'opinione di LABEONE intorno alla capacità del figlio di famiglia di avere l'*interd. q. vi aut clam*. Scrive questo giureconsulto, che se l'opera è stata compiuta non ostante il divieto del figlio, anche il padre ha l'interdetto come se anche lui abbia opposto il divieto e nondimeno l'opera sia stata eseguita. Come il padre, l'ha il figlio.

Lo stesso LABEONE dice, che riguardo al patrimonio peculiare del figlio di famiglia, non si può ammettere che alcuno agisca clandestinamente, perchè se quest'uno sa che costui è *filius familias*, non si capisce qual ragione possa avere di tenergli nascosta alcuna cosa, quando ha la certezza che il figlio di famiglia non ha azione contro di lui.

§ 151.

A questo responso di LABEONE, riferitoci da ULPIANO, contraddice la legge 19, *eod. tit.*, di ULPIANO stesso.

fr. 43.24.19 — ULPIANUS, l. 57. *ad edictum*.

Interdictum quod vi aut clam competere filio familias colono arboribus succisis Sabinus ait.

Qui il giureconsulto ci informa che SABINO riteneva competere l'*interd. q. vi aut clam* al figlio di famiglia colono quando si trattasse di abbattimento di alberi operato con la violenza o clandestinamente. Risulta, dunque, che vien concesso *nomine proprio* al figlio che ha in affitto un fondo rustico, indipendentemente da qualunque requisito (assenza del padre, mancanza di *procurator* paterno, pazzia del padre).

L'evidente antinomia tra questo passo ed altri contenuti nella compilazione giustiniana (tra i quali sopra tutto il fr. superiormente riprodotto) ha suggerito al MOMMSEN un emendamento: egli vuol inserire la preposizione *a* innanzi a *filio familias*. Questa inserzione capovolgerebbe il significato del passo, perchè farebbe dire al giureconsulto, che l'interdetto è concesso al padrone del fondo quando gli alberi siano stati abbattuti dal figlio di famiglia colono. Ma l'aggiunta del MOMMSEN è affatto arbitraria: essa non è suffragata da alcun manoscritto del Digesto, e non ha per sè neppure l'autorità del testo dei Basilici. Ma, a prescindere da queste ragioni per così dire estrinseche, ve n'ha una intrinseca che ci persuade ad accogliere la lezione del passo tale quale ci è pervenuta. Nel libro cinquantesimo settimo del commentario all'editto, ULPIANO trattava delle *iniuriae*: or per-

chè in questo stesso libro avrebbe parlato dell' *interdictum quod vi aut clam* se non per affermare — come fa — che anche a riguardo di questo interdetto vale la ragione che giustifica la concessione dell' *a. iniuriarum* al figlio di famiglia? Oltre questa azione, deve aver detto ULPIANO, spetta al *filius familias* anche l' *interd. quod vi aut clam*.

Del resto, questo frammento collima perfettamente col fr. 9 (Dig. 44.7) in cui, come vedemmo, vien data al figlio di famiglia l' *a. iniuriarum*, l' *a. commodati*, l' *a. depositi* e l' *interd. q. vi aut clam*.

## § 152.

Permangono le difficoltà circa l' interpretazione del fr. 13, § 1, 2 già riportato. Qui, al § 1, l' interdetto è dato al padre e al figlio: al padre perchè è come se egli stesso avesse vietato l' opera; al figlio per quella tale affinità fra l' interdetto e l' *a. iniuriarum*, onde l' inosservanza del divieto da lui posto si giudica alla stregua di uno spregio della sua personalità. Ma tra queste affermazioni e quelle contenute nel § 2 dello stesso fr. può sembrare che esista contraddizione, perchè qui vien detto che il figlio non ha azione contro colui che, non ostante il divieto, ha compiuto l' opera. Si è tentato di porre d' accordo i due paragrafi della l. 13 distinguendo fra l' opera eseguita violentemente e quella eseguita clandestinamente.

Contro l' autore della prima, per quella tale caratteristica di spregio della personalità che la accosta all' ingiuria, sarebbe concesso al figlio di famiglia di agire con l' *a. iniuriarum*, in conformità della l. 9 cit. Contro chi ha operato clandestinamente non si darebbe al figlio di famiglia l' *interd. quod vi aut clam*; e a questo punto esclusivamente si dovrebbe riferire il § 2 della legge 13.

Questa distinzione fu combattuta da molti autori, in special modo dal PERNICE, adducendosi come il più forte argomento in contrario la inscindibilità in due interdetti separati dell' unico *interd. q. vi aut clam*. Al che fu risposto che non è necessario

supporre questa separazione, perchè può ben concepirsi la concessione dell' interdetto limitata all' ipotesi della violenza, quando il divieto parta dal figlio di famiglia.

Ma resta sempre a spiegarsi perchè LABEONE negasse la concessione al figlio di famiglia nella ipotesi della clandestinità. E qui bisogna ricordare che presso i giureconsulti non si rintraccia un concetto unico della clandestinità. Un concetto più antico, e perciò anche più rigoroso, non scorge la clandestinità se non in quegli atti che vengono compiuti nascostamente per il timore di un' azione giudiziaria. Un concetto più recente, e più più largo, ritiene che si abbia clandestinità tutte le volte che si agisce nascostamente di fronte a chi può proibire l' atto non soltanto con le vie di diritto, ma anche semplicemente con quelle di fatto. LABEONE prendeva come punto di partenza il primo e più ristretto concetto, onde negava ogni clandestinità di fronte al figlio di famiglia. Ma ciò non toglie che, per l' evoluzione accennata circa la capacità del figlio di famiglia ad esser attore in giudizio, e per l' evoluzione del concetto stesso di clandestinità, noi ammettiamo ugualmente che quando fu accordata al figlio di famiglia l' *a. iniuriarum* gli venisse dato anche l' *ind. q. vi aut clam*. L' opinione di LABEONE s' è trovata inclusa nella compilazione giustiniana, sebbene il diritto in questo punto si fosse modificato già da gran pezza, come è provato dalla l. 9 più volte citata, che contiene l' esplicita menzione dello *interd. quod vi aut clam* fra i mezzi giudiziari posti a disposizione del figlio di famiglia.

## § 153.

La stessa legge 9 (D. 44,7) accorda al *f. fam. Pactio depositi* e l' *actio commodati* senza limitazione alcuna, e quindi indipendentemente dall' assenza del padre e dalla mancanza del *procurator* paterno. Fra le opinioni diverse circa il fondamento di questa concessione, ne pare che si accosti più al vero lo IHERING, il quale pensa che anche queste azioni siano state accordate per

dar modo al figlio di reagire contro il dispregio della sua personalità lesa dall'ingiusto rifiuto di restituire quanto egli aveva dato in deposito o in comodato. Avrebbero dunque, anche queste azioni, da tal punto di vista, un fondo comune con l'*a. iniuriarum*.

Certo, noi possiamo osservare una larghezza sempre crescente nei criteri di concessione applicati al proposito di queste azioni. È interessante in proposito il seguente passo.

fr. 5.1.18,1 — ULPIANUS libro 23 ad edictum.

Si filius familias ex aliqua noxa, ex qua patri actio competit, velit experiri, ita demum permittimus ei agere, si non sit qui patris nomine agat. nam et Iuliano placet, si filius familias legationis vel studiorum gratia aberit erit et vel furtum vel damnum iniura (1) passus sit: posse eum utili iudicio agere, ne dum pater expectatur impunita sint maleficia, quia pater venturus non est, vel dum venit, se subtrahit is qui noxam commisit. unde ego semper probavi, ut, si res non ex maleficio veniat, sed ex contractu, debeat filius agere utili iudicio, forte depositum repetens vel mandati agens vel pecuniam quam credidit petens, si forte pater in provincia sit, ipse autem forte Romae vel studiorum causa vel alia iusta ex causa agat: ne, si ei non dederimus actionem, futurum sit, ut impune fraudem patiantur et egestate Romae laboret viaticulo suo non recepto, quod ad sumptum pater ei destinaverat. et finge senatorem esse filium familias qui patrem habet in provincia, nonne augetur utilitas per dignitatem?

Se il figlio di famiglia vuole agire per qualche delitto commesso a suo riguardo e di cui l'azione spetta al *pater familias*, ciò gli è permesso quando non v'è altro che agisca in nome del *pater*. Così pel caso in cui il figlio di famiglia sia lontano dal padre per ragione di ambasceria o di studio e subisca un furto od un danno aquiliano (2), anche GIULIANO approva che egli

(1) *Vel iniuriam* ins. MOMMSEN.

(2) Qui alcuni aggiungono: « od una ingiuria ». L'inserzione è accolta anche dal MOMMSEN. Ma non possiamo approvarla perchè, come è stato già os-

possa agire con un *utile iudicium*, ad evitare che, mentre si aspetta il padre, restino impuniti i malefatti, o perchè il padre non verrà, o perchè mentre è ancora in viaggio, il delinquente fugga (1). Per questa ragione, aggiunge ULPIANO, io ho sempre ammesso che, se il fatto non deriva da delitto, ma da contratto, il figlio debba agire con un *utile iudicium*, come ad esempio nel ripetere il deposito, nell'agire per mandato, nel chiedere il denaro dato a mutuo, quando il padre si trovi in provincia ed egli sia in Roma per ragione di studio, o per altro legittimo motivo intenda agire. Ciò perchè non accada che, non concedendogli l'azione, patisca la frode senza poter reagire e soffra la miseria in Roma in attesa del denaro che gli manda il padre per il sostentamento. Suppongasi che si tratti di un figlio di famiglia senatore che ha il padre in provincia: la dignità che egli riveste non farà apparire anche più utile il rimedio?

§ 154.

Il passo, com'è, porta anzi tutto una estensione dai delitti ai contratti. È la necessità pratica di colpire immediatamente il reo quella che determina la concessione dell'azione al figlio di famiglia. Or questa stessa necessità pratica, dice ULPIANO, si impone in certi casi determinati anche di fronte al debitore in base a contratto. L'esemplificazione di questi casi non è del giurista ma è dovuta ai compilatori.

Gravi sospetti rendono probabile questa congettura che fu avanzata per la prima volta dall'EISELE. In primo luogo si ripetono le motivazioni: « si forte pater in provincia sit, etc... », e dav-

servato, ed è affermato nelle nostre fonti, l'*actio iniuriarum* spetta al figlio indipendentemente da qualunque ostacolo che abbia impedito al padre di proporla, e indipendentemente dall'esistenza o meno di un *procurator* del padre. Inoltre questa aggiunta non è suffragata dall'autorità di alcun manoscritto.

(1) Lo EISELE (*Riv. per la fondaz. Savigny* XI, 16) crede interpolati questi motivi dell'assenza paterna. Ad ogni modo, si tratterebbe di una interpolazione esplicativa, che non tocca affatto la sostanza del passo.

vero sarebbe questa un'imperdonabile debolezza di memoria nel giurista che poco prima aveva accennato alle stesse ragioni! V'è poi la dichiarazione generale *vel alia iusta ex causa agat* che costituisce un'aggiunta superflua dal momento che la frode forma il presupposto della concessione di queste azioni al figlio di famiglia, e ogni causa è *iusta* in quanto si tratta di punire senza indugio la frode.

Ma tutto il periodo che va dalle parole: *forte depositum repetens*.... alle parole: *vel alia iusta ex causa agat*, appare sospetto d'interpolazione anche per altre ragioni di sostanza e di forma. Come ragione di forma si può indicare l'uso dei tre participi: *repetens, agens, petens* che, in questa costruzione affine alla greca, è del linguaggio dei compilatori. Tre sono le azioni citate dal giureconsulto: *l'a. depositi, l'a. mandati, l'a. certae creditae pecuniae*. Ora noi abbiamo già visto in PAOLO (fr. 44, 7, 9) che *l'a. depositi* è compresa fra quelle che si danno al *f. f.* senza limitazioni di sorta.

Lasciamo da banda *l'a. mandati*, perchè essa non è citata nell'elenco di PAOLO e quindi non v'è base sufficiente per escluderla, ma la stessa azione derivante dal mutuo, l'ultima delle tre azioni ricordate in questo frammento di ULPIANO, è esclusa dallo stesso giureconsulto, che pare acceda all'opinione di SCEVOLA, in un passo che si riferisce allo stesso argomento.

Fr. 12.1. 17 — ULPIANUS *l. 1. disputationum*.

Cum filius familias viaticum suum mutuuum dederit, cum studiorum causa Romae ageret, responsum est a Scaevola extraordinario iudicio esse illi subveniendum.

Si tratta anche qui del figlio di famiglia che si trova in Roma per motivi di studio, e che dà a mutuo il suo *viaticum*. Ma mentre nel fr. 5.18. 1, costui ha contro il mutuatario un *iudicium utile*, ossia ottiene una azione con formula basata sulla finzione: « se il figlio non fosse nella potestà del padre » (*formula ficticia*), qui invece si dà solo un *extraordinarium iudicium*.

Là si ha un'azione vera e propria, sebbene non si tratti dell'azione diretta; qui si segue la solita procedura amministrati-

va, per la quale l'autorità interviene a tutela dell'ordine pubblico (qui sarà stato il pretore, ad intromettersi per allontanare il grave danno da cui era minacciato il figlio di famiglia).

Sebbene alcuni affermino il contrario, per noi non v'è dubbio che nelle due leggi siano suggeriti due mezzi diversi a tutela delle ragioni del figlio di famiglia. Ma come spiegare questa diversità? Crediamo che, anche a questo proposito, bisogna distinguere due epoche diverse. Dapprima dovette ricorrersi allo *iudicium extraordinarium* come mezzo più pratico e più celere per venire in soccorso del *filius familias*; ma in seguito, quando fu compiuta l'evoluzione dell'editto agli scopi e nei modi accennati, dovette concedersi senz'altro *l'actio utilis*. La legge 18 cit. non è che una conferma di questo processo evolutivo. Sebbene possano ritenersi provate le interpolazioni riguardanti i requisiti per la proponibilità delle azioni indicate, la legge 18 è sempre una conferma dell'allargarsi della capacità del *f. f.* ad agire in giudizio.

§ 155.

Resta ancora un punto degno di esame: un testo formale (1) afferma che il *f. f.* può proporre indistintamente qualunque *actio in factum*. Ora è noto che le azioni di deposito e di comodato hanno due formule, una formula *in ius* ed una *in factum concepta*. Ma quel testo pare accenni ad una regola generale, mentre il testo in cui vengono concesse le azioni di depositi e di comodato mostra questa concessione come una specialità: donde la necessità di ricercare in qual rapporto reciproco siano questi due passi. Ormai è opinione comunemente accolta questa, che la formula generale del fr. 44.7, 13 non significhi che al figlio è permesso di intentare tutte le azioni *in factum*, ma solo che il figlio può proporre quelle azioni che per la loro sostanza gli spettano, purchè siano formulate *in factum*. Quando la natura

(1) D. 44.7, 13: In factum actiones etiam filii familias possunt exercere.

dell'azione non osti a che il figlio la proponga, e quando la formula può essere concepita *in factum*, il figlio ha diritto di agire *proprio nomine*. L'affermazione che le azioni di deposito e di comodato possono intentarsi dal figlio di famiglia significa appunto che sostanzialmente gli spettano e che gli possono essere accordate le rispettive formule *in factum*. Sono formule, queste, che non propongono al giudice una questione di diritto, ma che contengono soltanto la menzione di fatti che il giudice deve stabilire se esistano. I fatti non mutano per ciò che ne sia titolare il figlio piuttosto che il *pater familias*, onde possono essere stabiliti a richiesta del primo piuttosto che del secondo.

Anche questa facoltà di proporre *a. in factum* è coeva con lo evolversi della personalità del *filius familias*. Certo, noi non possiamo formarci un concetto preciso della capacità di agire del figlio di famiglia durante il periodo classico del diritto romano, soprattutto perchè la sua indipendenza in relazione col peculio (e principalmente con quello *castrense*) forma la caratteristica più saliente della sua personalità, e tale caratteristica oscura ogni altro punto di vista e lo fa passare in seconda linea. Ma, non ostante ciò, possiamo affermare che al *filius familias* venivano accordate azioni in proprio nome e azioni in nome del padre, che tra quelle erano certamente comprese le *aa. iniuriarum, depositi, commodati* e l'*interd. quod vi aut clam*.

§ 156.

È ora il caso di studiare la posizione del figlio di famiglia relativamente alla sfera economica in cui si deroga alla padronanza assoluta del *pater familias*. Accenniamo al peculio, ed ai *bona adventicia*.

PECULIO. Resta estraneo a questa cerchia il peculio profettizio, il peculio tipico che viene concesso dal padre al figlio, e per il quale, come per il peculio dello schiavo, la posizione economica del figlio non si altera.

Lo schiavo riguardo al proprio peculio, e il figlio di famiglia,

riguardo al peculio profettizio, si trovano nella identica posizione, con quest' unica differenza che il figlio ha la capacità processuale, la quale fa difetto allo schiavo.

Il nome di *peculium profectivum* è creato dalla scuola; epperò — sebbene risponda ad un concetto delle fonti — non trovasi in queste (1).

Rientra, invece, nella sfera di padronanza economica propria del figlio di famiglia, il *peculium castrense*. Esso trasse origine dal favore con cui furono riguardati i militi da coloro che imperavano in Roma. La sorte dei capi dipendeva in gran parte dall'appoggio delle legioni: conveniva, quindi, ingraziarsi l'elemento militare. Pare che GIULIO CESARE, per primo, concedesse ai soldati di poter disporre dei beni acquistati in guerra, e che tale concessione venisse confermata da AUGUSTO. Questi beni restano sottratti al potere del padre; il figlio può disporne a proprio libito anche durante la vita del padre. Non solo, ma può farne oggetto di testamento. E, sempre per quella corrente di favore che mira a guadagnare l'esercito ai suoi capi, questo testamento vien liberato quasi da ogni norma restrittiva portata dal diritto civile, così che non si esigono quelle formalità interne ed esterne che caratterizzano il testamento romano. Viene persino affermato che il milite può scrivere il testamento sullo scudo e col proprio sangue: che riguardo al testamento del milite si deroga alla massima che esclude la concorrenza dell'eredità legittima colla testamentaria.

Il trattamento privilegiato di questa categoria di beni si andò pronunciando sempre più. Così, fino ad ADRIANO, il figlio di famiglia poteva disporre per testamento solo durante il servizio: dopo quell'imperatore ciò gli fu concesso anche pel tempo sus-

(1) Diremo meglio: esso risponde, sotto un certo aspetto, anche alla terminologia delle fonti. Infatti, a simiglianza della dote, che vien detta *profecticia* quando è il padre che l'ha costituita alla figlia in potestà (mentre dicesi *adventicia*, se proviene da chiunque altri), anche del peculio *castrense* vien detto che esso si considera come se mai sia *partito* dal padre (*profectisci a patre*) se il figlio di famiglia muoia senza testamento.

sequente alla *honesta missio*, ossia dopo aver servito fedelmente nelle file dell'esercito.

Il punto centrale di questa figura del peculio castrense è appunto la facoltà di testare accordata al figlio di famiglia in ordine ai beni che lo compongono, perchè in quella facoltà è implicito il diritto di proprietà. Ma bisogna tosto soggiungere che alla capacità di testare si arrivò senza passare per la trafila del diritto di proprietà neppure in virtù di vaghe disquisizioni teoriche. Onde il diritto di proprietà discese da quella facoltà, e non questa da quello.

I beni che costituiscono il peculio castrense sono tutti quelli che si acquistano in occasione del servizio militare: stipendio, bottino di guerra, e proventi tutti derivanti dalla milizia. Vi si comprendono anche le donazioni, da qualunque parte provengano, fatte al militare nel momento in cui entra in servizio. (Si ricordi che, in Roma, i parenti e gli amici del soldato usavano fornirgli un piccolo patrimonio nel momento dell'arruolamento). Si andò anche più in là, fino ad includere nel peculio castrense le donazioni, i lasciti, le eredità acquistati dai commilitoni, e finalmente anche la eredità che il figlio di famiglia ricevesse dalla moglie. Insomma, ci si allontana sempre più dall'originario concetto fondamentale, ed è sempre il favore per l'esercito quello che consiglia di passar oltre qualunque considerazione. Nondimeno, rimase sempre esclusa dal peculio castrense la donazione fatta dalla moglie al marito, quantunque la moglie fosse morta senza revocarla, e per ciò stesso l'atto fosse diventato valido.

§ 157.

Il tipo primitivo del peculio castrense ci si presenta nel seguente frammento del giureconsulto MACRO.

fr. 49. 17. 11 — MACER, *l. 2 de re militari*.

Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est vel quod ipse filius familias in militia adquisiit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset. nam

quod erat et sine militia adquisiturus, id peculium eius castrense non est.

Il peculio castrense è formato da ciò che vien donato a colui che assume lo stato militare dai genitori o dai parenti, oppure da ciò che lo stesso figlio di famiglia ha acquistato in occasione del servizio militare e che non avrebbe acquistato se non avesse militato. Infatti, ciò che avrebbe ugualmente acquistato pur non essendo in servizio, non costituisce peculio castrense.

Come si scorge, qui esiste ancora un nesso tra beni acquistati per il servizio e beni donati, perchè si fa risaltare che la *donatio* è avvenuta in favore del *militia agens*. Questo nesso, con l'andar del tempo, scomparve quasi del tutto.

La posizione che ha il *filius familias* in rapporto al peculio castrense viene esposta in termini precisi nelle nostre fonti. Per quanto s'attiene al peculio castrense, egli è considerato alla stregua di un *pater familias*. Tanto è vero che il Senatusconsulto macedoniano non si applica in quanto il figlio di famiglia contragga dei mutui entro i limiti del suo peculio castrense.

fr. 14. 6. 1, 3 — ULPIANUS, *l. 29 ad edictum*.

In filio familias nihil dignitas facit, quo minus senatus consultum Macedonianum locum habeat: nam etiamsi consul sit vel cuiusvis dignitatis, senatus consulto locus est: nisi forte castrense peculium habeat: tunc enim senatus consultum cessabit.

Naturalmente nel peculio castrense possono esser compresi degli schiavi. Ecco come decidono le fonti in riguardo agli acquisti per mezzo di tali schiavi.

fr. 49. 17. 15, 3 — PAPIANUS, *l. 35 quaestionum*.

Servus peculii, quod ad filium spectat, ab extero si stipuletur aut per traditionem accipiat, sine distinctione causarum res ad filium pertinebit: non enim ut filius duplex ius sustinet patris et filii familias, ita servus, qui peculii castrensis est quique nullo iure, quamdiu filius vivit, patri subiectus est, aliquid acquirere simpliciter stipulando, vel accipiendo patri potest. quae ratio suadet ut, si ab ipso patre servus, qui ad filium pertinet, stipu-

letur ex quacumque causa vel traditum accipiat, sic adquiratur filio res et stipulatio, quemadmodum si ex ter promississet, quoniam persona stipulantis et accipientis ea est, ut sine differentia causarum quod per eum agitur emolumentum filii spectet.

Se lo schiavo del peculio appartenente ad un figlio di famiglia (quindi del peculio castrense) stipula o riceve per via di mancipazione (1) da un terzo, la cosa apparterrà, senza distinzione di titoli, al figlio di famiglia. Infatti, se il figlio ha la duplice posizione giuridica di *pater* e di *filius familias*, non perciò lo schiavo, che appartiene al peculio castrense e che a nessun titolo di diritto è soggetto al padre fin che vive il figlio, può acquistare qualche cosa al padre o stipulando o ricevendo. Questo stesso motivo ne persuade che se lo schiavo che appartiene al figlio stipuli in base a qualunque causa, o riceva per mancipazione, alcuna cosa dal padre, la cosa stessa e la stipulazione avvantaggino senz'altro il figlio, proprio come se fosse stato un terzo a promettere o a mancipare, perchè la persona dello stipulante e ricevente è tale che, senza distinzione di titoli, il vantaggio realizzato per suo mezzo debba andare al figlio.

Si afferma, dunque, in modo reciso che lo schiavo appartenente al peculio castrense acquista sempre al figlio di famiglia: non mai al *pater*, come avverrebbe per lo schiavo appartenente al peculio profettizio. Il figlio di famiglia, che è a capo del peculio castrense ha quindi una doppia posizione: quella di *pater familias* riguardo a questo peculio, quello di *filius familias* per ogni altro riguardo. Sotto questo secondo punto di vista egli acquisterà al padre, sia che agisca per consiglio di questo o con i mezzi paterni, o col peculio profettizio (*iussu patris, ex re patris, ex re peculiari*). Invece riguardo al peculio castrense ogni acquisto va al figlio direttamente, come se in rapporto a tale

(1) Il testo dice: « per traditionem accipiat » ma deve il giureconsulto avere scritto « per mancipationem » perchè è dimostrato che i compilatori hanno sostituito quasi sempre la *traditio* alla *mancipatio*, che era già sparita ai tempi di GIUSTINIANO.

peculio egli fosse un *pater familias*. « *Duplex ius sustinet* ». Tutti quei titoli di acquisto, che vengono in questione relativamente alla sua posizione di *filius familias*, qui non sono in giuoco; tanto vero che lo stesso padre può far acquistare al figlio stipulando o mancipando allo schiavo che appartiene al peculio castrense.

Il figlio può liberamente disporre di questo suo peculio, può vendere, permutare, donare senza limiti, e — come vedemmo — contrarre anche mutui entro la capacità patrimoniale del peculio castrense. Per meglio e più energicamente esprimere questa sua completa signoria entro tale sfera economica le fonti dicono che egli può manomettere lo schiavo che fa parte del peculio castrense e con ciò ne diventa patrono. Si arriva, dunque, a riconoscergli — sempre nei limiti di tale sfera — persino un rapporto di indole quasi familiare. Ma, nel diritto familiare, non si va più in là.

#### § 158.

Se il figlio di famiglia muore senza aver fatto testamento, il pec. castrense torna al *pater, iure peculii*, poichè si considera come se mai sia uscito dal patrimonio paterno, salve, sempre, le disposizioni che il figlio ha preso sul peculio.

Entro i limiti del peculio, il padre è tenuto per i debiti contratti dal figlio in base ad esso. E appunto perchè spetta al *pater* per diritto di peculio, nel diritto antegustiniano, non si apre successione legittima su di esso. Ma poi che era stata introdotta la successione legittima sui *bona adventicia* del figlio, GIUSTINIANO credette giusto di estenderla al *peculium castrense*, che anche prima di essi aveva formato una sfera privilegiata di signoria economica per i figli di famiglia.

Ci restano molti luoghi delle fonti che affermano questo ritorno del peculio castrense al *pater familias, iure peculii*. Vediamone qualcuno, fr. 49.17, 1 — ULPIANUS, *lib 14. ad edictum*.

*Filii familias milites si peculium apud patrem remansit sine*



testamento filio defuncto, pater ipsi heres non fit, sed tamen heres is fiet quibus filius fuit.

Il padre non è erede del *filius familias* che muore in servizio militare senza aver fatto testamento, ma è erede di coloro ai quali è succeduto il figlio. Ad esempio, la moglie lascia l'eredità al marito che è milite. Questa eredità, come vedemmo, fa parte del peculio castrense. Poi il titolare del peculio muore intestato. Ma appunto perchè l'eredità della moglie va ora al *pater familias* col peculio, il padre acquistando questo *iure peculii*, acquista quella come la acquisterebbe in luogo dello schiavo o del figlio in potestà ossia per successione e non più per diritto di peculio. Egli succede nella eredità della nuora, e non nel peculio castrense del figlio intestato. Come si vede, l'anomalia è solo apparente. fr. 49, 17, 2 — ULPIANUS, l. 67. *ad edictum*.

Si filius familias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur: si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium.

È qui ripetuto lo stesso concetto del ritorno al padre, *iure peculii*, del pec. castrense; nè occorre fermarsi oltre. Interessantissima, invece, è la legge seguente :

fr. 49. 17, 9 — ULPIANUS, l. 4. *disputationum*.

Proponebatur filius familias miles testamento facto extraneum heredem scripsisse, patre deinde superstite decessisse, pater deliberante herede instituto et ipse diem functus, deinde heres institutus repudiasset hereditatem. quaerebatur ad quem castrense peculium pertineret. dicebam castrense peculium filii familias, si quidem testatus decessit, quasi hereditatem deferri heredi scripto, sive extraneum scripsit heredem sive patrem. Sed cum nihil de peculio decernit filius, non nunc obvenisse patri, sed non esse ab eo profectum creditur. denique si servo filii castrensi libertatem pater adscripserit moxque filius vivo patre defunctus sit, non impeditur libertas, cum, si filius patri supervixerit, impediatur libertas. unde Marcellus putat necessarium quoque heredem servum filii peculiarem patri existere posse, si filio pater supervixerit.

Il quesito sottoposto ad ULPIANO era questo: un figlio di famiglia, milite, aveva istituito erede Primus, ed era morto mentre viveva ancora il padre. Il padre stesso, mentre Primus deliberava se accettare o no l'eredità, era morto, e in seguito Primus aveva rinunciato all'eredità. Si voleva sapere a chi spettasse il peculio castrense.

Io risposi — prosegue ULPIANO — che il peculio castrense del figlio di famiglia, se questi è morto testato, si deferisce a titolo ereditario allo erede scritto nel testamento, tanto se il figlio ha istituito erede un estraneo, quanto se ha istituito il padre. Ma poichè il figlio, in questo caso, non dispose affatto intorno al peculio, si ritiene che questo non tocchi adesso per la prima volta al padre, ma che anzi non si sia mai distaccato da lui. E pertanto se, per esempio, il padre ha concesso la libertà allo schiavo appartenente al peculio castrense del figlio, ed in seguito il figlio è morto, mentre il padre viveva ancora, la libertà non soffre impedimento, mentre ne avrebbe sofferto se il figlio fosse sopravvissuto al padre. Per questo, appunto, MARCELLO ritiene che lo schiavo appartenente al peculio castrense del figlio possa essere erede necessario del padre, se questi sopravvive al figlio.

Crediamo che, dopo quanto abbiamo esposto sulla sorte del peculio castrense alla morte del figlio intestato, non occorranno ulteriori dilucidazioni intorno al modo con cui è risolta da ULPIANO la questione propostagli. Nella prima parte del fr. riportato, è solo da notare la espressione *profectum* per le ragioni alle quali accennavamo in principio di questa trattazione: ad essa fa riscontro opportuno il *non nunc obvenisse*, che indica appunto non trattarsi più di entità separata, autonoma, che s'aggiunga al patrimonio paterno nel momento in cui il figlio muore intestato.

Per la stessa ragione (perchè — cioè — si considera che il peculio castrense non sia mai stato del figlio) nel caso pratico che Ulpiano riporta, lo schiavo si considera libero per retroattività, « ex postfacto ».

E sempre sullo stesso principio si fonda la risoluzione del quesito seguente, attribuita a MARCELLO: poichè se il figlio non so-

pravvive al padre, che ha istituito erede uno schiavo appartenente al peculio castrense, questo schiavo torna *iure peculii* in proprietà del padre, e diventa erede necessario alla morte di lui. Appunto perchè il padre non riacquista a titolo ereditario i beni, che fanno parte del peculio castrense, questo riacquisto avviene in modo diverso che per la successione legittima. Infatti questa si regola solo nel momento in cui è certo che non esiste testamento, mentre il peculio castrense ritorna al *pater* nel momento stesso in cui viene a verificarsi la vacanza.

§ 159.

Nell'accordare al *miles* la qualità di *pater familias* non si andò mai al di là della cerchia del diritto patrimoniale, come già dicemmo, sebbene qualche autore affermi che il *miles* abbia raggiunto una certa indipendenza di fronte al padre anche per riguardo al matrimonio. Ma, a prescindere dal fatto che è dubbio se (fino ad una certa epoca, almeno) fosse lecito ai militi di contrarre matrimonio, bisogna pur constatare che l'opinione ricordata poggia su basi troppo deboli. Le fonti dicono che il consenso del padre è necessario pel matrimonio del figlio di famiglia milite: ora non è troppo audace voler dedurre da questa affermazione l'esistenza di un dubbio, e sul dubbio costruire una ipotesi contraria all'affermazione stessa?

§ 160.

Al peculio castrense furono parificati, da COSTANTINO in poi, i beni acquistati dai figli di famiglia negli uffici di corte, dello Stato e della Chiesa. Tali beni formarono un nuovo nucleo patrimoniale indipendente, col nome scolastico di *peculium quasi castrense*. Questi uffici vennero riguardati come una milizia, e le funzioni inerenti furono assimilate a funzioni di diritto pubblico. Da ciò è derivato che, anche in seguito, lo stato ecclesiastico fu considerato come una milizia dalle leggi canoniche.

Ad ogni modo, con il riconoscimento della religione cristiana come religione ufficiale dello Stato, viene pronunziandosi sempre più il favore per la classe dei sacerdoti a svantaggio di quella dei soldati. O, per dir meglio, resta invariata la figura del peculio castrense, mentre al peculio quasi castrense vengono attribuiti tutti i beni che il figlio di famiglia acquista a qualunque dei suaccennati titoli. Molte interpolazioni sono state introdotte nelle fonti classiche riferentisi al pec. quasi-castrense, appunto nell'intento di favorire la condizione dei funzionari e dei sacerdoti.

§ 161.

*Bona adventicia*. Il figlio continuava però ad acquistare al padre le eredità alle quali era chiamato. Ciò apparve particolarmente ripugnante quando il S. C. Orfiziano concedette ai figli la successione legittima nei beni della madre, perchè questi beni sarebbero tornati ad esclusivo vantaggio del padre, che avrebbe potuto anche dissiparli, ed alla morte di questo ne avrebbero goduto, con gli altri, anche i figli di diverso letto. COSTANTINO per primo dispose che i *bona materna* non andassero a vantaggio del padre, se non quanto al godimento, ma che non avesse egli il diritto di alienarli. Così che implicitamente fu affermata la proprietà esclusiva del figlio su tali beni; solo che non avrebbe potuto goderne se non alla morte del padre.

Sotto gli imperatori successivi furono emanate identiche disposizioni anche per i beni che fossero toccati ai figli per successione agli ascendenti materni (*bona materni generis*), e per quelli che avessero ricevuto dal coniuge o dalla persona alla quale erano stati fidanzati (*lucra nuptialia et sponsalicia*). Infine GIUSTINIANO sottopose tutta questa materia ad una larga riforma, che condusse a far dichiarare appartenenti al figlio tutti i beni in genere, compresi quelli che egli si fosse acquistato col proprio lavoro o che gli fossero toccati in eredità da persone estranee. Onde ormai il figlio di famiglia ebbe un patrimonio proprio, sul quale, però, il genitore ebbe di regola il godimento.

Questo nucleo patrimoniale, di proprietà del figlio, suol chiamarsi *peculium adventicium*, in contrapposto col *pec. profettizio*. Ma poichè non si differenzia da questo soltanto, ma anche dal peculio castrense e dal *pec. quasi castrense*, in quanto i beni non possono tornare al padre *iure peculii*, è meglio adottare il termine di *bona adventicia*. Tanto più che su questi beni si apre anche la successione legittima.

§ 162.

Intorno alla condizione giuridica di questi beni rispetto alla persona del figlio di famiglia, generalmente si afferma che questi ne abbia la proprietà, e che il padre ne goda l'usufrutto. Ma da alcuni si è censurato l'uso dei termini « proprietà » e « usufrutto », in primo luogo perchè il patrimonio consta anche di cose incorporali, alle quali non si attaglia il termine proprietà, ed in secondo luogo perchè qui non può parlarsi di un usufrutto come di solito lo si intende, ma di un usufrutto di natura speciale.

Si dovrebbe, quindi, dire semplicemente che tali beni quanto alla sostanza spettano al figlio, e che il padre ne ha un godimento di natura speciale. Come ognuno vede non è disputa che meriti troppa considerazione, dal momento che, pur usando i termini « proprietà » e « usufrutto », ci si può intendere sul significato relativo di essi.

Il padre ha eccezionalmente anche la facoltà di alienare: ciò avviene quando sull'eredità toccata al figlio di famiglia gravino pesi o legati (nel qual caso il padre può alienare a tenore delle disposizioni prese dal *de cuius*), e quando il figlio trovisi in condizioni di estrema necessità: qui però l'autorità interviene a tutela degli interessi del figlio.

D'altra parte neppure il figlio può alienare senza il consenso paterno. Ciò si spiega come un ricordo dell'antica proprietà patria, che influisce ancora vincolando al genitore il patrimonio del figlio, a modo che il godimento riservato a quello non possa

esser leso dalle alienazioni compiute da questo. Inoltre, a differenza dal peculio castrense, il figlio di famiglia non può disporre per testamento dei propri beni avventizi. Essi formano oggetto, sin da prima di GIUSTINIANO, di una successione intestata; e fu GIUSTINIANO ad estendere questa disposizione anche al peculio castrense, che, come vedemmo, per lo innanzi tornava al padre *iure peculii*. Si deve a questo imperatore l'unificazione del patrimonio in capo al figlio: l'antico principio è ormai capovolto, e mentre prima di GIUSTINIANO costituiva eccezione l'acquisto al figlio, ormai in sostanza — sebbene in apparenza le fonti vogliono mostrare il contrario — è il figlio di famiglia quello che acquista tutti i beni, ed è l'acquisto al padre quello che forma eccezione, perchè la *patria potestas* è quasi completamente scomparsa per riguardo ai beni.

I casi eccezionali, nei quali il figlio è incapace di acquistare per sè, sono i seguenti: gli acquisti fatti *ex re patris*, ossia con mezzi appartenenti al patrimonio paterno; gli acquisti *contemplatione patris*, nel caso in cui i terzi abbiano dato qualche cosa al figlio nell'intento di gratificare il padre o, in genere, di fare accrescere il patrimonio del padre.

§ 163.

Il nostro diritto, sebbene l'ambiente attuale rifletta un insieme di condizioni sociali affatto mutate, riproduce, quasi integralmente, i principi del diritto giustiniano in questo punto riguardante la capacità patrimoniale del figlio e la condizione del padre rispetto a quella. Dispone l'art. 228 cod. civ. che: « Il padre ha l'usufrutto dei beni che provengono al figlio da successione, donazione, o da qualunque altro titolo lucrativo, e lo conserva sino a che il figlio sia emancipato od abbia raggiunto l'età maggiore ». È da notare, però, che questo usufrutto legale del genitore legittimo è particolarmente destinato alla educazione ed al mantenimento dei figli. — Si disputa se la norma sancita dall'art. 228 debba ricollegarsi alle disposizioni del diritto giustiniano intorno al go-

dimento del padre sui beni avventizi, o se non derivi piuttosto dalle antiche consuetudini francesi sulla *garde noble* e la *garde bourgeoise* (*garde noble* era detto il diritto che aveva il sovrano di godere dei beni di un minore nobile, suo vassallo, fino a che questi avesse raggiunto una determinata età, e con l'obbligo di provvedere al completo mantenimento di lui; *garde bourgeoise* era l'istituto parallelo al precedente riguardante i padri ed i tutori dei minori non nobili). Ma queste due figure sono evidentemente ispirate al diritto romano ultimo, e non lo modificano se non in quanto esigono espressamente che il sovrano, il padre, il tutore siano vincolati pel mantenimento e l'educazione dei giovani figli e pupilli. Può quindi ritenersi che anche l'usufrutto legale del padre, stabilito dal nostro diritto, si fondi sostanzialmente sulla legge romana.

Sorge questione sul punto se, pel nostro diritto, il figlio che convive col padre e lavora a profitto dell'economia paterna, mentre gli altri figli hanno costituito altrettante signorie economiche separate, abbia diritto a compenso di fronte al proprio genitore. A questo proposito si richiama senz'altro alla nostra mente il tipo originario romano della *collatio bonorum* o *collatio emancipati*. Avveniva che i figli rimasti in potestà non avevano beni propri, mentre quelli usciti di potestà mediante emancipazione avevano potuto costituire un patrimonio a sè, ed avevano diritto, succedendo al padre, di partecipare agli acquisti fatti dai discendenti rimasti in potestà senza farli partecipare ai propri. Per ovviare a questa ingiusta disparità di trattamento il pretore obbligava questi figli emancipati a mettere a parte dei loro acquisti i coeredi rimasti in potestà.

A noi pare che la questione sebbene non possa proporsi negli stessi termini si presenti anche attualmente, e che anche ora vada risolta nel senso che il figlio ha diritto ad un compenso. Sopra tutto dal punto di vista della *negot. gestio*, la soluzione affermativa appare evidente. (Si ricordi inoltre che GIUSTINIANO pone tra i beni avventizii del figlio anche tutto ciò che questi ha guadagnato col proprio lavoro). Sarà da esaminarsi se, nel

singolo caso pratico, non debba dedursi dal compenso quanto il figlio ha speso in meno per non aver dovuto tenere un'economia domestica separata; ma, in linea generale, il compenso sarà dovuto. Questa è anche l'opinione del WINDSCHEID.

Un caso di questa specie s'è presentato di recente ai tribunali di Napoli, sotto forma di un'elegante questione giuridica. Si trattava di due figli che per lunghi anni avevano portato il contributo del loro lavoro all'azienda paterna, e che dal padre erano stati improvvisamente allontanati senza compenso. In tale occasione l'illustre prof. MARGHERI, tenuto conto della specialità del caso, in cui trattavasi di azienda giornalistica, sostenne che i figli, i quali avevano dato tutta la loro attività a vantaggio dell'azienda, dovevano esser considerati come comproprietari della stessa, al pari del genitore. La Corte d'Appello non fece ragione a questa tesi. A nostro avviso, pur concesso che di proprietà non si possa parlare in tesi generale, bisognerebbe sempre indagare nel singolo caso se non debba ritenersi esistente un'associazione di fatto tra genitore e figlio, e se l'azienda, pur iniziata dal solo padre, non abbia assunto successivamente, pel comune lavoro del figlio, il carattere di una comunione. Ad ogni modo si danno casi in cui il rifiuto di ogni compenso ha tutte le apparenze di una iniquità.

§ 164.

Accanto alla figura normale dei beni avventizii, si danno casi eccezionali in cui il genitore non ha il godimento sul patrimonio del figlio. In questi casi si suol parlare di *bona adventicia irregularia*, per distinguerli dai primi che vengono detti *b. adv. regularia*. Sono *irregularia* i beni che sono stati attribuiti al figlio sotto la condizione che il genitore non ne abbia il godimento (condizione, questa, ammessa anche dal nostro diritto), e quei beni all'acquisto dei quali, da parte del figlio, il genitore si è opposto (così pure nel nostro diritto). Sono pure sottratti all'usufrutto paterno i beni costituenti l'eredità di un altro figlio alla

quale genitore e figlio sono insieme chiamati. Ed infine è rifiutato l'usufrutto al genitore che abbia una condotta indegna. In tutti questi casi il figlio non trova ostacoli alla libera disposizione dei suoi beni *inter vivos*: però non gli è ancora concesso di disporre per testamento. Ma in questo divieto non deve scorgersi una traccia del vincolo che lega i beni avventizii alla potestà paterna. Piuttosto deve riconoscersi che la *testamenti factio* può mancare, pur esistendo la piena proprietà del figlio sui beni avventizii: in fatti la proprietà è un istituto di diritto privato, mentre la *testamenti factio* è di diritto pubblico, epperò non può dirsi che assolutamente l'una implichi l'altra.—Però nella pratica del diritto comune venne formandosi una consuetudine che ammetteva la facoltà di disporre per testamento dei *bona adventicia irregularia*.

§ 165.

In conclusione, il figlio di famiglia acquista ormai tutto per sè, salve le eccezioni che abbiamo esposto. Che dovrà dirsi, però, delle donazioni fatte dal padre al proprio figlio in potestà? È evidente che, se dovessimo giudicare questi atti alla stregua dei principii del diritto classico, dovremmo dichiararli senz'altro nulli, perchè il padre non poteva donare a se stesso. Questo dice PAOLO nel testo che segue:

fr. 41. 6. 1,1 — PAULUS, l. 54 *ad edictum*.

Si pater filio quem in potestate habet donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit.

Il figlio non può usucapire in base al titolo *pro donato* perchè la donazione, secondo il concetto classico, è nulla. Padre e figlio si considerano come un'unica persona, perchè nel padre si fondono le personalità dei componenti la famiglia. Pertanto i beni donati faranno parte del peculio del figlio e, come il peculio profettizio, verranno compresi nella successione del padre. Ma in seguito si ammise che la morte del donante, senza precedente manifestazione di volontà contraria alla donazione, importasse

conferma della donazione stessa. Ciò in conseguenza di un Senatoconsulto del 206 di C.

Molti frammenti accennano a questa possibilità di convalescenza delle donazioni nulle.

fr. 39. 5. 31,2 — PAPINIANUS *libro 12. responsorum*.

Pater, qui filiae, quam habuit in potestate, mancipia donavit et peculium emancipatae non ademit, ex postfacto donationem videbatur perfecisse.

E cioè, se un padre abbia donato degli schiavi alla figlia che ha in potestà, e non le abbia ritolto il peculio quando l'ha emancipata, deve ritenersi che la donazione si sia convalidata *ex post facto*. Lo stesso fu ritenuto per le donazioni fra coniugi che, pure, erano assolutamente vietate (1).

Bisogna dunque concludere, che, l'incapacità del figlio di acquistare per sè sussistesse anche dopo il riconoscimento dei *bona adventicia*, a riguardo delle donazioni fattegli dal padre. Queste però si convalidavano se il padre non le revocava fino alla morte.

§ 166.

E veniamo allo studio dei modi in base ai quali si costituisce la *patria potestas*. Fra tutti, il più importante è il matrimonio: *iustae nuptiae*.

A esprimere l'essenza del matrimonio romano, le fonti danno

(1) Le donazioni fra coniugi sono vietate anche dal nostro diritto (c. civ. art. 1054). Il nostro codice stabilisce una nullità radicale, assoluta, insanabile. Onde a torto qualche consesso giudicante ha ritenuto che anche pel nostro diritto, come per quello romano, avvenendo la morte del donante prima che la donazione sia stata dichiarata nulla, essa vien ribadita e riceve conferma dal silenzio del donatore. Il diritto romano affermò espressamente la convalescenza di tali donazioni: il nostro diritto le ha espressamente vietate, senza fare alcuna eccezione! Se però dobbiamo dire intero il nostro avviso, ci sembra poco logica la legge nostra. Una semplice carta privata avente i requisiti di testamento olografo, accompagnata da un trasferimento di fatto dei beni che si vogliono donare, basterà a rendere frustranea la disposizione dell'art. 1054. (Cfr. FADDA: *La nullità delle donazioni fra coniugi*. Estr. dal *Foro ital.* Anno XVIII, fasc. V).

varie definizioni che sono rimaste nella nostra scienza attuale, come quelle che vengono ritenute appropriate a delineare la figura giuridica del matrimonio anche nel diritto odierno. Esaminiamole, queste definizioni.

fr. 23. 3.1 — MODESTINUS, *libro 1. regularum*.

Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.

Matrimonio è la congiunzione di un maschio con una femina, il consorzio di tutta la vita, la comunione del diritto divino e di quello umano.

Inst. I. 9. 1.

Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens.

Le nozze, o matrimonio, sono quella congiunzione di un uomo con una donna che importa una indivisibile consuetudine di vita. V'è, in questa definizione, lo stesso accenno alla indissolubilità del matrimonio che, sotto altro punto di vista, è contenuto anche in ULPIANO:

fr. 1. 1. 1,3 — ULPIANUS, *libro 1. institutionum*.

Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus enim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerit.

Il diritto naturale, dice ULPIANO, è quello che la natura ha appreso a tutti gli esseri animati. Infatti questo diritto non appartiene esclusivamente agli uomini, ma è comune a tutti gli animali che nascono sulla terra e nel mare ed anche agli uccelli. In esso ha fonte quella congiunzione del maschio con la femina che noi uomini chiamiamo matrimonio, in esso ha fonte la procreazione e l'educazione della prole: vediamo infatti che gli altri animali, a seconda del grado di conoscenza che hanno di questo diritto vengono o meno classificati tra i feroci.

Il ragionamento di ULPIANO può ricostituirsi nella sua linea logica in questi termini: il diritto naturale è eterno ed immutabile, poichè governa tutti gli animali, quindi il matrimonio, che è un istituto di diritto naturale, è, come questo, eterno e immutabile (1). In ogni modo ULPIANO non si mantiene di certo alla stessa altezza spirituale delle due definizioni di MODESTINO e di FLORENTINO (2). E quando si fa ricorso al diritto romano per dare al matrimonio quel profumo di idealità, bisogna essere coerenti e non lasciare da banda quanto lo stesso diritto offre in senso completamente materialistico.

§ 167.

Le prime due definizioni hanno ora molto del retorico, e nella loro vuota larghezza si sono prestate a tutti i sistemi in tutti i tempi. Per dare una prova di questa affermazione basta ricordare che la prima di esse potè essere adottata anche dal diritto canonico (3). Ma per di più esse non rispondono neppure alle condizioni storiche dei tempi nei quali furono concepite, o, per dir meglio, non si attagliano indistintamente a tutti i periodi del diritto di Roma.

Non occorre spendere molte parole per dimostrare che l'*individua consuetudo vitae* può relegarsi nel mondo delle fiabe, almeno per quel periodo della storia di Roma che coincide col'epoca classica della giurisprudenza. Il matrimonio fu allora l'istituzione che subì maggiormente l'influenza del decadere della

(1) Si può notare, a proposito di questa definizione, l'incoerenza del giuriconsulto che pone allo stesso livello, in rapporto al diritto naturale, il matrimonio e l'educazione dei figli. Certo, gli uomini non son guidati da uno stesso istinto alla *coniunctio* ed alla educazione della prole!

(2) La definizione delle Istituzioni giustinianee si può ritenere tolta dalle Istituzioni di FLORENTINO. Così ha affermato il FERRINI (*Le fonti delle Istit. di Giustiniano*) con dimostrazione che a noi pare inoppugnabile.

(3) Individua..... consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est, et e converso. c. 3, CXXXVII qu. 2.

moralità pubblica; dell'indivisibilità del matrimonio tanto poco era da parlarsi, chè ormai gli anni delle donne non si contavano più secondo il giro solare, ma secondo il numero dei divorzi!

Quanto alla *divini et humani iuris communicatio*, essa non si può intendere che nel matrimonio a cui si accompagnava la *manus*. Poichè in questa forma di matrimonio la donna entrava a far parte del gruppo familiare al quale apparteneva il marito, ed in questo gruppo uno solo era il capo, unica la potestà, unica la legge che regolava tutti i soggetti, identici i *sacra* per tutti i componenti. Qui si intende la comunione del diritto umano e del diritto divino. Tanto più noi ci accostiamo all'antico diritto, tanto più scorgiamo questo intimo legame tra il matrimonio e la *manus*, così che si può ritenere che le due cose si confondessero nel primitivo diritto romano. Questa ipotesi è confermata da varii passi di DIONIGI i quali attestano questa comunione di culto e di beni. Così egli attribuisce ad un' antichissima legge di Romolo la disposizione seguente, che noi riferiamo nella sua traduzione latina: (Dion. 2,25) « Quae lex haec erat: uxorem iustam, quae nuptiis sacratis (confarreatione) in manum mariti convenisset, communionem cum eo habere, omnium bonorum et sacrorum ». Ora ciò che è detto in DIONIGI si attaglia ad un solo tipo di matrimonio: al matrimonio confarreato, che è il tipo arcaico l'unica del matrimonio, e forse ha costituito forma in uso nell'epoca primitiva. Le nozze producono, per esso, quella comunione così energica dalla quale discende la comunanza di culto e di beni tra il marito, la moglie, e i figli.

Notisi ancora che il passo di DIONIGI ci presenta il legame matrimoniale come fonte della comunione di beni e di culto, mentre d'altra parte nel periodo storico già esisteva il matrimonio senza la *manus*, e in quello giustiniano essa era sparita da lungo tempo. Di pari passo con questa evoluzione si era modificato ed era andato affievolendosi anche l'istituto della comunione, fin che venne a mancare del tutto. Onde la comunione dei beni deriva dalla *manus*, e non la si può intendere se non circoscrivendola all'antico diritto ed all'antico matrimonio tipico.

Nei tempi più recenti il regime dotale forma la regola: per esso, la donna costituisce un patrimonio che, sciolto il vincolo matrimoniale, tornerà a sè od ai figli (1). È bensì vero che COLUMELLA asserisce non esservi niente di diviso entro l'ambito domestico (*nihil in domo dividuum*), ma noi dobbiamo ritenere che queste parole alludano semplicemente al costume romano, perchè, ripetiamo, il tipo del matrimonio veramente romano porta la completa autonomia patrimoniale dei due coniugi, ed è in antitesi recisa col matrimonio *cum manu*. Il diritto romano non conosce come regola la comunione dei beni fra i coniugi.

Bisogna dunque riconoscere che le definizioni del matrimonio che ci ha tramandato GIUSTINIANO nel Digesto e nelle Istituzioni, di cui quest'ultima probabilmente apparteneva in origine ad ULPIANO, maestro di MODESTINO (così pensa il FERRINI, e la sua opinione è basata su argomenti persuasivi) sono definizioni che non rispondono alla realtà delle varie epoche del diritto di Roma. Forse nell'idea filosofica dei giureconsulti questa intima e completa comunione fra il marito e la moglie rispecchiava l'antica consuetudine del matrimonio confarreato, ed era un residuo di definizioni tradizionali; ma ciò non significa che noi dobbiamo accoglierla ad ogni costo, quando vi è la certezza di adottare concetti che stonano di fronte alla realtà ed allo spirito del diritto romano qual'è durante il periodo classico.

(4) Il regime dotale ha prevalso sempre nel diritto italiano. Appunto perchè il regime dotale è nelle consuetudini del nostro paese, noi lo abbiamo conservato, sebbene prima della pubblicazione del nuovo codice civile si fosse molto discusso sulla opportunità di introdurre anche fra noi il regime della comunione fra coniugi. Quest'ultimo, ad esempio, esisteva in Sardegna fino al 1848, anno in cui furono estese a quell'isola le leggi Albertine. Ivi ogni matrimonio portava la comunione dei beni, quando le parti non avessero stabilito nulla in contrario. Il regime nostro attuale sancisce la completa autonomia del marito, e la quasi autonomia della moglie (diciamo quasi — autonomia perchè la nostra legge conserva ancora l'istituto antilogico della autorizzazione maritale). Per noi la separazione dei due patrimoni è il regime normale nel silenzio delle parti.

§ 168.

Anche in rapporto all'energia del vincolo matrimoniale noi possiamo constatare una evoluzione importantissima. S' intende benissimo come nel periodo arcaico, al quale si ricollegano l'acquisto per compra o il rapimento della donna, non possa parlarsi di diritto della moglie di fronte al marito. E per ciò non è immaginabile per quei tempi un divorzio che non venga dal marito. Ne abbiamo una riprova nella stessa forma rude, brutale anzi, con la quale il marito allontana la donna: « res tuas tibi habeto » (che non significa tanto: « abbiti le tue cose! », quanto, piuttosto: « togli su, e vattene! », come del resto è detto espressamente nell'altra formola tradizionale del repudio).

Invece, nel diritto classico, tanto il marito quanto la moglie possono *mittere repudium* senza dar ragione del loro agire.

Il diritto giustiniano, sotto l'influenza del cristianesimo, frena la libertà di divorzio; ma si badi che si tratta piuttosto di un'influenza idealistica delle prime dottrine cristiane, che di un'avversione decisa e diretta contro il divorzio per se stesso. Quindi il divorzio continua ad essere ammesso: soltanto, si determinano le cause in mancanza delle quali il divorzio è riprovato e conduce talvolta a gravi penalità (la tonsura, la chiusura in convento, etc.).

§ 169.

Adunque, e pel regime matrimoniale, e per l'energia del vincolo, si debbono nettamente distinguere tre tipi di matrimonio che possono farsi cronologicamente coincidere con le tre epoche del diritto romano: un tipo antico, uno classico, ed uno giustiniano. Essi non si somigliano se non per un elemento che, a dir vero, non può mancare nella definizione del matrimonio presso qualunque popolo e in qualunque tempo lo si consideri e che, come vedemmo, ULPIANO dichiara comune alle bestie: la *con-*

*iunctio maris et feminae*. E per quanto questa unione sia nobilitata anticamente dall'alto rispetto verso la donna, assai più che quando nel periodo classico s'insiste tanto sull'*affectio maritalis*, dal punto di vista strettamente giuridico vi è una completa soggezione della donna al marito non dissimile da quella degli altri dipendenti. Il matrimonio con carattere veramente bilaterale e con la cosiddetta *reverentia* reciproca è il portato dell'ultima evoluzione compiuta sotto l'influenza cristiana.

Ma noi dovremmo guardare al contenuto di diritto positivo che disciplina nelle tre epoche i rapporti patrimoniali, e solo in base a questo contenuto potremo in seguito elevarci a considerazioni d'indole generale.

Tipo del matrimonio primitivo è il matrimonio *cum manu*. Non esistono in questo periodo due figure giuridiche nelle quali si inquadrino due tipi differenti di matrimonio: il m. *cum manu*, e il matrimonio libero. Deve invece ritenersi che nei tempi primitivi la donna fosse sempre soggetta, insieme con i figli, alla potestà del capo di famiglia, e che non vi fosse matrimonio senza questa soggezione, senza la *manus*. In realtà, la donna avrà goduto di un trattamento molto diverso da quello che si sarà usato verso i figli e verso gli schiavi, sebbene l'uomo se ne fosse impadronito come di una schiava destinata a prolificare (*liberorum quaerendorum causa*). Non v'ha dubbio che l'affinarsi dei costumi influì anche nel senso di un ingentilirsi continuo dei rapporti matrimoniali, e che alla disparità giuridica fra la moglie e il marito non dovette corrispondere sempre una diseguaglianza di fatto. Che anzi la donna acquistò presto una grande influenza morale nell'ambiente domestico, e finì spesso col prevalere sullo stesso marito. Ma patrimonio a sè non ebbe, e mai ella si sciolse, in questo periodo primitivo, dal vincolo di soggezione che la legava al marito. Bisogna scendere giù giù nel tempo per trovare un mutamento di questo stato di cose, per trovare il matrimonio senza la *manus*, in cui la donna resta nella sua famiglia di origine, è indipendente giuridicamente dal marito, non solo, ma anche economicamente perchè ha un patrimonio proprio se è *sui iuris*.



§ 170.

Si discute intorno all'epoca in cui sia cominciata la possibilità del matrimonio senza la *manus*. Secondo alcuni ciò sarebbe avvenuto sin dal tempo delle XII Tav.. Questa opinione si basa sulla disposizione relativa all'*usus* contenuto nella legge decemvirale.

Uno dei modi di acquistare la *manus* sulla donna era appunto l'*usus*, ossia il possesso di lei durante un anno di tempo. Un tale termine aveva la sua base alla nota disposizione: « *Usus auctoritas fundi biennium est.... ceterarum rerum omnium.... annuus est usus* ». Per altro le stesse XII Tavole indicavano il modo in cui la donna poteva interrompere questa prescrizione, e conseguentemente l'acquisto della *manus* all'uomo. Bastava all'uopo che la donna si allontanasse dalla casa del marito per tre notti (1). Ora, poichè la donna cade nella *manus* in capo all'anno se non vi è stata *usurpatio trinoctii*, ciò implica — si dice — che essa fosse moglie anche prima benchè non fosse *in manu*. Al che giustamente si obietta che la disposizione delle XII Tavole potrebbe aver avuto il fine di trasformare in capo ad un certo termine in matrimoni le unioni irregolari per la mancanza, ad esempio, della formalità della *confarreatio* o della *cöemptio*.

Certamente, la possibilità del matrimonio senza *manus*, data dai tempi di ENNIO e di CATONE il Vecchio, ossia dalla fine del VI secolo, perchè in questi autori si parla di donne che possiedono beni proprii, e di donne che, malgrado il matrimonio, sono rimaste in potestà del padre.

È un punto di grande interesse per il nostro studio l'esaminare la diversità di condizione giuridica tra la donna che ha contratto un matrimonio *cum manu*, e quella che ha contratto un matrimonio *sine manu*. Noi vedremo come la condizione della mo-

(1) GAI. I, 111: *Lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo [usu] in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum cuiusque anni interrumpet.*

glie diventasse sempre più indipendente anche dal punto di vista giuridico, e come nella terza epoca specialmente, la tutela degli interessi della donna di fronte al marito abbia formato una delle caratteristiche della legislazione di GIUSTINIANO. Forse questo imperatore, che pel suo avanzato femminismo fu detto *imperator uxorius*, si lasciò grandemente influenzare in proposito dalla moglie Theodora (1).

Di solito, il matrimonio *sine manu* si celebra in forme non solenni; ma la consuetudine porta che lo si faccia precedere dagli sponsali. Del resto questa consuetudine vige tuttora nel nostro diritto, in forma non molto diversa dall'antica.

Anche il matrimonio arcaico, consistente nella vendita della donna fatta dal padre di lei al futuro marito o al genitore che lo aveva in potestà, era preceduto da una promessa di vendita, fatta dallo stesso genitore della sposa, allo sposo o al padre di lui. Di questa antica costumanza v'è un residuo nel diritto classico, in quanto il consenso del genitore è sufficiente: la figlia può dissentire solo se si tratta di persona turpe.

Sponsali.

§ 171.

fr. 23.1.1 — FLORENTINUS *libro 3. institutionum*.

*Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum.*

La definizione degli sponsali ha dato luogo a vive dispute sotto varii riguardi, nè è da tacere che essa si presenta davvero singolare anzitutto per i termini usati dal giureconsulto. *Mentio et repromissio* sono infatti due vocaboli che a prima vista appaiono inadatti, e singolarmente presi e in connessione tra loro, a rendere l'idea di questa convenzione con la quale i futuri sposi prendono impegno di concludere le future nozze. Non è facile determinare il significato del vocabolo *mentio*, perchè esso non è

(1) Cfr. GIANTURCO, *Em.* negli studi in onore di C. Fadda.  
C. FADDA, — *Diritto delle persone.*

usato dalle fonti giuridiche in locuzioni simili alla nostra; non è facile determinare il significato della parola *repromissio*, perchè manca appunto un'interpretazione sicura del primo vocabolo al quale il secondo appare contrapposto. Che significherebbe una traduzione come questa: « gli sponsali sono la menzione e la risposta delle nozze future? ».

Indotto da queste difficoltà, il MOMMSEN propose una modificazione del testo: egli sostituì il vocabolo *conventio* all'originario *mentio*. Ma ognuno vede, che questa nuova lettura non fa progredire d'un passo, perchè la *conventio* comprende in sè la *repromissio* che non può essere se non l'atto di una sola delle parti. Inoltre la correzione del MOMMSEN non ha in suo favore l'autorità di alcun manoscritto. Onde è stata generalmente ripudiata.

A noi sembrava che al vocabolo *mentio* dovesse sostituirsi *sponsio*. Eravamo indotti in questa opinione dalle attestazioni di alcuni autori non classici (1), secondo i quali gli sponsali dell'antico diritto sarebbero stati conclusi per mezzo di stipulazioni reciproche. Ma recentemente il BRINI (2) ha portato sulla questione il contributo delle sue indagini, in base alle quali noi riteniamo ormai sicura la genuinità della espressione *mentio*.

Il BRINI dimostra che si tratta di vocabolo classico, e, per di più, usato proprio per gli sponsali. Egli adduce a conferma della sua tesi i seguenti passi:

LIVIVS XXIX. 23. 3. Sed *mentio* quoque *inchoata adfinitatis*, ut rex duceret filiam Hasdrubalis. Ad eam rem consummandam, tempusque nuptiis statuendum.

Livio parla delle trattative di matrimonio iniziate da un re africano per ottenere la figlia di Asdrubale. La *mentio adfinitatis* non è che la proposta, la richiesta quasi, di matrimonio con la ragazza. Si tratta di qualche cosa che per ora è sola *inchoata*, che non è ancora completa. Quando si avrà la *repromissio*, potranno dirsi conclusi gli sponsali.

(1) AUL. GELL. 4.4; VARRO, de l. l. 6,69-72.

(2) Atti della R. Accademia di Bologna. Cfr. anche il PEROZZI *Ist.* I p. 239 nota 3.

Lo stesso significato deve attribuirsi al nostro vocabolo in questi due passi di PLAUTO:

*Aulul.* II, 2. v. 27,28: Credo, edepol, ubi mentionem ego fecero de filia mihi ut despondeat....

IV, 7. 4: fac mentionem cum avunculo.

*Mentio* acquista dunque significato tecnico in relazione con gli sponsali, e — secondo il BRINI — vuol dire appunto *proposta di matrimonio*. Come proposta, *in genere*, il vocabolo *mentio* si trova nella locuzione *mentionem facere* riferita ai Senatori che mentre discutono in Senato (*dicunt sententiam*), non possono essere richiamati dal presidente, e di questa condizione privilegiata si avvalgono per *facere mentionem*, ossia per far proposte. In questa facoltà noi potremmo scorgere un sostitutivo del nostro diritto di interrogazione e di interpellanza.

Bisogna però valutare queste trattative alle quali, secondo il BRINI, accennerebbe la parola *mentio* in rapporto con la forma degli sponsali.

§ 172.

fr. 23. 1. 2. — ULPIANUS *libro singulari de sponsalibus*.

Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras.

*ead. tit.* fr. 3 — FLORENTINUS *libro tertio institutionum*.

unde et sponsi sponsaeque appellatio nata est.

Gli sponsali derivano il loro nome da *spondere* perchè fu antica consuetudine di stipulare e di promettere che la donna diventerebbe moglie. E da *spondere* derivano i nomi di sposo e di sposa.

Dunque era antico costume che lo sposo e la sposa, o chi per loro, si vincolassero a concludere il matrimonio addivenendo ad una *sponsio*, cioè al contratto verbale solenne, produttivo di obbligazione, dell'antico diritto. Se ciò è vero, come non se ne dubita e per l'etimologia e per le testimonianze giuridiche e non giuridiche che si hanno in proposito, rimane a rendersi conto

dell'importanza e del significato della *mentio*, che è bensì una proposta, ma non è rivestita di alcuna forma solenne e non può assolutamente scambiarsi con la *sponsio*. Noi pensiamo che la *mentio* si trovi rispetto alla *sponsio* nello stesso rapporto in cui si trova la *contio* rispetto ai comizi. Come nei comizi la proposta di legge si discute dall'una parte e dall'altra prima di procedere alla votazione, così in queste trattative la proposta di matrimonio viene vagliata dagli interessati dell'una e dell'altra parte prima di addivenire alla *sponsio*: questa si compie soltanto quando è raggiunto l'accordo completo. In questo modo di intendere la portata della *mentio* ci confermano alcuni passi di PLAUTO i quali ritraggono le discussioni intorno agli sponsali e le fanno seguire dalla *sponsio* nei termini solenni del diritto.

Notiamo che tanto in VARRONE, quanto nella riportata definizione di ULPIANO, troviamo cenno di una sola stipulazione per la quale il solo genitore della sposa si sarebbe obbligato a dare in moglie la propria figlia. Invece, nel passo citato di AULO GELLIO vengono ricordate due sponsioni reciproche tra i padri degli sposi: una promessa di dare in moglie, e una promessa di riceverla. In realtà, si deve ritenere che nell'antico diritto il vincolo sussistesse da entrambe le parti, e che la stipulazione unilaterale sia più recente.

§ 173.

Più tardi gli sponsali si effettuano senza alcuna solennità, poichè basta il semplice consenso, a mezzo di contratto verbale o di semplice convenzione. E ciascuna delle parti può liberamente recederne.

fr. 23. 1. 4 — ULPIANUS, *libro 35. ad Sabinum*.

Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia. denique constat absentem desponderi posse, et hoc cottidie fieri. eod. tit. fr. 5 — POMPONIUS, *libro 16. ad Sabinum*.

haec ita, si scientibus his qui absint sponsalia fiant aut si postea ratum habuerint.

Ormai, dunque, si tratta di un semplice patto, che può concludersi anche fra assenti: occorre però che l'assente sappia, o dia la ratifica. E mentre nel diritto antico la sposa era designata col nome di *sponsa* od anche di *promissa*, ormai la si chiama anche *pacta*, senza annettere alcuna importanza alla diversità dei termini.

Per la conclusione degli sponsali non occorre atto scritto nè presenza di testimoni. Ma, quantunque il diritto non l'esiga, l'obbligo dell'atto scritto è stato tenuto fermo dalla consuetudine: le *legittimae tabellae*, di cui parlano i poeti dell'età imperiale, sono appunto le tavole scritte in occasione degli sponsali: e vengono dette *legittimae* in quanto costituiscono una solennità derivante dall'antico uso, conforme al diritto, di pronunciare le parole solenni.

Bisogna pure ritenere, sebbene il nostro testo lo escluda, che nella pratica fosse invalso anche l'uso di testimoni.

La mancanza di ogni formalità nel diritto classico è affermata anche nel seguente frammento:

fr. 23. 1. 7 pr. PAULUS, *libro 35. ad edictum*.

In sponsalibus nihil interest, utrum testatio interponatur an aliquis sine scriptura spondeat.

Spesso i patti nuziali vengono conchiusi con l'interposizione di terze persone: quindi per mezzo di nunzio o per lettera, ed anche per mezzo di mandato, sebbene per regola generale il diritto romano escluda che si possano concludere contratti per terze persone.

fr. 18 eod. tit. — ULPIANUS *libro 6. ad edictum*.

In sponsalibus constituendis parvi refert, per se (et coram an per internuntium vel per epistulam) an per alium hoc factum est: et fere plerumque condiciones interpositis personis expediuntur.

§ 174.

Nell'antico diritto la conclusione degli sponsali deve aver avuto luogo tra i capi della famiglia dello sposo e della sposa,

salvo il caso in cui i futuri coniugi o l'uno dei due fosse *sui iuris*, nelle quali ipotesi il vincolo legava direttamente gli sposi *sui iuris* fra loro, o quello di loro che era *sui iuris*, col genitore dell'altro. Per la donna *sui iuris*, non potendo essa trovarsi mai libera dalla tutela, sarà intervenuto il tutore.

Nel diritto avanzato, di pari passo con l'affermarsi della personalità del figlio, fu richiesto anche il consenso di questi oltre che quello dei genitori: ma la figlia non poteva dissentire validamente se non quando il padre le avesse scelto uno sposo *indignum moribus vel turpem*. E perciò anche il suo silenzio era interpretato come acconsentimento:

fr. 23. 1. 7, 1 — PULUS libro 35. ad edictum.

In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. intelligi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidentiter dissentiat, Iulianus scribit.

Questo stesso principio è confermato nei seguenti passi:

fr. 23. 1. 11 — IULIANUS libro 16. digestorum.

Sponsalia sicut nuptiae consensu contrahentium fiunt: et ideo sicut nuptiis, ita sponsalibus filiam familias consentire oportet: eod. tit. fr. 12 — ULPIANUS libro singulari de sponsalibus.

Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur. Tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat.

§ 175.

Circa l'età nella quale si possono concludere gli sponsali, nulla stabiliscono le fonti. Però, siccome gli sposi debbono consentire, è necessario che essi abbiano una età tale che permetta di intendere l'atto che compiono: quindi non possono essere *infantes*. Inoltre non deve trattarsi di persona *furiosa*, e questo è espressamente dichiarato nelle fonti.

Quando la *lex Iulia et Papia* stabilì le note penalità contro chi non contraeva matrimonio e fissò alcuni disfavori contro chi non aveva figli, avvenne che per sfuggire a quelle penalità si

contraessero gli sponsali rimandando le nozze alle calende greche. Onde fu stabilito che gli sponsali non avessero una durata superiore ai due anni. E poichè l'età del matrimonio era fissata al minimo di dodici anni per la donna e di quattordici per l'uomo, ne conseguì che gli sponsali non potessero conchiudersi prima dei dieci anni e dei dodici anni, rispettivamente per la donna e per l'uomo.

fr. 23. 1. 9 — ULPIANUS libro 35. ad edictum.

Quaesitum est apud Iulianum, an sponsalia sint, ante duodecimum annum si fuerint nuptiae collatae. et semper Labeonis sententiam probavi existimantis, si quidem praecesserint sponsalia, durare ea, quamvis in domo loco nuptiae esse coeperit: si vero non praecesserint, hoc ipso quod in domum deducta est non videri sponsalia facta. quam sententiam Papinianus quoque probat.

Il caso è questo: un ragazzo celebra il matrimonio prima di dodici anni, senza aver celebrato antecedentemente gli sponsali. Sono avvenute tutte le formalità della *deductio in domum mariti*, ossia tutte quelle cerimonie che sogliono accompagnare le nozze. Si domanda se la donna che ha cominciato a coabitare col marito pur non potendo essergli moglie perchè s'è sposata prima che l'uomo avesse compiuti i dodici anni, possa ritenersi almeno come fidanzata. GIULIANO, stava per l'affermativa: egli pensava che nel consenso esistente pel matrimonio era implicito quello per gli sponsali. ULPIANO, invece, seguiva l'opinione di LABEONE (cui consentiva anche PAPINIANO) secondo la quale dovevano ritenersi esistenti gli sponsali se avevano preceduto il matrimonio, altrimenti no. La ragione che si adduce è questa, che la volontà di sposare non equivale a quella di essere fidanzati.

Lo stesso caso è più largamente svolto nel passo seguente:

§ 176.

fr. 24. 1. 32, II. 27, 28. — ULPIANUS libro 33. ad Sabinum.  
Si quis sponsam habuerit, deinde eandem exorem duxerit cum

non liceret, an donationes quasi in sponsalibus factae valeant, videamus. et Iulianus tractat hanc quaestionem in minore duo decim annis, si in domum quasi mariti inmaturo sit deducta: ait enim hanc sponsam esse, et si uxor non sit. sed est verius, quod Labeoni videtur et a nobis et a Papiniano libro decimo quaestionum probatum est, ut, si quidem praecesserint sponsalia, durent, quamvis iam uxorem esse putet qui duxit, si vero non praecesserint, neque sponsalia esse, quoniam non fuerunt, neque nuptias, quod nuptiae esse non potuerunt. ideoque si sponsalia antecesserint, valet donatio: si minus, nulla est, quia non quasi ad extraneam, sed quasi ad uxorem facit et ideo nec oratio locum habebit. Sed si senator libertinam desponderit vel tutor pupillam vel quis alius ex his, qui matrimonium copulare prohibentur, et duxerit, an donatio quasi in sponsalibus facta valeat? et putem etiam sponsalia improbanda, et quasi ab indignis. ea quae donata sunt ablata fisco vindicari.

Qui, lo stesso caso è prospettato dal punto di vista delle donazioni. Si tratta sempre di un giovinetto che ha una fidanzata e la sposa non ostante vi sia un impedimento alle nozze (l'età minore ai dodici anni) da parte di lei. Sorge questione se siano valide le donazioni fatte in questo periodo susseguente alle nozze.

È noto che le donazioni fra coniugi sono nulle, mentre sono valide quelle tra sposi: GIULIANO, appunto, le dichiara valide come donazioni tra sposi, facendo valere come dichiarazione di volontà per gli sponsali quella già avvenuta pel matrimonio. ULPIANO, al contrario, crede più giusta l'opinione di LABEONE, approvata anche da PAPINIANO: e cioè, se sono preceduti gli sponsali, questi durano, sebbene l'uomo pensi che la donna gli sia già moglie; se non sono preceduti, non vi sono sponsali perchè non vi furono prima, nè vi sono nozze perchè non son potute esistere. E pertanto, la donazione sarà valida nel primo caso; non nel secondo perchè non è stata fatta come ad una estranea ma come alla propria moglie. Mancando il presupposto, cade la liberalità. Per questo motivo non potrà nemmeno applicarsi l'*oratio divi Antonini*.

In seguito il giureconsulto passa ad un altro campo: quello degli impedimenti al matrimonio non fondati sulla età. In tutti questi casi; (il giureconsulto cita quello del matrimonio tra un senatore ed una liberta, tra il tutore e la pupilla), se il matrimonio è avvenuto di fatto con la *deductio in domum*, le donazioni sono egualmente nulle perchè non solo il matrimonio, ma anche gli sponsali, in tutte queste ipotesi sono riprovevoli. E perciò le donazioni dovranno essere ritolte come fatte da persone indegne, e dovranno rivendicarsi alla cassa imperiale.

È dunque affermato un completo parallelismo fra la validità del matrimonio e quello degli sponsali; perchè essi sono la preparazione al matrimonio, saranno completamente nulli se questo è nullo.

## § 177.

Tuttavia, qualche frammento del titolo *de sponsalibus* pare in reciso contrasto con quest'ultima affermazione. Si tratta di alcuni frammenti che, pur coincidendo nella affermazione finale col frammento superiormente riportato, hanno subito gravi interpolazioni per mano dei compilatori giustinianeici.

Fr. 24.1.15 — MODESTINUS *libro singulari de enucleatis casibus*.

Tutor factam pupillam suam nec ipse uxorem ducere, nec filio suo in matrimonio adiungere potest. Scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere.

*cod. tit. fr. 16 — ULPIANUS libro 3. ad legem Iuliam et Papiam.*

Oratio imperatorum Antonini et Commodi, quae quasdam nuptias in personam senatorum inibuit, de sponsalibus nihil locuta est. recte tamen dicitur etiam sponsalia in his casibus ipso iure nullius esse momentii, ut suppleatur quod orationi deest.

Nel primo di questi due frammenti è affermato che il tutore non può sposare egli stesso la propria pupilla, nè farla sposare al figlio proprio. Ma l'aggiunta « *scias tamen, quod de nuptiis tractamus, et ad sponsalia pertinere* » che consacra questo parallelismo tra le nozze e gli sponsali, è stata rigorosamente dimostrata dal RICCOBONO di fattura triboniana.

E così pure, nel secondo frammento, mentre vien detto recisamente che l'*oratio imperatoris Antonini et Commodi* si limita a vietare le nozze dei senatori con alcune donne, e non parla affatto di sponsali, si soggiunge poi — con stile che porta evidenti le impronte dei compilatori — che nondimeno bisogna supplire alle deficienze della *oratio* e ritenere nulli gli sponsali dei senatori in quegli stessi casi in cui la *oratio* vieta le nozze.

Noi siamo convinti dell'esattezza dei risultati ai quali è pervenuto il RICCOBONO nell'esaminare questi passi nei quali è affermato il parallelismo tra le nozze e gli sponsali. Troppo lungo sarebbe riferire qua i singoli argomenti di sostanza e di forma che l'illustre professore di Palermo adduce a sostegno della sua tesi, e pertanto dobbiamo limitarci alla constatazione che nel diritto classico questo parallelismo fra gli sponsali e il matrimonio non esisteva, che quindi, se scompariva l'impedimento dopo la celebrazione degli sponsali, questi erano validi.

Bisognava che l'impedimento fosse dirimente, ossia tale da non poter mai esser tolto di mezzo, perchè gli sponsali potessero dichiararsi nulli al pari del matrimonio.

§ 178.

Vediamo quali siano gli effetti giuridici degli sponsali. Considerando gli sponsali per se stessi, si potrebbe pensarli come un contratto contratto preliminare disposto per la preparazione del contratto definitivo; in altri termini come un contratto pel quale le parti si obbligassero alla celebrazione delle nozze. Ma noi dobbiamo subito avvertire che, tanto nel diritto classico quanto in quello giustiniano, non esiste alcuna coazione, nè diretta nè indiretta, alla celebrazione delle nozze (sebbene il diritto giustiniano contenga la riserva di alcune conseguenze dannose che poterono influire sulla decisione al matrimonio).

Al contrario, il racconto di qualche scrittore non giuridico lascia supporre l'esistenza originaria di un'obbligazione a contrarre le nozze. E, in verità, quest'obbligo non potrà apparire

strano a chi consideri che gli sponsali, nei primi tempi, venivano conchiusi fra i genitori dei futuri coniugi, che in base agli sponsali sarebbe avvenuto in seguito il passaggio della potestà sulla donna, e che nel Lazio quest'obbligo sorgeva ed era sanzionato da un'azione.

Ma leggiamo i brani di questi autori non giuridici.

AULUS GELLIUS *N. A.* 4.4:

Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque jure solita fieri, scripsit Servius Sulpicius in libro quem scripsit de dotibus: « Qui uxorem, inquit, ducturus erat, stipulabatur eam in matrimonium daturum; ductum iri, qui ducturus erat itidem spondelat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur « sponsalia ». Tum, quae promissa erat, « sponsa » appellabatur, qui sponderat ducturum, « sponsus ». Sed si post eas stipulationes uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex, quamobrem data acceptave non esset uxor, quaerebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuera eam uxorem accipi aut dari, eum qui sponderat (qui stipulatus erat), condemnabat ». Hoc jus sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Iulia dat est. Haec eadem Neratius scripsit in libro quem de nuptiis composuit.

Nel Lazio, dice AULO GELLIO, gli sponsali si sollevano concludere secondo questa consuetudine e questo diritto: colui che doveva toglier moglie stipulava da colui, dalla famiglia del quale doveva esser tolta, che questi gliela avrebbe data, e quello, a sua volta, prometteva che l'avrebbe sposata. Questo contratto di stipulazioni e di sponsioni si chiamava sponsali. Avveniva dunque una duplice stipulazione dello sposo di fronte al genitore e di questo di fronte a quello. In seguito a queste stipulazioni, se una delle parti mancava all'obbligo suo (il fidanzato, a quello di celebrare le nozze; il padre, a quello di dare *in manum* la figlia allo sposo) l'altra aveva facoltà di agire con l'*actio ex sponsu*. In base a quest'azione il giudice era investito della

cognizione della causa, e doveva indagare e vagliare le ragioni per le quali il fidanzato non aveva conchiuso il matrimonio, o il padre non aveva dato la propria figlia. Se non v'erano giuste cause dell'inadempienza dell'obbligo, il giudice condannava in una somma di denaro rispondente all'interesse di chi vedeva mancare la promessa. Non v'era obbligo diretto a sposare, perchè nessuno può essere costretto a compiere un fatto (*nemo ad factum cogi potest*), ma l'obbligo era indirettamente sanzionato con una pena pecuniaria che, appunto nel diritto latino consisteva nel risarcimento del danno. Tutta questa relazione di AULO GELLIO è fondata sull'autorità di due giuristi romani Servio Sulpicio e Nerazio Prisco.

Or potremo noi ammettere che questa obbligatorietà esistesse anche nell'antico diritto di Roma?

È un punto molto controverso. Certo, la relazione di AULO GELLIO non dice nulla in riguardo al diritto dell'antica Città; ma chi ponga mente che Roma era città latina, e che del Lazio doveva avere le consuetudini, non troverà esageratamente arischiata la supposizione che anche in Roma nei tempi antichissimi gli sponsali producessero azione diretta al risarcimento dei danni.

§ 179.

A sostegno di questa ipotesi viene addotto un brano di Varrone.

VARRO, *De C. C.* 6.69-72

70: Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa; appellabatur et pecunia et quae desponsa erat, sponsa. — 71 Qui sponderat filiam, despondisse dicebatur, quod de sponte eius, id est de voluntate exierat; non enim si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus; — quod tum et praetorium jus ad legem, et censorium iudicium ad aequum existimabatur... — 72... Non spondet ille, statim qui dixit « spondeo », si jacandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque quisquis dicit, in tra-

goediam: « Meministine te despondere mihi gnatam tuam? Quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi, ex sponsu.

Afferma, dunque, questo scrittore, che appunto perchè gli sponsali si celebravano con la *sponsio*, la donna era detta *sponsa*, al modo stesso che era detto *pecunia sponsa* il denaro promesso. Chi aveva promessa la figlia, egli soggiunge, si diceva averla promessa quasi per volontà propria (*sponte*) per cui non era più libero di darla quando e a chi avrebbe voluto, ma era legato verso colui al quale aveva fatta promessa, e a questo suo vincolo v'era una sanzione legale, di cui era strumento il pretore, ed una sanzione morale di cui era strumento il censore. Lo sposo o il padre della fidanzata, potevano—in base alla *sponsio*—ricorrere al pretore: che se non volevano valersi di questo mezzo legale, era in loro facoltà di invocare l'intervento del censore. Perchè il mancare alla parola data era considerato come una slealtà, come un'azione riprovevole e soggetta alla censura della opinione pubblica, il censore che era l'organo di questa, interveniva in vari modi, sia infliggendo una *nota*, detta appunto *censoria*, sia impedendo al colpevole di concorrere alle pubbliche cariche, etc.

VARRONE stima opportuno di soggiungere che non promette chi ha detto la parola *spondeo* per scherzo. E adduce un esempio che anche oggi comunemente si cita quando si discute sulla obbligatorietà delle parole solenni: l'esempio dell'attore che sulla scena conchiude sponsali, e che per necessità di rappresentazione pronuncia le parole solenni. Qui, dice VARRONE, l'attore non parla *sponte*, ma scherza perchè recita: quindi non vi è vincolo.

Dunque noi siamo autorizzati ad indurre, che se non si faceva per scherzo, il vincolo c'era. E, se c'era il vincolo, c'era una sanzione: ma quale altra, se non l'*actio exsponsu*, derivante dalla *sponsio*, e già conosciuta — secondo GELLIO — nel diritto latino?

E pertanto possiamo ammettere come probabile che nel diritto primitivo di Roma esistesse l'obbligatorietà degli sponsali, e che in Roma, come nel Lazio, producevano un'azione pel risarcimento dei danni in caso di inesecuzione.

## § 180.

Ma, ripetiamo, altrettanto certo è che nel diritto classico non si conosceva alcuna coazione, nè diretta nè indiretta, al matrimonio. Qui il principio dominante è questo, che il matrimonio non si conchiude, nè si mantiene, nè si scioglie se non con la perfetta libertà dei coniugi: ogni contratto che violi questo principio è ritenuto *contra bonos mores*. Ecco come si esprimono le fonti: fr. 45. 1. 134 pr. — PAULUS libro 15. *responsorum*.

Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seio filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstatutam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.

Tizia, che aveva un figlio d'altro letto, si unisce in matrimonio con Gaio Seio che, a sua volta, aveva una figlia. Nel momento del matrimonio costoro si erano accordati di far sposare fra loro i rispettivi figli, ed avevano redatto uno strumento in proposito, fissando anche una penalità pel caso che alcuno di loro si fosse opposto in avvenire alle nozze. Durando ancora il matrimonio, Gaio Seio era morto, e la figlia di lui non aveva voluto sposare il figlio di Tizia. Si domandava al giureconsulto se gli eredi di Gaio Seio fossero tenuti in base alla stipulazione che quegli aveva contratto con Tizia. Il giureconsulto rispose, che a colui il quale avesse agito in base alla stipulazione che si diceva avvenuta, si sarebbe potuto opporre *l'exceptio doli mali*, trattandosi di stipulazione non conforme ai buoni costumi, perchè appare disonesto che si eserciti una coazione sui matrimoni, tanto futuri quanto già contratti, avvalendosi della costrizione penale.

Sebbene qui la pena non sia a carico di quelli che avrebbero dovuto sposarsi, ma dei genitori che hanno promesso di non portare ostacolo al matrimonio dei figli, e sebbene qui nessun ostacolo sia provenuto dalla parte di Gaio Seio, perchè egli è defunto, tuttavia la decisione del giureconsulto non si fonda su questi motivi, ma si ispira alla considerazione, d'ordine ben più alto, che è disonesto esercitare una coazione; sia pure indiretta, al matrimonio. Qui appunto, gli eredi, che erano legati da rapporti patrimoniali con la figlia di Gaio, avrebbero potuto indirettamente indurla a contrarre le nozze. Ma neppure ciò deve accadere; e pertanto gli eredi non sono responsabili se il matrimonio non si conchiude.

Nessuna coazione può esercitarsi nel senso di indurre alcuno a divorziare: per questo il giureconsulto dice: « Sive futura sive iam contracta ». Non che lo spirito romano propendesse per la indissolubilità del matrimonio; piuttosto le idee sociali esigevano che il matrimonio durasse fin che tra i coniugi esisteva *l'affectio maritalis*. E perciò bastava che uno dei coniugi adducesse la mancanza di quella *affectio* perchè il vincolo cadesse senz'altro.

## § 181.

Questo che abbiamo esposto è il portato del diritto classico (1).

Però man mano; sotto le influenze provenienti dalla parte orientale dell'Impero, qualche forma indiretta di coazione va insinuandosi.

Una costituzione del *Cod. Teodosiano* (3.5.11.) stabilisce che le *arrae* (o doni) *sponsaliciae* debbano restituirsi quadruplicate da colui che ha rotto gli sponsali per propria volontà ingiustificata. L'imperatore Leone ridusse questa restituzione al doppio; e così

(1) Ma convien notare che già in PLAUTO si trova cenno delle *arrae sponsaliciae*, doni che gli sposi solevano farsi tra loro, a garanzia che la promessa sarà adempiuta, e che pare fossero ritenuti quando gli sponsali si rompevano. Si trattava, per altro, di una pena di carattere sociale e non giuridico.



è sancito nel *Codice giustiniano* (c. 5. 1. 5.). Qui si tratta di una vera e propria penalità che può influire sulla celebrazione del matrimonio, e questa influenza ha indubbiamente scosso la base, or ora accennata, su cui poggiava il diritto classico. Tanto è vero ciò, che ormai sotto l'influsso del cristianesimo vengono introdotte le singole giuste cause di scioglimento degli sponsali. Ed è tanta la larghezza con cui queste scuse si ammettono, che la prescrizione di una pena diventa praticamente inefficace. Il Digesto contiene molte interpolazioni in materia di *arrhae* (1).

(1) Dopo Giustiniano, sotto LEONE IL FILOSOFO è dichiarata valida anche la clausola penale apposta agli sponsali. Finalmente il diritto canonico dichiara obbligatori gli sponsali, nel senso che si è costretti o a sposare o a dotare (*aut duc aut dota*): in caso contrario vengano inflitte gravi pene (multa, scomunica).

Le legislazioni attuali seguono quasi tutte il principio romano classico. La nostra semplice promessa di matrimonio non costringe a celebrarlo: quando sia stata redatta per atto pubblico, o siano avvenute le pubblicazioni innanzi all'ufficiale dello Stato civile, essa porta al risarcimento di tutte le spese effettive fatte nella speranza del matrimonio. I codici tedesco e svizzero mentre non esigono che la promessa sia avvenuta per iscritto, ammettono entrambi il risarcimento delle spese. Di più il cod. tedesco stabilisce che, se in seguito agli sponsali, vi sia stata seduzione della fidanzata, debbano risarcirsi anche i danni morali; il codice svizzero li ammette anche se non sia seguita la seduzione. Per entrambi questi codici, hanno diritto al risarcimento dei danni (semplice interesse negativo, ossia risarcimento delle spese) non solo gli sposi, ma anche i genitori e le terze persone che in luogo dei genitori abbiano fatto spese o preparativi in vista del matrimonio.

Si disputa fra i nostri civilisti se in questo caso il risarcimento delle spese, derivi da un obbligo contrattuale od extra-contrattuale. Riteniamo coi più che si tratti di obbligo contrattuale, sebbene altri (il BIANCHI, ad esempio) adduca in contrario che qui ci troviamo di fronte ad una semplice promessa che non mantenuta, reca danno, e ad un contratto che avendo per oggetto la celebrazione del matrimonio ma non avendo efficacia giuridica coattiva per questo scopo, ossia per il principale, non può averne per uno scopo secondario. È vero che il contratto non può aver per oggetto la celebrazione del matrimonio, ma ciò non toglie, che per legge la violazione dell'obbligo principale possa essere colpita con una prestazione limitata. Altra questione affine è quella circa il risarcimento dei danni alla donna sedotta colla promessa di matrimonio. Il GABBA la considera come risarcimento non contrattuale, e la

§ 182.

Se la promessa di matrimonio non produce obbligatorietà, non lascia però di produrre alcuni effetti d'indole particolare. Anzitutto sorge un rapporto di affinità tra ciascuno degli sposi e i parenti dell'altro. Inoltre gli sponsali determinano un rapporto di natura morale tra i fidanzati: in base ad esso, l'uno sposo non può testimoniare contro l'altro. Il duplice sponsale produce l'infamia: non si può addivenire al secondo se non si è rotto il primo. Gli sponsali impediscono il matrimonio tra uno degli sposi e i parenti in linea retta dell'altro (anche qui, sebbene meno propriamente, si parla di genero, di suocero etc.).

§ 183.

Gli sponsali cessano per volontà, e, s'intende bene, per morte. In caso di morte della sposa i suoi eredi hanno diritto di conservare la metà della *donatio propter nuptias*, fattale dallo sposo. Ciò fu stabilito da COSTANTINO (cod. 5.3.16) pel solo caso in cui tra gli sposi fosse avvenuta la cerimonia dello scambio del bacio (*osculo interveniente*), cerimonia questa dell'uso orientale (1).

nostra giurisprudenza ha costantemente ritenuto, che esso è dovuto anche se non vi fu promessa di matrimonio redatta per iscritto o pubblicazione di matrimonio. Qui la promessa si considera come artificio doloso (cod. civ. art. 1151), in base al quale si è arrecato un danno che deve essere risarcito. Si è andati anche più in là accordando il risarcimento alla maggiorennità che sia stata sedotta. Ed alla obbiezione che la maggiorennità ha piena capacità e quindi qui si verifica un concorso di colpe, s'è risposto che l'inganno ha gravemente diminuito la libertà di volere della donna. Le nostre Corti hanno persino ammesso che per determinare questi danni si possa tener conto anche del fatto che la donna abbia partorito. Onde indirettamente si è arrivati a violare la legge che vieta le indagini sulla paternità!

Ci auguriamo che il nuovo progetto di legge, che è allo studio, intorno a questa materia, possa presto eliminare uno stato di cose tanto equivoco.

(1) Nel diritto intermedio si disputava se lo stromento dotale stesse o no in piedi per il bacio dato e ricevuto. Nei nostri poeti giocosi del XIII e XIV C. FADDA. — *Diritto delle persone.*

Matrimonio.

§ 184.

Nel periodo antichissimo, poichè *manus* e matrimonio coincidevano, i modi di creazione della *manus*, erano anche modi di celebrazione del matrimonio. Ma nel diritto più recente, essendosi il matrimonio reso indipendente dalla *manus*, esso potè celebrarsi anche senza che intervenisse alcuno dei modi della *conventio in manum*. Gli interpreti del diritto romano chiamano i primi « matrimonii *cum manu* » e « matrimonii liberi » i secondi. Ma non per ciò bisogna pensare a più sorta di matrimonii di natura diversa: il matrimonio romano è sempre uno solo, ed esso dipende — lo ripetiamo ancora — dalla convivenza dell'uomo con la donna nell'intenzione di essere marito e moglie (*affectio maritalis*). La presenza o meno della *manus*, ad un dato momento storico, implica una diversità nella condizione giuridica familiare della donna, e può essere una prova della celebrazione del matrimonio, ma non collima col matrimonio e non è il matrimonio.

§ 185.

Nell'antico diritto, la *manus* si acquistava per tre modi: la *confarreatio*, la *cöemptio*, l'*usus*.

La *confarreatio* è di questi tre modi, quello che si basa sulla religione, e che perciò si compie con molte cerimonie religiose di carattere arcaico. Così lo descrive Gaio:

GAI. I. 112: Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii quod Iovi Farreo fit: in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur: complura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollemnibus verbis, praesentibus

secolo sono talvolta poste in burla le discussioni che avvenivano tra i giuristi intorno a questo bacio, alle circostanze che l'accompagnavano, alle sue conseguenze più o meno dannose.

decem testibus, aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est: nam flamines maiores, id est Diales Martiales Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur, ac ne ipsi quidem sine confarreatione sacerdotium habere possunt.

Si ha una *conventio in manum* per via del *farreo* quando si compie in determinato modo un sacrificio a Giove Farreo: in questo sacrificio si adopera un pane di farro, perciò il nome di *confarreatio*. Per la conclusione di questa *confarreatio* si esigono molte formalità congiunte con la pronuncia di parole solenni determinate. Questa figura giuridica è in uso ancora oggi, dice Gaio, imperocchè i Flamini maggiori (cioè i Flamini di Giove, di Marte e di Quirino) ed i *reges sacrorum* non possono essere scelti se non fra coloro che sono nati da un matrimonio confarreato, ed essi stessi non possono avere questo sacerdozio se non hanno contratto il matrimonio in questa forma.

Questa figura giuridica, o meglio religiosa, di matrimonio *cum manu* è la figura tipica del matrimonio in uso presso il patriato romano. Essa si riduce all'offerta fatta a Giove di un pane di farro, con la pronuncia di parole sacramentali, con l'osservanza di certi riti ed alla presenza di dieci testimoni, del pontefice massimo e del flamine diale. Gli sposi si assidono presso la tavola nuziale, sopra due sedie congiunte fra loro dalla pelle di una pecora che è stata sacrificata poco prima. Quest'ultimo è, a dir vero, un uso comune a tutte le cerimonie nuziali; però si nota la differenza che, negli altri matrimonii, la sola donna siede sulla pelle della pecora sacrificata. Nel matrimonio confarreato, gli sposi hanno il capo coperto da un velo: non è ben certo se le parole solenni fossero pronunziate da loro o dai sacerdoti presenti. Probabilmente da questi ultimi, nel periodo arcaico, perchè le formalità del diritto erano un segreto della casta pontificale.

Non è possibile accertare qual fosse il significato della presenza dei dieci testimoni: probabilmente essi rappresentavano le dieci curie esistenti in ciascuna tribù etnica prima della fon-

dazione di Roma. Come presso molti popoli primitivi, l'intervento religioso si presenta ovvio sempre che si tratta di dare una figura giuridica concreta a un istituto che rappresenta una necessità sociale. Il germe di questa configurazione religiosa di molti istituti primitivi è appunto nella sovranità del capo della gens. In questa sua qualità di capo, egli diventa sacerdote non appena la religione si afferma entro la cerchia del gruppo gentilizio: e come capo, e come sacerdote egli ordina i rapporti intergentilizii e li informa alla religione. Appunto perchè presuppongono un culto gentilizio, le nozze confarreate sono state mantenute dai patricii e sono state precluse ai plebei. Come rimasero ai primi le cariche religiose alle quali accenna GAIO, così a loro rimase il matrimonio confarreato. Questo giureconsulto ce lo presenta come usuale ancora ai suoi tempi; ma è certo che doveva essere poco frequente fin dai tempi di TIBERIO, perchè allora si stentò a trovare tre patricii nati da nozze confarreate per scegliere tra loro un flamine diale.

Pare che la rarità di queste nozze dipendesse dalla particolare ripugnanza in cui si teneva la *manus* presso le famiglie patricie. Onde, per evitare il pericolo che non si trovassero più individui che potessero coprire quelle cariche sacerdotali, TIBERIO dispose che la *manus* sorgesse soltanto per gli effetti religiosi (*quoad sacra*) e non per quelli civili (1).

Ancora ai tempi di COMMODO si parla di questa forma di matrimonio, a proposito del *sacerdos confarreationum et diffarreationum*. In generale, può ritenersi che essa sia stata in uso fino all'accoglimento della religione cristiana come religione ufficiale dello Stato, appunto perchè, essendo necessaria per la elezione alle accennate cariche religiose, essa non può essere scomparsa che con quelle cariche.

(1) « La logica del fine che si perseguiva richiederebbe la soppressione degli « effetti civili della *manus* non solo per le mogli dei flaminii, ma anche per « tutte le altre maritate *farreo*; però TACITO, *Ann.* 4,16, non parla che del « matrimonio del flamine, e soltanto con una restituzione arbitraria si è fatto « dire di più a GAIO, I, 136 ». GIRARD, *Manuale*, p. 165, n. 2.

*Cöemptio*. — Anche per questa forma di matrimonio *cum manu*, la fonte più sicura è GAIO.

GAIO, I, 113: *Cöemptio* vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: nam adhibitis non minus quam V testibus civibus romanis puberibus, item libripende, emit in mulierem, cuius in manum convenit.

Nella *cöemptio* la *conventio in manum* avviene per mezzo di mancipazione, ossia di una vendita imaginaria. Infatti colui in mano del quale cade la donna la acquista alla presenza di non meno di cinque testimoni cittadini romani puberi, e del *libripens*.

In questa vendita finta v'è il residuo dell'antico stato di cose rispondente alla realtà: la vendita, cioè, e rispettivamente l'acquisto, della donna. Venivano pronunciate, in questa mancipazione, certe parole che GAIO (I, 123) dice differenti da quelle adoperate dal *pater familias* quando mancipava il proprio figlio: ma le forme erano le stesse. Si dubita però sulla portata che avesse nella realtà questa differenza di parole: se cioè debba pensarsi che fin dalle origini questa mancipazione sia avvenuta con formula differente dalle ordinarie mancipazioni, o se non si sia modificata in seguito, e se fin dalle origini il padre si limitasse a interporre la sua *auctoritas* alla vendita (come più tardi avvenne a riguardo di lui e del tutore della donna *sui iuris*) o compisse effettivamente una vendita della propria figlia.

Pare più probabile che in origine la mancipazione avvenisse effettivamente e che il padre fosse il venditore. La differenza delle parole si spiega con ciò che alla mancipazione per causa di matrimonio veniva unita una *nuncupatio*, ossia una dichiarazione dello scopo pel quale avveniva la vendita. Infatti, a lato alla *conventio in manum* a scopo di matrimonio stavano altre *conventiones*, nelle quali lo scopo precipuo dell'atto era indicato dalle parole che vi si aggiungevano (1). Man mano, dell'atto antico

(1) Anche per queste *conventiones in manum* si adoperava la *cöemptio*, ed esse si riducevano a tre, delle quali due sono ricordate nelle fonti giuridiche, ed

non restarono che le cerimonie, e fu soppresso tutto quanto dava all'atto il carattere di mancipazione effettiva della donna. Perciò il padre non figurava più per venditore, ma per *auctor*, e per *auctor* poté figurare il tutore che, pure, nel tempo antico non avrebbe avuto facoltà di compiere la vendita della sua pupilla. E per ciò ancora probabilmente — dice il PEROZZI (1) — al luogo della formula di acquisto della donna da parte del marito a scopo di matrimonio, si pose col tempo una formola che esprimeva il consenso dei coniugi al matrimonio. Così si elimina da un canto il controsenso di una vendita di se stessa fatta dalla donna, e dall'altro si spiega la formula di mutua domanda e risposta riferita da BOEZIO (*Ad Aeneid.* 4,214). Questa reciproca interrogazione non implica, come alcuni vollero sostenere, l'idea di una compera reciproca dei due sposi tra di loro: anzitutto perchè il significato di *emere* deve intendersi limitato nei tempi

una da CICERONE (*pro Murena* 12,21) — Sono le seguenti: 1<sup>a</sup>) *cöemptio testamenti faciendi causa*. La donna, anche se *sui iuris*, sino al tempo di Adriano non poteva testare fin che restava nella originaria agnazione. Per uscirne e poter poi testare, essa faceva una *cöemptio* o col marito (se viveva con lui in matrimonio libero) o con un estraneo, aggiungendovi il patto (*fiducia*) di esser poi mancipata ad un terzo, il quale a sua volta la emancipava. Così la donna diventava *sui iuris* e poteva testare; 2<sup>a</sup>) *cöemptio tutelae vitandae causa*: anche qui si aveva un atto simile al precedente, ma rivolto a rompere la legittima tutela degli agnati, che si esercitava sulla donna *sui iuris*. Il terzo che per ultimo la emancipava diveniva suo tutore fiduciario; 3<sup>a</sup>) *cöemptio interimendorum sacrorum causa*: La donna *sui iuris* che aveva i proprii beni gravati dall'onere delle cerimonie sacre della famiglia, faceva una *cöemptio matrimonii causa* con un vecchio. Così essa usciva dalla famiglia e quindi era libera dai *sacra*. Ma poichè passava in *manum* del marito, questi ne acquistava i beni. Forse appunto per ricuperare presto questi beni si sceglieva per marito un vecchio. Ma può darsi anche che questa *cöemptio* avvenisse *sub fiducia*, ossia col patto che il vecchio emancipasse la donna: così questa riacquistava la propria autonomia economica diventando *sui iuris* e ricadendo soltanto nella tutela fiduciaria del *cöemptionator*. Del resto, anche se non si ammetta quest'ultima ipotesi, non saranno mancati in pratica i mezzi per impedire che il vecchio disponesse altrimenti dei beni della donna.

(1) *Ist. di dir. rom.* I, p. 226.

storici dall'aggiunta *matrimonii causa*, e quindi si traduce nel nostro *prendere per marito*, *prendere per moglie*, e in secondo luogo perchè quelle reciproche interrogazioni non costituiscono ormai che un modo di esprimere e constatare il consenso.

La *cöemptio matrimonii causa* era certamente in uso nei primi tempi dell'Impero, perchè ne dà due esempi la così detta *laudatio Turiae* (1): l'uno riferentesi alla *cöemptio* del padre della defunta con la propria moglie, e l'altro a quello della sorella della defunta col marito Cluvio (lin. 15 e 16). Questa *cöemptio* sopravvive ancora nel tempo di GAIO che, come abbiamo visto, ne fa cenno senza soggiungere che fosse andata in disuso.

### § 187.

Terzo modo di acquisto della *manus* è l'*usus*.

GAI, I, 111: Usu in manum conveniebat quae anno continuo nupta perseverabat: quia enim veluti annua possessione usucapebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat, itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nollet eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum cuiusque anni interrumperet. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine obliteratum est.

L'acquisto della *manus* per via dell'*usus* avviene in seguito al possesso della donna per un anno continuo. L'*usus* sta alla *cöemptio* come l'usucapione sta alla mancipazione: tanto è vero ciò che qui viene applicata alla donna la stessa norma contenuta nelle XII Tavole a riguardo della usucapione. E cioè si acquista quel potere che dovrebbe procurare la mancipazione esercitandolo di fatto per un periodo di due anni sopra gli immobili, e per un anno sopra le altre cose (*ceterae res*), fra le quali è com-

(1) La *laudatio Turiae* è un'iscrizione funebre del marito per la propria moglie: pare dal contesto di questa *laudatio* (che è incisa sopra una lastra di marmo) che il marito fosse stato proscritto, e che dovesse la propria salvezza al sacrificio dei beni fatto da sua moglie per agevolargli la fuga.

presa la moglie. Ma le stesse XII Tavole avevano provveduto al modo per evitare che si verificasse questa specie di prescrizione, disponendo che se la donna si fosse allontanata per tre notti di seguito dal tetto coniugale (*usurpatio trinoctii*) l'*usus* fosse interrotto.

Si discute intorno alla condizione della donna durante la convivenza con l'uomo e prima che l'*usus* fosse compiuto. Secondo alcuni essa sarebbe stata posseduta come moglie fin che non vi fu matrimonio libero. Secondo il PEROZZI (1) l'*usus* supporrebbe una precedente *cöemptio matrimonii causa* non fatta regolarmente. Come l'*usucapio* presuppone che sia avvenuta una mancipazione invalida, o che questa sia del tutto mancata, ma che l'oggetto della avvenuta o possibile mancipazione sia egualmente entrato per un atto di alienazione nel possesso dell'acquirente, così a lato alla *cöemptio* troviamo quest'altro modo di acquisto della *manus*. Quindi, sempre secondo il PEROZZI, durante l'anno, fin che matrimonio senza *conventio in manum* non si ammisero, la donna non era moglie. Conviene però avvertire che l'opinione del PEROZZI non ha avuto seguito.

Riguardo alla *usurpatio trinoctii* merita di esser ricordata un'altra ipotesi attraente e geniale dello stesso prof. PEROZZI. Egli ritiene che nell'epoca primitiva, non esistendo che il matrimonio endogamico (ossia fra persone appartenenti ad una stessa *gens*) l'*usucapio* fosse interrotta solo quando la donna usciva dai confini del territorio della *gens* del marito e ne rimaneva lontana per tre notti consecutive (2). Sono tutte supposizioni che hanno per sè il vantaggio di una stringente concatenazione logica con i principii (pochi, a dir vero) che noi possiamo riconoscere come accolti nel diritto arcaico. Ma: data la mancanza di ogni base sicura, ci si permetta di accennare soltanto a tali

(1) Op. cit. I, p. 227.

(2) Con questa stessa ragione il PEROZZI spiega perchè nella *confarreatio* non si procedesse alla vendita della donna, e perchè una semplice cerimonia religiosa bastasse come forma di acquisto della *manus*.

ipotesi, senza diffonderci in una critica che potrebbe sembrare arbitraria.

Non possiamo tacere, però, che talvolta la troppa dirittezza logica può oscurare, o far trascurare, la visione completa di un istituto, e spesso può indurre a dar peso a semplici circostanze o notizie che, al lume del buon senso, non ne hanno affatto (1).

L'*usus* fu certamente il primo a sparire dei tre modi di matrimonio *cum manu*.

Come vedemmo, GAIO lo dice scomparso fin dai suoi tempi, parte in forza di leggi, parte per desuetudine.

(1) Così il PEROZZI (op. cit. pag. 224) conforta la sua idea sulla origine endogamica della *confarreatio* con l'ipotesi che a questa appartenesse la domanda fatta dallo sposo alla sposa innanzi alla soglia della propria casa come ella si chiamasse: al che la sposa rispondeva: *quando (od ubi) tu Gaius, ego Gaia*. Ne fu infatti desunto che la sposa assumeva con essa il *praenomen* del marito. « Vuol dire, prosegue il PEROZZI, che il nome gentilizio originariamente non lo assumeva. Il che non si spiega che ritenendo che questo lo avesse già in comune col marito ».

Ora, tutto questo ragionamento si fonda su quella frase che CICERONE (*pro Murena*, 12,27) cita quasi di sfuggita, e per di più in una orazione elettorale nella quale se la piglia tanto calda con i giuristi e con i filosofi da gettar loro addosso il ridicolo senza misura. Egli arriva a negare ogni importanza per i suoi tempi alla scienza del diritto, sì che si vanta di potere, solo che il voglia, diventare giureconsulto in tre giorni! Si può, dunque, far tanta fidanza sulla precisione del linguaggio usato dal console — avvocato nelle sue orazioni in genere, e in questa specialmente? Si può credere che le parole pronunciate dalla donna fossero da CICERONE riannodate mentalmente al solo matrimonio *confarreato*? E se pure questo solo si presentava in quell'istante al pensiero dell'oratore, si proponeva forse egli di enunciare le formule con la rigorosa terminologia del diritto? Noi pensiamo che in tutti i matrimoni *cum manu*, appunto perchè diventava *filiae loco*, la donna assumesse anche il cognome del marito, e che questa fosse una consuetudine tanto radicata da render superflua la pronuncia completa del prenome, nome e cognome gentilizio del marito. Appunto per questo le fonti giuridiche tacciono su tale circostanza.

§ 188.

All'antico matrimonio *cum manu* succede, nel diritto romano recente, il matrimonio libero dalla *manus*. Da questo momento il matrimonio sussiste indipendentemente dalla *confarreatio*, dalla *cöemptio* e dall'*usus*. Ma basterà il consenso dei coniugi e di coloro che li hanno in potestà perchè il matrimonio sussista, o non occorrerà inoltre una manifestazione esteriore qualsiasi?

Per rispondere a questi quesiti, basta riandare i principii già accennati intorno al modo in cui il matrimonio prende vita. Noi abbiamo precedentemente affermato che il matrimonio non è un contratto nel senso usuale della parola, ossia non è un negozio giuridico che prende vita (ed una vita antecedentemente determinata nel tempo e nei modi) dall'accordo di due parti, esso è un contratto che ha vita in quanto sussiste e mentre sussiste l'intenzione di esser marito e moglie. Il consenso nel momento iniziale non basta: perchè esso si fonde con la  *affectio maritalis*, dura con essa e cessa con essa. Ora è naturale che non si possa esigere un elemento esteriore qualsiasi atto a dimostrare questa  *affectio*, perchè tale dimostrazione essendo necessariamente limitata ad un solo istante, può venire immediatamente distratta in un istante successivo.

Ecco perchè la validità del matrimonio romano è indipendente da qualunque formalità giuridica, non meno che dalla coabitazione fisica. Non occorre la celebrazione degli sponsali, sebbene normalmente essi precedessero il matrimonio, e sebbene fossero in uso, come è naturale, festività e cerimonie religiose che variarono col variare dei tempi. Non occorre neppure la redazione dello stromento nuziale che di solito regola i rapporti patrimoniali degli sposi (*instrumentum dotale*). Questo fu richiesto da GIUSTINIANO per il matrimonio delle *personae illustres* e per quello delle persone viventi in concubinato (1).

(1) Nov. 22, c. 3. nov. 117, c. 4 = Cod. 5.27.10.

Perchè la differenza tra il concubinato e il matrimonio libero non è che

« Tale assenza di forme giuridiche — dice il BONFANTE (1) — corrisponde alla natura del matrimonio romano. Esso non è, come il nostro, un rapporto di reciproci diritti e doveri, stabilito dal consenso iniziale, al qual consenso si può ben dare il nome di contratto secondo il significato odierno della parola.

Esso è, come l'abbiamo definito, il vivere insieme con intenzione maritale: e quando questi due momenti concorrono entrambi, il matrimonio esiste, quando no, il matrimonio manca. Il consenso non è quindi iniziale, ma duraturo, continuo; onde i Romani più che *consensus* lo chiamano *affectio* che indica appunto una volontà con questo carattere ».

§ 189.

Non basta, però, l'*affectio*: bisogna che la donna sia posta a disposizione del marito. In effetti la semplice manifestazione reciproca del volere non basta a mettere in luce i due requisiti della *convivenza* e della *intenzione maritale*: perchè anche la prima possa rivelarsi si suole iniziarla in un dato momento in modo non equivoco. La *deductio in domum mariti*, l'introduzione cioè della donna nella casa del marito, segna appunto il principio della vita comune.

Essa si compie con speciali festività che conservano nelle forme il ricordo dell'antica violenza fatta dall'uomo per rapire la donna dal seno della madre, e costituisce la prova dell'iniziarsi della vita comune, di quella che fu chiamata obbiettivo

---

nella intenzione, essendo identico nei due casi lo stato di fatto, GIUSTINIANO richiede lo strumento dotale come indice del passaggio dalla condizione di concubini a quella di coniugi: è un documento che fa prova della mutata direzione della volontà. Per gli *illustres*, pare che il fondamento della disposizione debba rintracciarsi nella usanza, assai diffusa in queste altissime classi sociali, di vivere usualmente separati anche dopo il matrimonio. E quindi, in base a questo stato di fatto, per se stesso incerto, doveva esser difficile desumere l'esistenza della *affectio maritalis*.

(1) BONFANTE, *Ist. di dir. rom.* p. 163.

del matrimonio. Ma ripetiamo, non è necessaria l'unione, la coabitazione fisica, come fu richiesta più tardi dal diritto canonico, per il quale solo la consumazione del matrimonio impedisce la distruzione del vincolo (1): per i Romani resta fermo il principio affermato da ULPIANO « nuptias non concubitus sed consensus facit (fr. 35.1.15) ».

## § 190.

Il matrimonio è piuttosto una *res facti* che una *res iuris*, così che cessa, come il possesso, quando sorge un impedimento di fatto che ostacola la convivenza dei coniugi. Sopra tutti gli altri casi, è rilevante quello in cui un coniuge cada in prigionia: in tale ipotesi, i rapporti di diritto che si riannodano all'individuo prigioniero rimangono *in pendenti*, cessano del tutto quelli di fatto; e perciò il matrimonio — che va compreso in questa seconda categoria — non sussiste durante l'epoca della prigionia, e si ripristina solo al ritorno del coniuge prigioniero. L'*animus rem sibi habendi* nel possesso e l'*affectio maritalis* sono corrispondenti e paralleli. Come colui che si impossessa d'una cosa, vuole che tale cosa appartenga definitivamente a lui fin dall'istante dell'impossessamento, e tuttavia cessa il possesso non appena cessa l'*animus rem sibi habendi*, così colui che entra in matrimonio deve avere una volontà corrispondente alla costituzione di questo stato continuativo, deve avere un'intenzione

(1) Il diritto canonico, tanto contrario — in principio — al divorzio, era in pratica di una larghezza impressionante nell'ammettere l'inesistenza del matrimonio per cause riguardanti la consumazione di esse. È degno di ricordo, a questo proposito, il matrimonio di Garibaldi con la Raimondi. Dopo il matrimonio il Generale s'era separato dalla signora per una confessione che ella stessa gli aveva fatto. In seguito egli chiese la nullità dell'atto adducendo la non consumazione del matrimonio. Fece epoca la decisione della Corte d'Appello di Roma, la quale disse di trovarsi di fronte ad una figura di nullità riconosciuta dal diritto canonico, e poichè era cessata la sovranità del papa, dichiarò di sostituirsi a questa nell'applicazione di quel potere di dissoluzione.

rivolta alla perpetuità del vincolo che stabilisce, e tuttavia il matrimonio cessa non appena cessa l'*affectio maritalis*. Perchè, ripetiamo, l'intenzione della perpetuità è quella che si esige; è questa intenzione non deve essere soltanto iniziale (nel qual caso il matrimonio, come qualunque contratto, sarebbe indissolubile) ma *duratura e continua*.

Tutto ciò rende difficile, in teoria, stabilire il punto iniziale del matrimonio. Si afferma da molti che occorra la *deductio in domum mariti* perchè esista il matrimonio: la proposizione non è realmente esatta, ma bisogna convenire che normalmente il matrimonio si stabilisce con la *deductio in domum*. E quindi soltanto da allora si calcola il momento in cui esso comincia: ciò che è importante a fissarsi per parecchi riguardi (1).

Certo, si richiede non una pura manifestazione di volontà, ma un'attuazione concreta di questa volontà. Onde può ammettersi il matrimonio tra assenti, o meglio, nell'assenza del futuro marito, ma allora occorre che la donna entri nella casa maritale, e che si ponga così in quello stato di disposizione che costituisce l'essenza del matrimonio. Malgrado qualche passo delle fonti che pare accenni alla sufficienza del semplice consenso per la conclusione del matrimonio, noi dobbiamo ritenere che il consenso sia richiesto come base ad uno stato di fatto corrispondente, e che quindi consenso ed attuazione pratica vadano congiunti, e siano inseparabili e si completino a vicenda.

Se dunque il matrimonio esige contemporaneamente questa attuazione pratica si può affermare che esso appartiene alla categoria di quelli atti che per la celebrazione loro non tollerano nè termini nè condizioni. Posto quel principio, è infatti impossibile immaginare una dilazione qualunque dipendente dal verificarsi di un fatto o dal sopraggiungere di un determinato mo-

(1) Ad esempio, per stabilire se una donazione è valida siccome tra fidanzati, o nulla siccome fatta tra coniugi, si guarda se essa è stata fatta in un momento precedente o posteriore all'entrata della donna nell'abitazione del marito.

mento. Il consenso al matrimonio deve essere puro e semplice, ponderato e serio (1).

§ 191.

Perchè possa celebrarsi il matrimonio occorre il *conubium* nelle persone che si uniscono. Il *conubium*, come già dicemmo, è la condizione relativa necessaria perchè due persone, idonee in generale a contrarre matrimonio, possano sposarsi fra di loro. Non si può parlare di *iustae nuptiae*, o matrimonio legittimo, quando non esiste questa condizione relativa di capacità, quindi non sono *iustae nuptiae*, poichè manca il *conubium*, le nozze con i peregrini. In prosieguo di tempo, col riconoscimento dello *ius gentium*, fu dato valore anche alle nozze con peregrini, ma questo matrimonio non fu mai chiamato *iustae nuptiae*: qui i figli na-

(1) Ciò vale anche per la maggior parte delle legislazioni attuali presso i popoli di cultura. Alcune eccezioni, come il matrimonio a rotazione (Giappone) o il matrimonio a prova, non fanno che confermare la regola. — Nel nostro diritto sorge la questione se sia o meno nullo il matrimonio, quando l'ufficiale dello Stato civile abbia accolto nel verbale dell'atto l'aggiunta di termini o di condizioni. Secondo alcuni, il matrimonio sarebbe valido, e dovrebbero solo cancellarsi il termine o la condizione, poichè la legge (art. 95. 126 cod. civ.) commina solo una multa all'ufficiale dello Stato civile. A nostro avviso, il matrimonio è nullo perchè il principio della cancellazione delle condizioni illegali, impossibili, illecite è un principio di diritto singolare stabilito in materia di disposizioni *mortis causa* (cod. civ. art. 849). Il principio normale nel campo delle obbligazioni è invece quello dell'articolo 1160 (« qualunque condizione contraria al buon costume o alla legge, o che impone di fare una cosa impossibile, è nulla e rende nulla l'obbligazione da essa dipendente »). Il principio della nullità totale, del resto, deve prevalere anche a stregua della logica astratta. La dichiarazione condizionale è un tutto inscindibile della quale si può ripetere il celebre « aut sint ut sunt- aut non sint ». È volontà dichiarata, che l'effetto giuridico sorga solamente quando si avveri quel fatto. E poichè quel fatto non può avverarsi, o la legge non può favorire il suo avveramento, è a priori certo che l'effetto non deve aver luogo.

(Cfr. FADDA e BENZA, Note alla Traduz. ital. delle Pandette del Windscheid. Libro II nota rr. pag. 977).

scevano legittimi ma non avevano la cittadinanza romana, e non erano perciò soggetti alla potestà del padre.

L'esistenza del *conubium* — dice il PEROZZI (1) — dipende anzitutto da condizioni politiche. Il matrimonio resta per principio in Roma endogamico. Soltanto al posto delle *gentes* si pone la *civitas*. Quindi come regola solo i cittadini possono unirsi in matrimonio tra loro. Per questa stessa ragione i plebei, che erano entrati nella *civitas* come stranieri protetti, non poterono contrarre matrimonio con i patricii fin che questo divieto non fu tolto dalla legge *Canuleia* che si fa generalmente risalire al 309 di Roma. Nemmeno la legge delle XII Tavole, che pur si suole denominare *finis aequi iuris*, aveva abrogato quel divieto.

§ 192.

Il matrimonio esige due ordini di consensi: quelle delle persone che hanno la potestà su gli sposi e quello degli sposi stessi. fr. 23. 2. 2. PAULUS libro 35. ad edictum.

Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt.

Come abbiamo visto, nel diritto arcaico il consenso degli sposi non aveva importanza se non in quanto essi fossero *sui iuris*, in caso contrario quello che aveva unicamente valore era il consenso del *pater familias*. Anzi le fonti attestano esplicitamente, a riguardo della donna, che è il *pater familias* quegli che la dà in matrimonio. Nei tempi storici si esige il consenso dei futuri sposi, e inoltre quello degli aventi potestà. Con questa differenza che per la sposa basta il consenso di quegli che là ha presentemente sotto la sua potestà, mentre per lo sposo inoltre occorre il consenso di tutti coloro che potranno ulteriormente averlo in potestà. Quindi per il matrimonio del nipote non basta il consenso del nonno ma si richiede anche quello del padre: ciò perchè non si ammette che alcuno si trovi nella condizione di avere degli *heredes sui* contro la propria volontà (*nemini invito sie-*

(1) Op. cit. I, pag. 232.



*res suus adgnascitur*). Invece la nipote dovrà avere il consenso dell'avo, ma non quello del padre, appunto perchè i figli che nasceranno non cadranno sotto la potestà del padre di lei, ma sotto quella del marito. Se questi è *sui iuris*, o sotto quella della persona che ha in potestà il marito.

Nel diritto più recente il consenso degli sposi andò acquistando sempre maggiore importanza, mentre andò perdendone quello delle persone che li avevano in potestà. Così, per la legge *Iulia* del 736, fu stabilito che in caso di rifiuto del consenso da parte dell'ascendente, la persona in potestà potesse rivolgersi al magistrato che avrebbe direttamente autorizzato il matrimonio ove il rifiuto dell'ascendente le fosse apparso ingiusto (fr. 23. 2. 19). Alla *lex Iulia* deve dunque farsi risalire l'intervento dell'autorità, che troviamo sancito anche nelle legislazioni moderne, in caso di ingiusto rifiuto del consenso al matrimonio da parte degli ascendenti (1).

La donna, che si trovava sotto la perpetua tutela, non poteva celebrare il matrimonio senza il consenso del tutore. Ma contro l'ingiusto rifiuto di costui, ella poteva ricorrere ai parenti *propinqui*, e contro questi o in mancanza di questi, al magistrato. Con la scomparsa della tutela *mulierum* scomparve anche la necessità del consenso del tutore, ma rimase l'obbligo (almeno fin che la donna non avesse raggiunto i 25 anni d'età) di ottenere il consenso del padre (se emancipata) o della madre, in mancanza di lui, o degli altri parenti prossimi.

§ 193.

Per la validità del matrimonio è richiesta inoltre l'assenza di determinati impedimenti che possono distinguersi in *assoluti* e

(1) Secondo il nostro diritto (cod. civ. art. 67), contro il rifiuto di consenso degli ascendenti o del consiglio di famiglia o di tutela, il figlio maggiore di età può far richiamo alla corte di appello.

La causa si porta ad udienza fissa e la corte provvede, sentite le parti ed il pubblico ministero a porte chiuse. Non è ammesso l'intervento di procuratori, nè di altri difensori. Il provvedimento della Corte non contiene motivi.

in *relativi*, a seconda che il divieto di nozze esiste per una data persona di fronte a tutte le altre, o solo di fronte a certe altre persone specificate (1).

Cominciamo dagli impedimenti assoluti. In origine occorre che lo sposo sia pubere e la sposa viripotente, e queste condizioni vengono verificate materialmente. In seguito a lunghe dispute sull'opportunità o meno di giudicare per ogni singolo caso se questa idoneità esistesse, GIUSTINIANO adottò un limite fisso di età per i giovani (14 anni) e conservò per le giovani quello che già da tempo si osservava (12 anni).

Non può celebrar nozze la donna che ha perduto il marito od ha fatto divorzio da meno di dieci mesi. Naturalmente questo divieto si basa sulla necessità di evitare la *turbatio sanguinis* e la conseguente incertezza della prole. Ma nei primi tempi esso figurava come discendente dal precetto religioso di piangere il marito per dieci mesi consecutivi alla morte. Del resto è noto che la religione interviene spesso a sanzionare con la sua autorità norme d'indole sociale — come questa — o d'indole igienica (ad es. il precetto di digiuno, per la religione cattolica). Nel periodo posteriore il tempo del divieto fu portato a 12 mesi, e fu detto anno di lutto.

Altro ostacolo assoluto alla celebrazione del matrimonio è la esistenza del vincolo derivante da un precedente matrimonio. Occorre sciogliere questo vincolo, prima di passare ad altre nozze.

Verso la metà dell'Impero alcune costituzioni affermarono con singolare energia l'esistenza di questo ostacolo. Ciò può apparire strano, ove si pensi che Roma ebbe fin dalle origini e mantenne il matrimonio monogamico. Ma quelle costituzioni si spiegano agevolmente ponendo in rapporto con le grandi conquiste di paesi stranieri, con l'inclusione nell'Impero di nuove genti presso le quali doveva praticarsi la poligamia. Queste genti avranno reagito contro la nuova legge che Roma imponeva: di qui l'op-

(1) Lo stesso criterio presiede alla distinzione canonica fra impedimenti *impedienti* e impedimenti *dirimenti*.

portunità di ricordar loro il divieto, e di affermarlo in ogni occasione con grande vigore. Le costituzioni che sono pervenute fino a noi segnano quasi le tappe di questa lotta; una tra le altre, ve n'è che è rivolta contro gli Ebrei (1).

L'impedimento derivante dal precedente vincolo matrimoniale, per quanto assoluto, non è però che un impedimento di pura forma, perchè il matrimonio, come gli sponsali, può sciogliersi in qualunque momento per volontà di una sola parte (fatta eccezione per la legislazione giustiniana, nella quale l'istituto del divorzio fu largamente rimaneggiato). Quindi, se non contemporanei, i matrimoni possano essere immediatamente successivi per parte del marito. Anzi la celebrazione del nuovo matrimonio può valere come dichiarazione di ripudio del primo.

Notisi ancora che il concubinato, nei tempi avanzati dell'Impero, costituiva uno « stato » al pari del matrimonio, ed al pari di questo produceva alcuni effetti legali: per questo motivo, nè si poteva avere più di una concubina, nè chi aveva moglie poteva avere anche una concubina.

§ 194.

Veniamo agli impedimenti relativi. È impedimento relativo la parentela: nella linea retta all'infinito, nella linea collaterale fra sorelle e fratelli, tra zii e nipoti, e tra cugini. Nel periodo arcaico, come già accennammo, l'ostacolo nella linea collaterale non andava al di là del sesto grado, ma ben presto fu mitigato (prima della fine della Repubblica scomparve anche il divieto di matrimonio fra cugini germani) per riprendere rigore nel periodo cristiano. Qui si vieta nuovamente il matrimonio fra cugini germani (2). Per quasi tre secoli fu anche permesso il matrimonio

(1) Non diversamente, nell'epoca attuale, gli Stati Uniti d'America hanno vivamente combattuto il *mormonismo* nella regione dei Laghi salati, riuscendo a ridurlo di molto.

(2) Troviamo anche a questo proposito alcune costituzioni imperiali che riaffermano il divieto di matrimonio tra fratelli o sorelle. Deve ritenersi che essi

tra zio paterno e nipote: ciò avvenne in seguito ad un *Senatusconsulto* emanato per permettere a Claudio di sposare Agrippina. Nel 342 fu abrogato anche questo *Senatusconsulto* (1). Così che d'allora in poi il quarto grado fu il limite entro cui si potevano celebrar nozze nella linea collaterale.

Anche fra parenti adottivi in linea retta fu vietato il matrimonio, pur quando fosse cessata l'adozione. In linea collaterale l'ostacolo durava solo finchè vigeva il vincolo adottivo.

Finalmente l'*adfnitas*, fin dal primo periodo imperiale, fu di ostacolo al matrimonio per la linea retta, e nel periodo cristiano per la linea collaterale fra cognato e cognata. E ciò a seguito di varie decisioni de' concilii della Chiesa. Vi era pure impedimento alle nozze fra un fidanzato e i parenti in linea retta dell'altro.

§ 195.

Impedimenti relativi derivanti da speciali disposizioni di legge sono: per la *lex Iulia de adulteriis* l'impedimento al matrimonio tra l'adultero ed il suo complice.

fr. 48. 5. 12 (11), 11—PAPINIANUS, *libro singulari de adulteriis*

Licet ei mulier, qui in suspicionem adulterii incidit, nupsisse dicatur, non ante accusari poterit, quam adulter fuerit convictus: alioquin ad hoc vel maxime viri confugient volentes bene concordatum sequens matrimonium dirimere, ut dicant cum adultero mulierem nuptias contraxisse.

La *lex Iulia de adulteriis* vieta il matrimonio fra l'adultero e

fossoro indirizzate ai sudditi d'Egitto, perchè in questa regione era in uso specialmente nelle famiglie appartenenti a stirpe regnante, il matrimonio tra fratelli e sorelle. Ed anche in Atene era consentito il matrimonio fra germani (fratello e sorella).

(1) In Inghilterra, invece, la Camera dei Comuni ha ripetutamente e per respinto un progetto di legge che portava l'abolizione del divieto di matrimonio tra cognati, sebbene quest'abolizione fosse desiderata da due persone di famiglia reale che aspiravano ad unirsi in matrimonio.

il complice, ma prima che si pronuncii la dissoluzione del matrimonio fra due individui, occorre la prova dell'adulterio, ossia la condanna penale dell'adultero in base alla *lex Iulia*. Non basta che, ad esempio, il marito abbia un semplice sospetto contro la donna che è passata a nuove nozze: altrimenti, dice Papiniano, i mariti che volessero far rompere il matrimonio susseguente, che fosse ben riuscito ricorrerebbero con voluttà al ripiego di affermare che la loro donna aveva sposato l'adultero. Il divieto della *lex Iulia* ha dunque per base un *praecudicium*; bisogna, cioè, che si tratti di persona convinta di adulterio (1).

In virtù di un Senatusconsulto dei tempi di M. AURELIO e COMMODO fu vietato il matrimonio fra il tutore o il figlio di lui e la pupilla. Ma questo divieto cessa quando il tutore abbia reso già i conti o sia trascorso un determinato tempo. Si mirava ad evitare che il tutore, per non rendere i propri conti, potesse abusare della autorità quasi paterna sulla pupilla per costringerla a sposar lui o alcuno dei figli suoi. In tale ipotesi, oltre che il danno economico della pupilla, si sarebbe avuto un consenso viziato dalla mancanza di libera determinazione.

In virtù di mandati imperiali il governatore di una provincia non può, fin che vi esercita la carica, unirsi in matrimonio con donna della stessa provincia. Questo divieto muove da ragioni politiche: si vuole impedire ai governatori di formarsi parentele che possono togliere loro la libertà d'azione, e si mira ad ostacolare la formazione di aderenze e di partiti che, nella migliore ipotesi, sono fonte di abusi nella regione, mentre sono temibili per Roma stessa.

Il divieto non esiste per gli sponsali. Come, del resto, esso non colpisce quel governatore che avesse in precedenza contratti sponsali.

---

(1) Questo divieto è sancito anche nelle leggi di paesi che non ammettono il divorzio: in Francia è stato abrogato da pochi anni.

§ 196.

Nello studiare gli effetti del matrimonio conviene sceverare accuratamente quelli che discendono dalla speciale condizione della donna nell'antica *manus* da ciò che è il portato del matrimonio considerato per sè stesso, indipendentemente della *manus*.

La *conventio in manum* pone la donna sotto la podestà del capo della famiglia nella posizione sostanzialmente identica a quella del figlio: onde ripetutamente si dice che *l'uxor in manu è loco filiae*. La donna, che entra nella podestà maritale, subisce per ciò stesso una *capitis deminutio*, la *minima*, sia che da *sui iuris*, e quindi dalla podestà del tutore, diventi *alieni iuris*, sia che dalla podestà paterna passi in quella maritale. Onde Gaio (I. 162) fra gli esempi di *capitis deminutio minima*, per cui, ferme la libertà e la cittadinanza, si muta lo stato, registra quello delle donne che fanno la *coemptio*. Come la persona *sui iuris*, che si dà in arrogazione o il *filius familiae* che viene adottato, la moglie che entra nella *manus* perde la sua qualità di appartenente all'antica famiglia e all'antica *gens* ed entra nella famiglia e nella *gens* del marito. E se la donna appartiene ad un'altra città, purchè, naturalmente, fra i cittadini di questa e i Romani vi sia il *connubium*, essa perde l'antica cittadinanza e acquista quella del marito (1). Onde avviene una *capitis deminutio media*. Il mutamento della *gens* però non poteva avvenire quando la donna fosse *sui iuris*, per la semplice *auctoritas tutoris* (che bastava quando il matrimonio avveniva entro la vecchia della stessa *gens*), ma occorreva, come per il testamento, il voto del popolo (2). Questo mutamento deve avere portato necessariamente con sè anche l'assunzione del nome gentilizio del marito (3). Ma col diminuire della influenza esercitata dal matrimonio sulla

---

(1) MOMMSEN *dir. pubbl. rom.* 3<sup>a</sup> ed. III. p. 34 sg. ed. franc. VI. 1 p. 37.

(2) MOMMSEN *op. cit.* p. 21 nota 1 ed. fr. p. 21 nota 3.

(3) MOMMSEN *op. cit.* p. 35 nota 2. ed. fr. p. 38 nota 1.

condizione della donna, sull'esempio del semplice matrimonio non accompagnato da *manus*, anche questo mutamento di nome non più si verificò e alla donna, sia pure *in manu*, restò il nome gentilizio originario, pur rimanendo fermi gli altri effetti.

L'opinione, che il matrimonio celebrato colla *confarreatio* avesse luogo sempre entro la cerchia della *gens*, epperò fosse endogamico (1), da cui discende la conseguenza della conservazione per parte della donna del suo nome gentilizio, col mutamento del solo *praenomen* (2), non parmi possa essere accolta, perchè questa formola non è propria della sola *confarreatio*, ma si pronuncia anche nella *coemptio* (3). Sia pure che la *confarreatio* abbia preceduto la *coemptio* e che quella formola sia stata applicata a questa mutuandola da quella, certo non è verosimile che tale estensione abbia potuto aver luogo quando la nuova figura avesse, quanto al trapasso del nome, differito dall'antica. Ad ogni modo la maggiore cautela s'impone in tutto quel che riguarda questi problemi di origini.

§ 197.

Ma per quanto la parificazione della moglie *in manu* ai figli sia sostanzialmente esatta, non si può spingerla fino alle ultime conseguenze, perchè la diversità della posizione sociale della donna reagisce necessariamente anche sulla disciplina giuridica. Noi abbiamo visto come al padre spettò sui figli in podestà un potere di vendita, di disciplina, di punizione. La tradizione riferisce a Romolo (4) il divieto di vendere la moglie, sotto pena di essere immolato agli Dei inferi. Il potere di disciplina e punizione spetta al marito, ma egli è vincolato all'obbligo di chia-

(1) PEROZZI Ist. I. p. 224.

(2) Onde la pronuncia delle parole solenni *ubi tu Gaius, ego Gaia*, nelle cerimonie nuziali.

(3) Cic. *Pro Murena* 12-27.

(4) PLUTARCO *Rom.* 22 (Riccobono, Baviera, Ferrini *Fontes* p. 10).

mare a giudici anche i cognati, compresi quelli della moglie (1). L'adulterio, l'avvelenamento de' figli, la sottrazione delle chiavi erano motivo di ripudio per parte del marito (2). Ci è d'altro canto riferito (3), che Romolo permise di condannare a morte la moglie per l'adulterio e per l'ubbriachezza, purchè il giudizio del marito fosse confortato da quello dei cognati. Ma la podestà di castigo non si limita a questi casi. Noi troviamo in Livio (4) la condanna capitale di alcune mogli per uccisione de' mariti, pronunciata dal consiglio de' cognati: così che si può ben dire che anche senza il marito vi è la giurisdizione penale nel tribunale domestico. E Tacito (5) parla di mogli rimesse al giudizio familiare del marito e de' cognati per delitto di religione. Gaio Sulpicio Gallo, pretore, condannò la moglie per avere sulla via mostrata nuda la sua gamba (6).

Delle colpe commesse a danno di terzi il marito, a rigore, non risponde se non come per i figli: epperò colla facoltà di liberarsi a mezzo della *noxae deditio*. Ma è facile intendere come per la particolare indole del rapporto coniugale questa facoltà sia andata presto in desuetudine (7).

Ma la donna al pari del *filius familias*, anzi assai meno di questo, manca di indipendenza matrimoniale. Onde qualunque suo

(1) DION. 2.25 (Riccob. Bav. Ferr. p. 9). TIT. LIV. *Epit.* 48: « cognatorum decreto necatae sunt ».

(2) PLUT. *Rom.* 22 (*Fontes* cit. p. 10). Il ripudio per altri motivi avrebbe condotto all'attribuzione di una parte del patrimonio del marito alla moglie, e dell'altra a Cerere.

(3) DION. 1. c.

(4) L. c. « Publicia et Licinia.... quae viros suos consulares necasse in-  
« simulabantur, cognita causa cum praetori vades dedissent, cognatorum de-  
« creto necatae sunt ».

(5) *Ann.* 13,32: « Superstitionis externae rea mariti iudicio permissae, isque  
« prisco instituto propinquis coram de capite famaue coniugis cognovit ».

(6) Sullo *iudicium domesticum* v. le diffuse notizie in VOIGT *XII tavole* II. § 94 p. 272 sgg.

(7) Cfr. GIRARD *les actions noxae*. Nouvelle revue historique XI. p. 422 sg. Cfr. *Manuel de dr. romain* 4<sup>a</sup> ed. p. 677.

acquisto torna ad esclusivo beneficio del marito (1). E per conseguenza, ove essa prima della *conventio in manu* fosse *sui iuris* ed avesse un patrimonio, questo trapassava nel marito come successore universale. Una delle varie figure di *adquisitio per universitatem*, in cui il complesso de' diritti non passava come tale, ma come conseguenza della posizione personale, che veniva ad assumere il marito di fronte alla moglie: una *successio in ius*, secondo la terminologia classica delle fonti. Avvertasi che in questa *adquisitio*, vi è il trapasso de' diritti, ma non l'onere dei debiti, i quali a rigore si estinguono per la *capitis deminutio* della moglie obbligata. Ma, anche qui, il Pretore non tollerò che il marito si prendesse i *bona* e si rifiutasse di pagare i debiti. Epperò ricorreva al ripiego di dare contro la donna un'*a. utilis* fingendo che non fosse passata *in manum*, e quindi *rescissa capitis deminutione*. E se il marito non assumeva le difese della moglie il Pretore permetteva la *venditio* dei beni della donna, colla solita procedura.

Come per il figlio di famiglia così per la donna *in manu* vi può essere concessione di peculio; benchè su questo punto si sia, senza serio fondamento, voluto sollevare qualche dubbio.

Ma, mentre, come vedemmo, il figlio di famiglia ha piena capacità di obbligarsi civilmente, la donna *in manu*, al pari della *filia familias*, non solo non può contrarre obblighi verso il marito, ma neppure verso altri: « *filiafamilias et quae in manu est* » non solum ipsi, cuius iuri... subiectae sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli » (Gai III. 104).

Per la natura della podestà, che il marito ha sulla donna *in manu*, egli ha diritto che i terzi rispettino tale rapporto e può agire per far dichiarare l'esistenza della *manus*. Ma vi ha di più. Mentre la regola generale è che non si dà furto se non di quelle cose che possono essere possedute, e quindi non di persone libere, perchè incapaci di essere oggetto di possesso, per

(1) Gai II. 90: « per eas vero personas, quas in manu mancipiove habemus, & proprietas quidem acquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in & potestate nostra sunt ».

eccezione la donna *in manu* può essere ripresa coll'*a. furti* da colui che l'abbia rapita, come vedemmo che si può riprendere con tale azione l'*auctoratus* e lo *iudicatus*.

Ma, appunto perchè *filiae loco*, la donna *in manu* ha la qualità di *heres suus* del marito e gode di tutti i diritti che spettano a questo *heres*.

## § 198.

Ma, come dicemmo, accanto a questa disciplina giuridica vi è il costume sociale che pone la donna accanto al marito come sovrana nella casa e le attribuisce una alta e rispettata posizione onorifica. La moglie *in manu* è la *materfamilias*, a differenza della moglie, che non è *in manu*, la quale è semplicemente *uxor*.

Cicerone *Topica* 3.14.

Genus est uxor, eius duae formae: una matrum familias, eae sunt quae in manum convenerant: altera eorum quae tunc modo uxores habentur.

Questo è il vero concetto romano. La sposa nell'antico matrimonio è *matrona*, capace di essere madre, ma non diventa veramente *materfamilias* se non quando il suo marito è egli stesso *paterfamilias*. La nuora non è *materfamilias*, sibbene la suocera. Come non vi è che un solo *paterfamilias*, così vi è solo una *materfamilias*. Onde scrive Festo (v.º *materfamiliae*).

Materfamiliae non ante dicebatur, quam vir eius paterfamilias dictus esset: nec possunt hoc nomine plures in una familia praeter unam appellari.

E altrove (v.º *familia*).

Familia antea in liberis hominibus dicebatur, quorum dux et princeps generis vocabatur pater et mater familiae.

È il matrimonio col capo che rende la donna *materfamilias*: è la coppia sovrana del gruppo familiare che ha tali appellativi. E lo stesso marito nella consuetudine della vita chiama *domina* la moglie (pr. 41 pr. *de leg.* III. [32]).

Se talora il nome di *materfamilias* si vuol restringere alla sola moglie, che è entrata nella *manus* per via della *coemptio*, escludendone quella che invece vi è entrata per *confarreatio* o per *usus* (1), in ciò è una arbitraria affermazione, com'è arbitrario l'assunto che solo la madre di più figli abbia diritto a quella denominazione (2). Festo però, nel citato passo, continua affermando:

Sed nec vidua hoc nomine, nec quae sine filiis est, appellari potest.

Ma la terminologia perde mano a mano dell'antico rigore a misura che il matrimonio viene isolandosi, per così dire, dalla *manus* e mentre lo stesso Cicerone adopera l'espressione *materfamilias* per la donna maritata in genere, nel diritto classico questo significato generale è diventato comune. Onde Ulpiano (l. 59 *ad edictum* — fr. 50.16.46, 1) così si esprime al riguardo.

« Matrem familias » accipere debemus eam, quae non inhoneste vixit: matrem enim familias a ceteris feminis mores discernunt atque separant. proinde nihil intererit, nupta sit an vidua, ingenua sit an libertina; nam neque nuptiae neque natales faciunt matrem familias, sed boni mores.

Sì che per Ulpiano è l'integrità della vita che costituisce il titolo. Ma, ripetiamolo, non è questo il concetto primordiale. La *materfamilias* è la moglie del capo, alla quale, secondo il costume, spetta una certa podestà sulle altre persone della famiglia, le quali ad essa debbono ossequio e riverenza. Già fin dalla legge di Romolo la tradizione assegna tale posizione alla *materfamilias* da assicurarle il rispetto anche di fronte alla tradizionale avversaria, la nuora (3). La *mf.* ha il governo della casa e la disposizione delle chiavi, fuor che di quelle del vino (4), l'educazione de' figli. Insomma, qualunque fosse la dipendenza giuridica

(1) BOËTHIUS sul cit. passo di Cicerone.

(2) AULO GELL. *Noct. Att.* XVIII. 6. 4.

(3) FESTUS v. *plorare*. Cfr. RICCOB. *Fontes* p. 10 nota 4.

(4) V. MARQUARDT *Privatleben* 2<sup>a</sup> ed. I p. 48 sg. (ed. franc. I p. 69).

dal marito, difficilmente si può trovare presso qualunque altro popolo una posizione familiare e sociale più alta dell'antica *mf.* romana.

§. 199.

Il matrimonio *sine manu* produce ben altre conseguenze giuridiche. Naturalmente non seguiva alcuna *capitis deminutio*, perchè non vi era mutamento nello stato familiare della donna. Essa restava *sui iuris* e soggetta alla tutela muliebre, come restava nella patria podestà se era *alieni iuris*. Non vi era mutamento di nome, appunto perchè non vi era mutamento di *gens*, nè di *familia*. Se era *sui iuris* conservava il suo patrimonio, così come lo aveva per lo innanzi. Servendoci della terminologia moderna si può dire che il regime legale del matrimonio romano quanto a' beni era quello della separazione. Ove poi la donna fosse *alieni iuris*, appunto per la sua qualità di *filiafamilias*, non poteva avere patrimonio proprio, salva la concessione peculiare e nel periodo ultimo i *bona adventicia*, e ogni acquisto da essa fatto tornava a vantaggio del suo *paterfamilias*.

Ma s'intende di leggieri come questa immutata condizione non possa essersi spinta a modo da trascurare l'esistenza di un rapporto che socialmente e di fatto aveva tanta importanza. È chiaro che dall'esistenza del vincolo coniugale debbono essere derivati diritti ed obblighi per l'uno e per l'altro coniuge e che tale esistenza siasi rispecchiata anche nella determinazione dei rapporti giuridici fra questi. Tolta la soggezione derivante dalla *manus*, che, naturalmente, produce effetti che eccedono la portata del semplice vincolo coniugale, si può dire che in definitiva la posizione de' coniugi non fu diversa nelle due ipotesi di matrimonio con *manus* e senza. Ma è ben chiaro anche che questo fu il risultato di una lunga evoluzione e che originariamente la condizione della moglie, fatta astrazione dalla *manus*, non era identica neppure dal punto di vista del costume sociale. Noi già abbiamo visto come alla moglie fuori podestà fosse in origine negata la qualità di *materfamilias*, non potendo essa assumere qua-

lità in una *familia* agnatzia di cui non faceva parte. E non si deve dimenticare che non senza fondamento si vuole da qualcuno porre in dubbio la qualifica di vero matrimonio a quel rapporto, su cui solo l'*usus* viene a costituire la figura della *manus*. Certo è però che grado a grado l'*uxor* come tale è venuta giuridicamente prendendo posizione nella famiglia indipendentemente dalla *manus*, e che i diritti del marito vennero affermandosi anche di fronte alla patria podestà del suocero.

§. 200.

In prima linea e tenuto presente il concetto da noi affermato, che non basta la *maritalis affectio*, ma deve la moglie essere a disposizione del marito, ne segue che in via di principio la moglie è tenuta a convivere col marito, a seguirne il domicilio, che è domicilio della famiglia. Il marito però è tenuto a provvedere del suo alle spese che occorrono per raggiungere la sua residenza (fr. 24. 1. 21).

Ma naturalmente, data l'amplissima libertà di divorziare, è inconcepibile una coazione a riprendere la vita in comune. Il rifiuto sarà l'indice certo dalla cessata *affectio maritalis*. A ripristinare la convivenza cessata per il fatto che altri detenga illegalmente la moglie, il marito ha l'*int. de uxore exhibenda*. Può però trovarsi in conflitto questo diritto del marito colla podestà del padre, che *iure* può pretendere di ritenere presso di sé la figlia. A rigore doveva prevalere e prevalse il diritto del padre, il quale poteva andare anche più oltre e provocare il divorzio della figlia. Ma un tale concetto non poteva perdurare di fronte alle nuove idee, che vennero sempre più rafforzando il diritto del marito e l'efficacia del vincolo matrimoniale.

Ulpianus l. 71 *ad edictum* — fr. 43. 30. 1, 5.

Si quis filiam suam, quam mihi nupta sit, velit abducere vel exhiberi sibi desideret, an adversus interdictum exceptio danda sit, si forte pater concordans matrimonium, forte et liberis subnixum, velit dissolvere? et certo iure utimur, ne bene concor-

dantia matrimonia iure patriae potestatis turbentur. quod tamen sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbe patriam potestatem exercent.

È un genitore, che coll'interdetto *de liberis exhibendis* si rivolge contro il marito della propria figlia *in potestate* per riprendere la figlia togliendola al marito. Ulpiano si propone la questione, se contro questa pretesa possa opporsi dal marito una eccezione, ove il padre voglia sciogliere un matrimonio fondato sopra la mutua benevolenza de' coniugi. Egli risponde, che è diritto non discusso non potere il genitore in base alla patria podestà risolvere un matrimonio che i coniugi vogliono tener fermo. Vi è poi un'aggiunta, che giustamente fu attribuita ad opera de' compilatori giustiniani (1), secondo cui la portata di questa eccezione stà in ciò, che si deve far persuaso il genitore a non avvalersi in modo così acerbo del suo diritto di patria podestà.

§. 201.

Chi ben guardi, si persuade di leggieri che Ulpiano non dà alla eccezione una portata incondizionata, a modo che il marito possa sempre respingere l'interdetto del padre che voglia toglierli la figlia. È solo per il caso in cui l'allontanamento della figlia miri a far sciogliere il matrimonio, che Ulpiano fa prevalere il diritto del marito a quello del padre. Il concetto primordiale porta a ritenere efficace il ripudio dichiarato dal padre della moglie (2), ma Paolo (*Sent.* V. 6. 15) ci fa conoscere che: « bene concordans matrimonium separari a Patre Divus Pius « prohibuit », e da quel punto, naturalmente, per quanto a rigore il matrimonio dovrebbe essere sciolto ed è *iure* sciolto, è proibito al padre di strappare — per così dire — la figlia al marito contro sua volontà (3). Dunque la resistenza del marito rie-

(1) EISELE *Riv. per la fond. Sav.* XIII. 130.

(2) Cfr. *Vat. fragm.* § 116: « matrimonium quidem re ipsa iure solutum. »

(3) *Vat. fr.* l. c.: « sed patri filiam invitam a marito abducere non licere. »

sce vittoriosa quando si tratti di sciogliere il matrimonio per volere del padre. E su questo punto non vi sono dubbi: tanto è che Ulpiano parla di *certo iure*. L'esitanza che qualcuno vuol scorgere nel passo (1) è dovuta solo alle parole finali, che sono certamente interpolate e che contengono, come ben fu osservato (2), una norma strana, riducendo tutto ad una ridicola persuasione del padre. Ma, ripetiamolo, la vittoria del marito è certa solo quando egli difenda la persistenza della unione coniugale.

Meritano di essere rilevate le parole finali del citato passo di Paolo: « nisi forte quaeratur, ubi utilius morari debeat ». Se, dunque, si faccia questione di scelta del luogo in cui la moglie debba avere la sua residenza, e quindi delle ragioni di utilità che stanno a favore di una più tosto che di un'altra dimora, non più è fondata l'eccezione del marito. Può incondizionatamente il padre esigere che la figlia non risieda nel luogo in cui il marito vuole fissare il suo domicilio? O deve senz'altro prevalere la scelta fatta dal marito, per la ragione che secondo la essenza del matrimonio la moglie deve sempre essere a disposizione del marito? Io ritengo che una ragionevole opposizione del padre a una residenza voluta dal marito dovrà avere avuto efficacia anche se dissenziente la figlia. Una volta che non si mira a sciogliere un *bene concordans matrimonium*, ma solo ad evitare una residenza che si ritiene dannosa per la figlia, non vi è ragione per negare al padre tale ingerenza. Per lo meno nel periodo classico è poco verosimile che l'*int. de liberis exhibendis* abbia trovato ostacolo assoluto nell'eccezione del marito. E il passo di Paolo parmi decisivo per il mio modo di vedere.

§. 202.

Ma accanto a questo passo occorre metterne un altro appartenente ad Ermogeniano (l. 6 *iuris epitomarum*), il fr. 2 dello stesso titolo.

(1) GIRARD p. 161 nota 2.

(2) PEROZZI I p. 239. Cfr. *Eisele* l. c. : « non ha senso ».

Immo magis de uxore exhibenda ac ducenda pater, etiam qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur.

La unione di questo passo al precedente, con quell'*immo magis* iniziale, è certamente opera dei compilatori. Ad ogni modo Ermogeniano ci dice, che non solo il marito può con una eccezione ostacolare l'*int. de liberis exhibendis* proposto dal padre, ma che egli può convenire il padre della moglie con un interdetto, l'*int. de uxore exhibenda ac ducenda*.

Fermiamo bene, prima di tutto, che non si tratta qui di interdetto spettante al marito che ha la moglie *in manu*; a un tal marito spetta infatti l'interdetto stesso che spetta al genitore, in quanto nella sua figura primitiva tale interdetto contemplava nella sua forma edittale non solo *qui in potestate est* (fr. 43. 30. 1, 1), sibbene tutte le altre persone soggette al potere del capo, e quindi *qui quaeve in manu mancipio potestate est*, mentre l'*int. de uxore exhibenda* contempla l'*uxor* come tale, è il portato di una posteriore evoluzione concernente il rapporto coniugale, e nel passo di Ermogeniano è precisamente rivolto contro il titolare della patria podestà: ciò che esclude l'esistenza della *manus* (1).

Ciò posto è da chiedere, se la indeterminata generalità del passo possa far ritenere che il marito fosse legittimato a proporre questo interdetto contro il suocero per riprendere la moglie in qualunque ipotesi, o se non piuttosto debba ritenersi che, come l'eccezione opposta all'*int. de lib. exhibendis* del fr. 1 § 5, l'*int. de uxore exhibenda ac ducenda*, debba essere limitato al caso in cui l'allontanamento della figlia da parte del padre mirasse allo scioglimento del matrimonio. Ed a me pare, che anche qui, a parte il caso gravissimo del divorzio, si possa agire dal marito tutte le volte che vi sia disputa sulla più opportuna residenza della moglie. Io non posso ammettere che già il diritto classico facesse senz'altro prevalere il diritto del marito contro quello del padre, a modo da far ritenere sempre decisiva la vo-

(1) Cfr. LENEL, *ed. perp.* 2.<sup>a</sup> ed. § 262 nota 5 p. 468.



lontà di quello nella scelta della residenza della moglie, quando, come abbiamo visto, un emblema triboniano nel fr. 1 § 5 cit., mette in così incerta luce questo diritto del marito. In sostanza, nel caso di dissenso vi dovrà essere una pronuncia dell'autorità.

Qualche cosa di analogo lo abbiamo anche nel nostro diritto positivo. Per quanto la lettera precisa dell'art. 131 c. civ. obblighi la moglie ad accompagnare il marito dovunque egli creda opportuno di fissare la sua residenza, l'art. 133 riconosce che vi possono essere giuste cause per cui la moglie può allontanarsi dal domicilio coniugale, e si è unanimi nel ritenere che il giudizio sulla fondatezza di tali cause è rimesso alla savia estimazione del giudice.

Dalla necessità della normale convivenza, fondata su ciò che la donna dev'essere sempre a disposizione del marito, discende quell'unità di domicilio, che è propria sia del diritto romano che del moderno. Il fr. 23. 2. 5 parla della casa del marito come di un domicilio della famiglia: *quasi domicilium matrimonii*. E le nostre fonti ripetutamente ci attestano che la donna col matrimonio assume il domicilio del marito, e « *quamdiu nupta est, incolam eiusdem civitatis videri, cuius maritus eius est* » (fr. 50. 1. 32. 38,3).

§ 203.

La esclusività, che sta a base del matrimonio romano, importa il dovere reciproco di fedeltà tra i coniugi. L'adulterio non è meno colpito nel matrimonio *sine manu* che in quello *cum manu*. La donna viola l'obbligo della fedeltà per qualunque rapporto sessuale con un uomo diverso dal marito; questi però non si rende colpevole di adulterio per qualunque rapporto con altra donna. Però se egli abbia rapporti con una donzella o con la moglie d'altri, si rende colpevole di *stuprum* o di *adulterium* come complice della donna (1) e non già per la violazione del

suo obbligo di fedeltà verso la moglie. Egli è punito come lo sarebbe anche un uomo non ammogliato. L'adulterio della donna nell'antico diritto è causa di legittimo ripudio per parte del marito, ove si voglia prestare fede all'asserto, che nelle nozze conarretrate il divorzio non potesse aver luogo senza giusto motivo. Ad ogni modo è la giurisdizione familiare che interviene a colpire la donna adultera; è il costume che impera, suggerendo al diritto certe esclusioni a carico della donna.

È disputato se al marito in questo periodo spettasse il diritto di uccidere l'adultera e il suo complice (1). Entro certi limiti poteva al padre e al marito spettare l'*a. iniuriarum* per la colpa della moglie e del complice.

È alla *lex Iulia de adulteriis* (2) che si deve la rigorosa disciplina della persecuzione dell'adulterio della donna. Essa costituisce una delle misure, con cui Augusto tentò di porre argine alla crescente corruzione de' costumi ed allo sfacelo della famiglia. L'adulterio esiste anche quando le nozze non sieno *iustae*. « *Sive iusta uxor fuit sive iniusta* » (fr. 48. 5. 14, 1). Ma occorre che sia consumato: il semplice tentativo dà luogo soltanto al delitto d'*iniuria*. La pena è quella della relegazione, oltre alla perdita di una certa parte del patrimonio. Il procedimento è quello delle *quaestiones*, ossia quello creato negli ultimi tempi della repubblica. L'accusa è popolare, come in tutti i *crimina publica*. Ma è risaputo che in qualunque *accusatio* certe persone hanno un diritto di preferenza in ragione dell'interesse, morale o materiale, che esse hanno alla persecuzione del crimine. La preferenza qui è del padre e del marito: ma non incondizionatamente. Il marito è preferito anche al padre, ma deve intentare l'accusa non più tardi de' sessanta giorni da che, scoperto l'adulterio, ha ripudiato la moglie. Trascorso questo termine, gli estranei hanno quattro mesi per proporre l'accusa popolare. Ma

(1) Cfr. MOMMSEN l. c. Si consente però che, se mai, un tal diritto fu dato anche al marito non avente la *manus*.

(2) È una legge dovuta ad Augusto, posteriore alla *lex Iulia de maritandis ordinibus* dell'anno 736 (18 di C.). Cfr. MOMMSEN op. cit. p. 691 (ed. fr. 417).

C. FADDA. — *Diritto delle persone*.

(1) MOMMSEN *dir. pen. rom.* p. 688 sg. (ed. franc. II. p. 414).

al marito non è lecito perdonare e ove non agisca incorre in una pena. Dopo di lui viene il padre e poi i terzi. Costantino aggravò la punizione dell'adultera, comminando l'estremo supplizio; ma riservò l'accusa al marito e ai parenti fino a un certo grado. Giustiniano sostituì alla pena di morte la chiusura dell'adultera in un convento.

La *lex Iulia* limitò il diritto di uccisione per parte del marito nel caso di adulterio flagrante. L'uccisione della donna fu proibita. Consentita invece quella del complice quando il marito lo avesse sorpreso in casa propria e si trattasse o di un liberto della famiglia o di una *persona vilis*. Ma se il marito avesse uccisa la moglie in flagrante *ignoscitur ei* (fr. 29. 5. 3, 3), ma solo nel senso di una diminuzione di pena. Al padre invece fu mantenuto inalterato il diritto di uccidere la figlia e l'adultero sorpresi in flagrante in casa propria o in quella del genero (fr. 48. 5, 21 [20] sgg.).

L'adulterio del marito, anche di fronte alla *lex Iulia* resta impunito in via di principio. Ma in caso di accusa di adulterio mossa dal marito alla moglie, la colpa di lui non esonera questa da pena, ma fa sì che possa essere condannato il marito (fr. 48. 5. 14 [13], 5) (1).

La donna ripudiata per adulterio è soggetta ad una *retentio* della dote *ob mores (graviores)*.

§ 204.

Il rapporto matrimoniale, benchè spoglio di ogni idea di podestà, non lascia di attribuire al marito una certa superiorità come capo della famiglia e noi abbiamo visto già come vuoi nel riguardo della coabitazione, vuoi in quello della fedeltà dispari sia la condizione dei due coniugi e sempre con vantaggio del marito. Ma non mancano altre manifestazioni di questa prevalenza.

Così il marito si considera come offeso dall'ingiuria arrecata

(1) *Cod. Greg.* 14 Ed. KRÜGER III. 241.

alla moglie sua e non viceversa. È Gaio (III. 221), che nel modo più chiaro ci espone il principio romano al riguardo.

Pati autem iniuriam videmur non solum per nosmet ipsos, sed etiam per liberos nostros quos in potestate habemus; item per uxores nostras, quamvis in manu nostra (non) sint. itaque si filiae meae quae Titio nupta est iniuriam feceris, non solum filiae nomine tecum agi iniuriarum potest, verum etiam meo quoque et Titii nomine.

Gaio dunque assume che non solo possiamo essere direttamente ingiuriati nella persona nostra, sibbene anche indirettamente nella persona dei figli in podestà o della moglie, sia pure che questa non sia nella podestà maritale.

Il MOMMSEN ritiene sia un glossema l'inciso, che nel manoscritto veronese suona *cum in manu nostra sint*; che il LACHMANN modifica sostituendo *quamvis* a *cum* e il BÖCKING inserendo il *non* prima di *sint* (1). Comunque sia, è certo che nel pensiero di Gaio è in questione l'*uxor* come tale. Tanto è vero che nell'esempio racchiuso nella parte finale si suppone una figlia *in potestate patris* sposata a Tizio. Appunto perchè esiste la patria potestà non può esservi la *manus*. Vi è una triplice ingiuria: quella immediata contro la persona della donna e due mediate o riflesse: una contro il padre per il rapporto di podestà e l'altra contro Tizio per il rapporto maritale (2).

Che forse vi sia stata in origine una qualche esitanza a trasportare all'ipotesi dell'ingiuria recata all'*uxor* non *in manu* quel che il rapporto di podestà maritale esigevo come logica conseguenza, si può arguire dall'espressione *id enim magis praevaluit* che le Istituzioni giustiniane soggiungono al riferito passo di Gaio affermando il diritto del marito. Ma appunto il modo con cui il rapporto maritale si andò svolgendo in concreto nel re-

(1) Cfr l'ed. di Gaio di KRUEGER e STUDEMME (1899) e quella di HUSCHKE, SECKEL., KUEBLER (1908).

(2) Lo stesso caso di triplice ingiuria riferisce Ulpiano (1. 56 *ad edictum*) nel fr. 47. 10. 1, 9, mutuandolo a Nerazio. Cfr. i §§ 3 a 8 dello stesso passo, e il fr. 18 § 2 eod. tit.

gime della *manus* ha — qui come spesso sotto altri aspetti — influito nella configurazione del rapporto scevro dalla podestà. Certo qui l'ingiuria non lede un rapporto di podestà, ma un rapporto prevalentemente morale. Onde Ulpiano (fr. 47. 10, 1, 3) spiega così il diritto del padre e quello del marito: « spectat » enim ad nos iniuria, quae in his fit, qui vel potestati nostrae « vel affectui subiecti sunt ». Vi è un interesse tanto per il padre a rivendicare l'ingiuria: « nostra interest vindicare » (Pauli S. V. 4.3). Là è la *existimatio filii*, qui il *pudor uxoris* (c. 9.35.2) che dà la ragione dell'interesse.

Ma le fonti tengono a dichiarare, che la moglie non può agire per l'ingiuria arrecata al marito.

Paulus I. 50 (55 LENEL) *ad edictum* — fr. 47.10.2.

Quod si viro iniuria facta sit, uxor non agit, qui defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est.

Le Istituzioni giustiniane riproducono letteralmente questo insegnamento (I. 4.4.2). Non bene si intende questo, ove si interpreti in relazione alla rappresentanza della donna per parte del marito e viceversa (1). Non si tratta infatti qui di azione della moglie sperimentata dal marito in sua rappresentanza, sibbene d'ingiuria al marito per via di fatto che lede direttamente la moglie. Ce lo dice, soprattutto, Nerazio in modo reciso nel fr. 47.10.1,9. Per quanto in ragione dell'affetto — cui si richiama Ulpiano — si potrebbe spiegare un riconoscimento di ingiuria recata alla moglie per mezzo dell'ingiuria rivolta al marito, la posizione prevalente di questo nella famiglia, corrispondente all'antica *manus* e determinata dall'influenza di questa, spiega la diversità di trattamento delle due ipotesi.

§ 205.

Si suole derivare dalla posizione preminente del marito il diritto di rappresentare in giudizio la moglie (2). Ma è proprio

(1) Cfr. SCHRADER *Inst. ad h. l.*

(2) Cfr. p. e. RIVIER *le droit de famille romain* p. 176; BONFANTE *Ist.* p. 171; PEROZZI *Ist. I*, p. 238; KUNTZE *Cursus der Inst.* § 768 p. 741.

vero che vi sia un tale diritto, che contraddice all'assoluta indipendenza patrimoniale dei due coniugi? Certo non si può fondare questo diritto sul cit. fr. 47. 10. 2, perchè il *defendi uxores a viris* è detto qui a proposito dell'ingiuria e non risponde del resto neppure al concetto romano, in quanto il marito là colpisce l'ingiuria arrecata a sè non quella fatta alla moglie, che ha azione a parte. Si suole far capo alla c. 2.12 [13],21, appartenente apparentemente a Costantino (*ad concilium provinciae Africae* — a. 315).

Maritus citra mandatum in rebus uxoris cum sollemni satisfactione et alia observatione intercedendi habeat liberam facultatem, ne feminae persequendae litis obtentu in contumeliam matronalis pudoris inreverenter inruant nec conventibus virorum vel iudiciis interesse cogantur. — Sin autem mandatum susceperit, licet maritus sit, id solum exsequi debet, quod procuratio emissa praescripserit.

La costituzione consta di due parti, di cui la seconda è tolta dal Codice Teodosiano ed è veramente degli imperatori Teodosio, Arcadio ed Onorio dell'a. 393 d. C. (1). I compilatori, come ben dice GOTOFREDO, hanno appiccicato all'antica costituzione costantiniana (se pure è genuina), quest'altra assai posteriore e di diverso argomento. La prima infatti accenna ad una facoltà del marito di presentarsi come rappresentante della moglie anche senza mandato, dando però garanzia per via di *satisfactio*, e ciò per evitare che le donne fossero coinvolte nelle liti e in queste controversie così poco consone alla loro dignità matronale. La seconda, secondo le giuste congetture del GOTOFREDO, si riferisce alle *retentiones* che il marito poteva fare sulla dote e le limita a quelle che rispondono al mandato ricevuto. Vi è una semplice applicazione del principio che *diligenter fines mandati sunt custodiendi* e della non obbligatorietà di quanto il procuratore abbia fatto oltre il mandato. La costituzione originale comincia colle

(1) V. C. Th. ed. MOMMSEN e per la spiegazione la edizione di Gotofredo I, p. 163 seg.

parole *Procurator, licet maritus sit*, alle quali i compilatori hanno sostituito le altre, così notoriamente giustinianee, *sin autem mandatum suscepit*. Per tal modo si ha la congiunzione di un voluto mandato tacito con la limitazione di un mandato espresso. Così com'è nel Codice il passo può essere inteso, come vuole il CUIACIO (1), nel senso che mentre il marito quando non ha mandato espresso, ne ha uno per legge non limitato, di fronte allo espresso vede la sua libertà limitata dalla esplicita volontà della moglie. Ma a me pare che non si possa essere certi della portata della prima parte, data la certezza dell'intervento de' compilatori. Tanto più che una costituzione posteriore assai a quella di Costantino (Theodos. et Valentin. — a. 450 c. 5. 14. 8) dichiara che la proibizione della moglie impedisce qualunque ingerenza del marito negli affari concernenti i beni parafernali, sebbene riconosca essere *bonum mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam eiusdem pati arbitrio gubernari*. Com'è possibile ammettere una dichiarazione generale di mandato legale nella c. 21 di Costantino quando dopo quasi un secolo e mezzo si sente il bisogno d'inculcare l'opportunità di una amministrazione dei beni parafernali da parte del marito? Difficilmente potrebbe trovarsi una spiegazione osservando, che la c. 21 presume un mandato, che può cessare per l'espressa proibizione della moglie. La ragione addotta per l'intervento del marito — ossia, l'opportunità di sottrarre la donna, per la dignità sua, alle contestazioni degli affari e delle liti — non si presenta favorevole ad una presunzione di mandato, ma importa più tosto un'esclusione della donna voluta dal legislatore. È un riguardo di ordine pubblico quello che dà occasione alla legge e ciò esclude la possibilità di una contraria volontà della donna. D'altra parte il riflesso in questione trovasi quasi letteralmente ripetuto in una costituzione di Giustiniano (c. 8. 37. 14), dove si accenna alla utilità per la

(1) *Observ.* XII, 34 op. ed. neap. III, 356: « quae marito sine mandato « rebus uxoris intercedenti liberam potestatem permittit, mandato interveniente « non item; nam lex mandati marito eripit libertatem agendi quodcumque vo- « let pro uxore ».

donna di far intervenire nelle contrattazioni gli schiavi, appunto per il pudore naturale di essa. « . . . . Mulieres, quas naturalis « pudor non omnibus perperam sese manifestare concedit ». Tutto ciò, se non mi lascia giungere fino ad escludere ogni veracità del testo costantiniano, mi persuade che i compilatori hanno in misura più o meno larga modificato l'originaria portata della costituzione.

Ad ogni modo non parmi corretto l'insegnamento surriferito, nella forma con cui suole presentarsi. Questa più o meno larga facoltà di rappresentanza della moglie per parte del marito, da un canto appartiene, se mai, ai principi del IV secolo e ad ogni modo non vuole essere limitata al giudizio, ma comprende tutti gli affari concernenti i beni parafernali.

Non sarà inutile rammentare qui, che nel nostro codice civile si suppone (art. 1429) un'amministrazione dei beni parafernali tenuta dal marito senza mandato, ma senza opposizione per parte della moglie e in tal caso limita la responsabilità del marito a restituire i soli frutti esistenti all'epoca della domanda o dello scioglimento del matrimonio, senz'obbligo di rendere quelli già consumati.

§ 206.

Come altra conseguenza della preminenza del marito si suole affermare che la moglie segue la condizione (1), il grado del marito (2). Altri più cautamente parla del solo grado senatorio (3). E in realtà, mentre per l'antico periodo e per il classico non vi è attestazione che possa illuminarci su questo punto, il diritto del basso impero soltanto ci dà una costituzione degli Imperatori Valentiniano, Teodosio ed Arcadio (a. 392 - c. 12-1. 13 e 10. 40. 9 (4)),

(1) Cfr. BRINI *Matrimonio e divorzio* I, p. 163.

(2) RIVIER op. cit. p. 175: « la femme partageait le rang . . . du mari ».

(3) GIRARD *Manuel* p. 166: « au moins pour le rang sénatorial ». Più reciso il PEROZZI l. c.: « assuma . . . il rango senatorio ».

(4) Alle due costituzioni corrisponde nel codice Teodosiano c. 2. 1. 7.

che disciplina la partecipazione della donna alla condizione del marito.

Mulieres honore maritorum erigimus, genere nobilitamus et forum ex eorum persona statuimus et domicilia mutamus. sin autem minoris ordinis virum postea sortitae sunt, priore dignitate privatae posterioris mariti sequantur condicionem.

Questa costituzione afferma una quadruplici partecipazione della moglie alla condizione giuridica del marito: quella della dignità, della nobiltà, del foro e del domicilio. Sotto i primi due aspetti si è appunto collocata la costituzione nel codice giustiniano nel titolo *de dignitatibus*, mentre sotto quello del domicilio trovasi ripetuta (*lex geminata*) nel titolo dello stesso codice *de incolis et ubi quis domicilium habere videtur*, e nel codice Teodosiano è inclusa nel titolo *de iurisdictione et ubi quis conveniri debeat* sotto il rispetto del foro.

L'*honor* e il *genus* del marito si comunicano dunque alla moglie con tutte le conseguenze. L'esempio comincia dall'alto, perchè l'Augusta partecipa in genere dei privilegi dell'imperatore (fr. 1. 3. 31; 49. 14. 6,1). Le mogli delle *clarissimae personae* acquistano eguale titolo: « feminis enim dignitatem clarissimam mariti tri-  
« buunt » (Ulp. l. 6. *fideicommiss.* — fr. 1. 9. 8): « claritas quae  
« beneficio mariti tibi parata est » (c. 5. 4. 10 — Diocl. et Maximianus). E Paolo (fr. 50. 1. 22,1) considera l'attribuzione del domicilio come un'estensione per analogia della comunicazione della dignità « exemplo clarissimae personae per maritum factae ». Questa dignità Senatoriale rimane alla donna anche durante la vedovanza: ma vien meno per nuove nozze, dopo le quali essa assume la condizione dell'attuale marito. « Posterioris mariti sequatur condicionem » è detto nella seconda parte della costituzione in esame; parte che non trovasi nel testo della costituzione quale ce l'ha tramandato il codice teodosiano, e deve essere stata aggiunta da' compilatori giustinianeî, come appare già dalla caratteristica locuzione *sin autem*, che la congiunge alla prima parte. Tal che per il diritto giustiniano vi è indubbiamente questa comunicazione della condizione sociale e giuridica

del marito, che direttamente per il diritto classico è accertata solo per il matrimonio de' Senatori.

## § 207.

Al di fuori di queste, vere o supposte, conseguenze della preminenza del marito, la condizione giuridica de' due coniugi, specie nel diritto ultimo, è del tutto eguale ne' reciproci rapporti. La donna, che per il diritto è eguale al marito, è nella estimazione sociale tenuta in sommo rispetto. Secondo le idee romane i rapporti de' coniugi debbono ispirarsi al rispetto reciproco, alla stima scambievole. Gli scrittori non giuridici, come importanti documenti a noi tramandati, attestano nel modo più sicuro questa reciprocità (1). Ma nelle fonti giuridiche, nello stato in cui ci sono attualmente conservate nelle compilazioni giustiniane, questa scambievole stima, qualificata ripetutamente per *reverentia personarum* e basata sull'*honor matrimonii*, si ripercuote dal campo familiare e sociale su quello del diritto e s'incorpora in importanti conseguenze giuridiche. Alla reciproca riverenza si attribuisce, ad esempio, l'esclusione in genere delle azioni famose (importanti, cioè, condanna infamante) e penali, ed in ispecie dell'*a. furti*, alla quale si sostituisce l'*a. rerum amotarum*, tanto se la sottrazione sia stata perpetrata dalla moglie a danno del marito, quanto nel caso inverso. Un recentissimo e pregevole studio del prof. Fr. P. ZANZUCCHI (2) giunge al risultato: che questo fondamento della *reverentia* reciproca non è classico e che le conseguenze che se ne vogliono far derivare o non sussistono per il diritto classico o quanto meno hanno un fondamento completamente diverso.

Fermiamo alquanto l'attenzione sulla esclusione di quelle azioni. Una costituzione imperiale (Diocleziano e Massimiano, — anno 290 o 293), nello stato in cui si presenta nella compila-

(1) Cfr. per tutti BRINI op. cit. I p. 149 segg.

(2) *Il divieto delle azioni famose e la « reverentia » fra coniugi* (1909).

zione giustiniana (c. 5.21.2), contiene appunto la regola generale dell'esclusione come giustificazione dell'introduzione di una speciale *actio rerum amotarum* in luogo della ordinaria *actio furti*.

Divortii gratia rebus uxoris amotis a marito vel ab uxore mariti rerum amotarum edicto perpetuo permittitur actio. constante etenim matrimonio neutri eorum neque poenalis neque famosa actio competit, sed de damno in factum datur actio.

A questa stregua si ha l'impossibilità giuridica di ogni azione famosa o penale tra coniugi pendente il matrimonio, sulla quale si fonda la speciale azione sostituita a quella di furto. Ma a giusta ragione, il passo, che ha offerto sempre difficoltà non sormontate dagli interpreti, fu ritenuto interpolato. A tale conseguenza autorizzano motivi di sostanza e di forma (1). Il testo si presenta illogico ed assurdo nella sua stessa struttura, perchè in sostanza afferma che per le cose sottratte in vista del divorzio non si può agire coll'*actio furti*, perchè questa come azione penale e famosa non si può proporre fra coniugi durante il matrimonio. Ora se l'*a. rerum amotarum* è una conseguenza del divorzio avvenuto, e quindi va proposta dopo sciolto il matrimonio, perchè dovrebbe essere giustificata dal divieto di quelle azioni relativo al periodo matrimoniale?

§ 208.

In realtà la possibilità dell'azione di furto tra coniugi è certa se si prendono in esame alcuni passi, che attestano la vera portata del diritto classico e l'intervento de' compilatori a proposito dell'*a. rerum amotarum*.

Paulus l. 7 *ad Sabinum* — fr. 25.2.1.

Rerum amotarum iudicium singulare inductum est adversus eam quae uxor fuit, quia non placuit cum ea furti agere posse: quibusdam extimantibus ne quidem furtum eam facere, ut Nerva Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret:

(1) Non potendo, per l'indole del corso, diffonderci troppo su questo punto, rinviamo all'ottima trattazione dello ZANZUCCHI.

aliis, ut Sabino et Proculo, furtum (1) quidem eam facere sicuti filia patri faciat, sed furti non esse actionem constituto iure, in qua sententia et Iulianus rectissime est.

Gaius libro (decimo, Len.) ad ed. praet. etc. — fr. 2 eod. tit. nam in honorem matrimonii turpis actio adversus uxorem negatur.

Paulus l. 7 *ad Sabinum* — fr. 3 pr. § 2 eod. tit.

Et ideo si post divortium easdem res contrectat, etiam furti tenebitur. — Item si servus eius furtum fecerit, furti cum ea agere possumus. — Sed et cum uxore furti agere possibile est, si ei cui heredes simus furtum fecit vel nobis antequam nuberet: tamen propter reverentiam personarum in utroque casu furtivam tantum conditionem competere, non etiam furti actionem dicimus.

Paolo, dunque, incomincia col ricercare il fondamento di quella singolare figura, che è l'*actio rerum amotarum*, data al marito contro la moglie, o meglio — si noti bene — a colui che fu legato da vincolo matrimoniale con una donna e contro di questa: *adversus eam quae uxor fuit*. L'azione contempla le sottrazioni fatte in vista del divorzio, e quindi riguarda il periodo matrimoniale, mentre essa si può proporre solo dopo sciolto il matrimonio. E in ciò comincia già a palesarsi l'opposizione alla seconda parte della costituzione ora ora citata ed attribuita agli imperatori Diocleziano e Massimiano, in quanto essa esclude che l'azione competa *constante matrimonio*, come se sia concepibile durante il matrimonio un'azione che presuppone il divorzio.

E non basta. Paolo parla esclusivamente del furto commesso dalla moglie a danno del marito: e in ciò l'asserzione sua è confortata dalla circostanza che l'editto non riguardava se non le sottrazioni compiute dalla moglie, e che a queste soltanto si riferiscono i passi degli scrittori non sospetti d'interpolazione (2). La costituzione surriferita, come del resto certi altri passi sicuramente interpolati, parla anche dell'azione stessa rivolta dalla moglie contro il marito.

(1) La flor. ha *furto*.

(2) Cfr. ZANZUCCHI op. cit. specialmente p. 3 seg.

§ 209.

Ma è caratteristica la relazione di Paolo sul dissenso che regnava tra i giureconsulti riguardo all'*a. rerum amotarum*. Per alcuni la sottrazione fatta dalla donna non poteva costituire delitto di furto; per altri vi è sì il furto, ma è colpito da questa azione speciale, per non accordare l'*a. furti*. Paolo accetta questo avviso, che è di Sabino, di Procolo, di Giuliano. Onde ne trae argomento per affermare, che se la sottrazione, o, per adoperare il termine tecnico, la contrettazione, ha luogo dopo il divorzio, appunto perchè è sciolto il matrimonio si può agire coll'*a. furti*, come si può far valere quest'azione contro la donna divorziata, se autore del furto, commesso durante il matrimonio, sia uno schiavo di lei. Ed ancora si può proporre l'*a. furti* contro la moglie, pur durante il matrimonio, se il furto sia stato commesso da lei prima del matrimonio o anche durante il matrimonio, ma a danno di una persona, di cui il marito è poi divenuto erede. Questo ragionamento di Paolo è poi interrotto dalla intrusione di un preteso inciso gaiano, che assegna come ragione dell'esclusione della *turpis actio*, qui dunque dell'*a. furti*, l'*honor matrimonii*, ossia, un motivo che non legittimerebbe solo l'esclusione dell'*a. furti* contro la donna, ma anche contro il marito, e non solo per il caso di *amotio divortii causa*, ma per qualunque caso, compreso naturalmente quello del furto commesso prima delle nozze o a danno dell'autore dell'altro coniuge.

E vi è di più. La ragione addotta da Gaio è in perfetta antitesi con le idee, che, pur nel dissenso fra i giureconsulti, erano la base della loro discussione. Essi infatti partono dal rapporto, in cui si trova la moglie nella famiglia. Alcuni accennano alla qualità quasi di *domina*, di comproprietaria assieme al marito delle cose familiari; altri si fermano sull'analogia della *filia* e notano che come contro la *filia*, così contro l'*uxor* non è possibile agire coll'*a. furti*. Ora fu giustamente rilevato (1), che l'una

(1) ZANZUCCHI op. cit. p. 72 e gli scrittori da lui citati. — Il PEROZZI *Ist.* I p. 238 nota 1 spiega l'esclusione dell'*a. furti* col carattere intergentilizio

e l'altra premessa si spiegano e giustificano solo nel matrimonio *cum manu* e come ricordo e residuo di tale matrimonio, esplicante la sua influenza sulla posizione della donna nel matrimonio *sine manu*. Solo quando la moglie è *in manu* si può parlare di condominio, di analogia colla *filia*; solo nell'ambiente dell'antica *familia* si spiega l'esclusione di un'*actio*, perchè soccorre e basta la podestà disciplinare del capo sui dipendenti. Il matrimonio libero, se così vogliamo chiamarlo, si modellò sull'antico accompagnato dalla *manus* e, come spesso abbiamo accennato, la posizione della donna in quello trae la sua origine dalla posizione che per lo innanzi essa aveva in questo. Quello che avvenne per altri riguardi, si avverò anche per quanto si riferisce all'esclusione dell'*a. furti* e alla sua sostituzione coll'*a. rerum amotarum*.

§ 210.

Illumina questa evoluzione storica un noto passo di Paolo (tolto dallo stesso l. 7 *ad Sabinum*), il fr. 47. 2. 16.

Ne cum filio familias pater furti agere possit, non iuris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.

L'impossibilità di agire contro il figlio di famiglia coll'*a. furti* non è il prodotto di una disposizione di diritto positivo, ma della natura stessa delle cose, perchè padre e figlio in podestà formano un'unica persona e tanto varrebbe proporre l'azione contro sè stessi. Quando la donna era *filiae loco*, appunto perchè *in manu*, l'impossibilità si fondava pure sulla natura delle cose. Nel matrimonio *sine manu* continua l'impossibilità: ma è un residuo storico, che non è imposto dalla forza delle cose, sibbene da una consuetudine, dal diritto positivo. Onde Paolo nel fr. 1 dice che l'*a. furti* non si può proporre *constituito iure*.

del furto, quando appunto la *gens* era nella pienezza del suo vigore. I *gentiles* non avrebbero commesso furto fra loro e la donna in *manu* naturalmente faceva parte della *gens*. Cfr. pure BRINI op. cit. I p. 164 seg.

E questo fondamento della singolarità non solo va contro l'intrusa ragione di Gaio, ma anche contro quella che viene attribuita allo stesso Paolo nel fr. 3 § 1. La riverenza delle persone, come l'*honor matrimonii*, conduce ad una esclusione reciproca dell'*a. furti* e ad un'esclusione per ogni caso, anche per quello del furto anteriore al matrimonio, o commesso contro colui a cui il marito divenne erede. La ripugnanza si fonderebbe sopra una ragione soggettiva vera per tuttedue i coniugi, non già sopra un motivo che sta solo per la donna e in base a residui d'antiche idee. Come appare da altri passi, questo richiamo al rapporto coniugale vigente e non già sciolto, è dunque un portato di nuove idee, che hanno determinato l'intervento de' compilatori, sebbene, come spesso avvenne, lasciando tracce non discutibili di un antico e contrario stato di cose. Così non solo questi passi iniziali del titolo del Digesto, ma anche la citata costituzione di Diocleziano, hanno subito sostanziali modifiche, che appaiono evidenti anche ad un osservatore superficiale. La profonda ripugnanza logica fra le due parti della costituzione resta eliminata.

Essa, come opportunamente ha dimostrato lo ZANZUCCHI, non conteneva altro se non l'affermazione:

Divortii causa rebus amotis ab uxore rerum amotarum edicto perpetuo promittitur (1).

Tutto il resto è preta interpolazione triboniana, come lo sono vuoi, il cit. fr. 2 di Gaio, vuoi l'aggiunta contenuta nel fr. 3 § 1. Si ponga mente, che Paolo recisamente ammette l'*a. furti* per la sottrazione anteriore alle nozze o commessa a danno di un terzo, di cui il marito diventa erede. Subito dopo l'affermazione viene la negazione che sostituisce all'*a. furti* la *condictio furtiva*. Senza indugiareci sulle tante considerazioni, che cadrebbero acciòncie a tal riguardo, basta rilevare questa riunione di affermazioni cozzanti per rassodare il convincimento dell'interpolazione.

(1) *Promittitur* e non *permittitur*, come è scritto attualmente nella costituzione. cfr. ZANZUCCHI p. 29.

§ 211.

Ma qualche altra osservazione varrà a completare la dimostrazione dell'assunto. La costituzione di Diocleziano pone la regola generale dell'esclusione fra coniugi di ogni azione penale o famosa. Ma qual'era il carattere dell'*a. rerum amotarum* nel diritto classico? Anche qui lo ZANZUCCHI (1) ha luminosamente dimostrato che quest'azione, secondo il concetto classico, era penale. E lo ha mostrato rilevando, vuoi che il nome stesso dell'azione non costituisce un riguardo verso le persone, perchè allude senza veli al furto, non altro significando il termine *amovere*; vuoi che l'azione si dà contro gli eredi nel limite soltanto dell'arricchimento, come avviene per le azioni penali (c. 5. 21. 3), ed è equiparata alla *condictio furtiva* solo per opera dei compilatori. Cosicchè la costituzione di Diocleziano viene a dirci che sono escluse le azioni penali fra coniugi e ciò a giustificare la introduzione della speciale *a. rerum amotarum*, che era essa stessa penale. Come si vede, procediamo di assurdo in assurdo.

Anche nel riguardo delle azioni famose l'assunto non è meno sicuro. I coniugi non sono menzionati nella categoria di quelle persone, fra cui per dovere di riverenza è esclusa la proposizione di simili azioni. Si parla di *parentes, patroni, liberi aut parentes patroni*, non di coniugi. Anzi Ulpiano (l. 48 *ad Sabinum* — fr. 23. 3. 58) dichiara espressamente tenuto il marito verso la moglie coll'*a. mandati*, ossia, precisamente, con un'azione che ha condanna infamante, mentre, com'è noto, in luogo dell'*a. mandati* si dà un'*a. in factum* tra le persone che si debbono riverenza.

Afferma ancora l'esclusione delle azioni famose la c. 5. 12. 1: « ne famosa actio (*a. doli*) adversus eam (*mulierem*) detur ». Ma di questa attestazione dovremo intrattenerci nel parlare dell'evidenza in materia di dote.

Non diversamente si deve dire delle azioni penali, escluse fra

(1) Op. cit. p. 30 seg.



coniugi *constante matrimonio* nella chiusa della costituzione di Diocleziano. A parte che per il diritto classico non è vera neppure l'esclusione dell'accusa pubblica fra marito e moglie, le nostre fonti ci attestano espressamente la possibilità di agire coll'*a. legis aquiliae* (fr. 9. 2. 27.30.56) e con altre azioni sicuramente penali.

Concludendo, è da ritenere che la *reverentia* fra coniugi come causa dell'esclusione delle azioni penali e famose sia dovuta all'intervento giustiniano, come appare non solo dalle evidenti interpolazioni, ma anche dalla maniera illogica con cui si è venuto esplicando il divieto (1).

§ 212.

Nè miglior giudizio si può dare sulle altre pretese applicazioni di quella reciproca *reverentia* coniugale. Anzi l'esclusione in via di principio delle *actiones famosae* o delle *poenales* non sussiste come norma autonoma neppure fra le persone che veramente, anche secondo il concetto classico, si debbono riverenza, ma si comprende nel più generale divieto di chiamare in giudizio le persone, verso le quali si ha l'obbligo della *reverentia*, senza la permissione del pretore (2). Ora si noti che l'editto pretorio (3) fra tali persone (*parentem, patronum, patronam, liberos parentes patroni patronae*) non indica il coniuge. E poichè Modestino (l. 10 *pandectarum* — fr. 2. 4. 13), al pari, del resto, di altri, riferisce il divieto all'obbligo della *reverentia*: « generaliter eas personas, quibus reverentia praestanda est, sine iussu praetoris in ius vocare non possumus », ne discende che, secondo il diritto classico, non solo non sussiste fra coniugi il divieto della reciproca chiamata in giudizio senza permesso del pretore, ma che ne manca il fondamento, ossia, la reciproca *reverentia*. I passi che affer-

(1) V. ZANZUCCHI p. 88 segg.

(2) Cfr. su quanto segue ZANZUCCHI op. cit. p. 141 segg.

(3) LENEL *ed. perp.* 2<sup>a</sup> ed. § 11 p. 68 seg. comprende anche l'*uxor* nello editto.

mano tale *reverentia* sono fattura triboniana e se avranno efficacia come testi di legge nella compilazione giustiniana, non possono avere importanza per il periodo anteriore (1).

§ 213.

Si suole insegnare esservi anche la dispensa de' coniugi dal far testimonianza l'un contro l'altro. In ogni legislazione vi sono delle esclusioni e delle dispense in tema di testimonianza giudiziale. Talora si esclude senz'altro la testimonianza di determinate persone, tal'altra si dà facoltà ad alcune persone di astenersi, ove vogliano, dal far testimonianza. Il fondamento dell'esclusione è vario ed è accennato da Callistrato (l. 4 *cognitionum* — fr. 22. 5. 3,5) là dove dice:

Nam quidam propter reverentiam personarum, quidam propter lubricum consilii sui, alii vero propter notam et infamiam vitae suae admittendi non sunt ad testimonii fidem.

Riverenza fra le persone, senno non maturo, turpitudine sono le tre ragioni. Per le due ultime il dubbio non è possibile: l'età impubere e certe condanne o note infamanti costituiscono motivo di assoluta esclusione. Per la prima è certo che il figlio non può deporre contro il padre, nè il liberto contro il patrono o figlio del patrono, o contro il colliberto. Ma si noti che è pure esclusa la testimonianza del padre contro il figlio (fr. 22. 5. 9), dove certo il fondamento non è nella *reverentia* del padre verso il figlio. Se sia esclusa per il diritto classico la testimonianza del patrono contro il liberto si disputa (2); pare più probabile che si tratti di semplice dispensa.

La dispensa è fondata su ragioni di affetto presunto fra certi parenti ed affini per motivi di posizione pubblica o di impedimento.

(1) Per altri punti riguardanti la pretesa *reverentia* cfr. ZANZUCCHI op. cit. p. 145 seg.

(2) Cfr. ZANZUCCHI p. 195 nota 3.

C. FADDA. — *Diritto delle persone.*

Del coniuge non è parola nè dal punto di vista della esclusione, nè da quello della dispensa. Ed è cosa che deve far meraviglia quando si vedono contemplate persone, che certamente non sono legate da vincolo così stretto com'è quello matrimoniale. Si parla non solo del genero e del suocero, ma persino dello *sponsus filiae* e dello *sponsae pater* (fr. 22. 5. 5). Di fronte a questo silenzio non saprei decidermi ad accogliere l'avviso dello Zanzucchi (1), di comprendere, per interpretazione analogica, il coniuge nella seconda categoria, in quella, cioè, della semplice dispensa. Poichè di parentela non è da parlare e il vincolo di affinità, per quanto fondato sul matrimonio, ha tanta minore efficacia del vincolo coniugale, propenderei a rifiutare la analogia colla seconda categoria, comprendendo piuttosto il coniuge nella prima, in ragione della tendenza generale a trasferire nel matrimonio *sine manu* quel che era particolare del matrimonio *cum manu*, certo essendo che in questo la moglie non si dispaia giuridicamente dalla *filia*. Dal che però non dovrebbe discendere che l'esclusione sia fondata sulla reciproca *reverentia*, ma, se mai, sulla posizione preminente del marito, che però, come nel caso di padre e figlio, ha condotto anche alla esclusione della testimonianza del padre.

§ 214.

Di grande importanza è la concessione del *beneficium competentiae* nei rapporti fra coniugi, per cui l'esecuzione delle obbligazioni è da spingere solo fino al punto da lasciare al debitore lo stretto necessario per la vita. Si ritiene ora generalmente che questo beneficio competesse al marito non solo contro la moglie, ma in genere contro chiunque agisse per la restituzione della dote. Fu esteso poi a ogni obbligo del marito non derivante da atti illeciti, da delitto. Sarebbe infine stato riconosciuto a favore

(1) Op. cit. p. 196.

di entrambi i coniugi nel diritto giustiniano (1). Senza diffonderci nell'esame dei molti passi relativi all'importante argomento, fermiamo la nostra attenzione sul seguente testo.

Modestinus l. 2 *differentiarum*. — fr. 42. 1. 20 (2).

Non tantum dotis nomine maritus in quantum facere possit condemnatur, sed ex aliis quoque contractibus ab uxore iudicio conventus in quantum facere potest, condemnandus est ex divi Pii constitutione: quod et in persona mulieris aequa lance servari aequitatis suggerit ratio.

Si comincia dall'affermare, che la condanna *in quantum facere potest* non riguarda solo l'obbligo di restituire la dote, ma anche quello derivante da ogni altro contratto, e una tale estensione viene riferita ad una costituzione di Antonino Pio. Dunque la cerchia originaria di questo beneficio è quella della restituzione della dote. Ma anche qui conviene distinguere. Non ogni azione di restituzione ha questo beneficio, sibbene l'*a. rei uxoriae*. Quando la dote era richiesta coll'*a. ex stipulatu*, essendone stata promessa formalmente la restituzione, la condanna era per l'intero. Così testualmente riferisce Giustiniano (c. unica § 13 *de rei uxoriae actione* 5, 13). Del resto fra i numerosi passi, che pongono in relazione il nostro beneficio colla restituzione della dote, ve ne sono vari, in cui si parla della solita *actio dotis*, che, com'è noto, è l'espressione sostituita dai compilatori all'*a. rei uxoriae* tolta di mezzo da Giustiniano (3).

L'estensione è fatta a tutti gli obblighi derivanti da contratto. Gli *Scholia Sinaitica* (VI. 12) parlano di marito convenuto *ex omni contractu*. Invece il fr. 20 in esame, dice: « *ex aliis quoque contractibus* ». Il che significa che l'obbligo di restituzione fatto valere coll'*a. rei uxoriae* è qualificato come *contrattuale*. Ora la diversa locuzione mostra che il testo classico ha subito modifi-

(1) Cfr. PAMPALONI, *Studi per Schupfer* I p. 65 sgg.; ZANZUCCHI op. cit. p. 167 sg. Cfr. BONFANTE, *Ist.* § 135 p. 369.

(2) Negli *Scholia Sinaitica* VI. 12 è riferito quanto dice Modestino sulla cost. di Antonino Pio.

(3) Cfr. fr. 3. 5. 34 [35] pr.; fr. 24. 3. 17, 2; 18, 1; 53.

cazione. Ma non vorrei dire collo ZANZUCCHI (1), che la modificazione conduca, per argomento evidente, a ritenere che la *datio dotis* è contratto. L' *a. rei uxoriae* non si riferisce solo alla *datio dotis*, ma alla dote comunque costituita e poi effettivamente soddisfatta. Il vero è che, se si ammetta il carattere penale originario dell' *a. rei uxoriae*, questo modo di esprimersi rappresenta un' idea inesatta de' compilatori. Ma non vorrei arrivare fino a mettere in sospetto tutta la l. 20 e quindi anche l'estensione al marito per ogni contratto.

Dove l'interpolazione non può negarsi è nella parte finale, che estende il beneficio anche alla donna convenuta in giudizio dal marito. Qui da un canto vi sono espressioni troppo caratteristicamente tribonianee, come *aequa lance* e *aequitatis ratio suggerit*, e dall'altro si appalesa spiccata la tendenza giustiniana a porre i due coniugi in eguale condizione giuridica. Così che anche da questo beneficio scompare ogni traccia di quella *reverentia personarum*, che comunemente gli si mette a base.

La ragione che ha ispirato la concessione del *ben. competentiae* al marito convenuto coll' *a. rei uxoriae* è stata acutamente rilevata dallo ZANZUCCHI (2). Essa fa capo all'antico carattere di perpetuità proprio della dote. Il marito, che, credendo di dovere sempre avere quel nucleo patrimoniale e di non doverlo mai restituire, non abbia usato quella diligenza che s'impone a chi sa di dover restituire, senza però avere agito dolosamente, non può essere tenuto a rendere se non quel che egli può. Un criterio di rigore non risponderebbe allo *aequius melius*, che è nella formola dell'azione. Ed ecco perchè il beneficio non si accorda di fronte all' *a. ex stipulatu*: perchè chi ha promesso di restituire la dote si trova in una condizione che gli impone l'obbligo della scrupolosa conservazione.

(1) Op. cit. p. 177.

(2) Op. cit. p. 170.

§ 215.

Caratteristica nel rapporto coniugale è il divieto delle donazioni fra marito e moglie, conservato anche nella nostra legislazione. Di tale divieto troviamo la relazione e la spiegazione nei seguenti passi delle fonti (1).

Ulpianus l. 32 *ad Sabinum* — fr. 24. 1. 1.

Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate:

Paulus l. 7 *ad Sabinum* — fr. 2 eod. tit.

ne cesset studium liberos potius educendi. Sextus Caecilius et illam causam adiciebat, quia saepe futurum esset, ne discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia.

Ulpianus l. c. — fr. 3. eod. tit.

Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est: nam ita ait: « Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret ».

Dall'insieme di questi due passi di Ulpiano, intersecati e completati dal passo di Paolo, per l'uno e per l'altro giureconsulto tolti dal commento a Sabino, appare, che di questo divieto (che dicesi introdotto *moribus*) di donazioni fra coniugi si cerca il fondamento, giungendo i giuristi e l'imperatore, nella *oratio* detta in occasione del Senatusconsulto, di cui dovremo poi occuparci,

(1) Cfr. su quanto segue: ALIBRANDI, *Ricerche sull'origine delle donazioni fra coniugi* in « Studi e doc. di st. e di dir. » XIII p. 65 segg. (*Opere* I p. 593 seg.); DE MEDIO *intorno al divieto di donare fra coniugi nel dir. rom.* (Modena 1902); ASCOLI *donazioni* p. 497 segg.; FADDA *la nullità della donazione fra coniugi. Foro it.* XVIII (1893), I, 262.

alla conclusione che si tratta di motivi d'indole morale. La facile previsione di liberalità non dettate da determinazione spontanea e ponderata, ma suggerite, se non a dirittura strappate, da un affetto cieco e artefice di rovine; il pericolo che lo scioglimento del matrimonio per divorzio sia messo come spauracchio e posto a prezzo il perdurare del vincolo, mentre è noto con quanto rigore si sforzasse il diritto romano di allontanare ogni ragione perturbatrice pecuniaria dalla deliberazione di divorzio, per non rendere venale il matrimonio; la paura che si pensi al coniuge più che alla prole: tutto ciò ha buon fondamento per giustificare questo divieto.

Ma, sebbene Ulpiano dica recisamente, che questa proibizione ha la sua radice, la sua origine nel costume, è grave disputa sia sull'epoca, in cui essa è sorta; sia sulla natura della norma che l'introdusse; sia sulla sua vera portata originaria. Sono problemi gravi, che nè per l'indole del nostro corso, nè, in ispecie, quando si tratta solo di accennare agli effetti del matrimonio, si possono trattare adeguatamente alla loro importanza. Dobbiamo contentarci di brevi accenni.

§ 216.

Generalmente si ritiene che nell'antichissimo diritto vi fosse piena libertà di donare al coniuge. E ciò si arguisce da che la *lex Cincia de donis et muneribus*, dell'anno 204 a. c. (1), vietando le liberalità oltre una certa misura (2), fuor che a favore di certe persone (3), poneva fra queste appunto i coniugi.

Anzi l'ALIBRANDI va più in là e in base al fr. 48. 11. 1, 1, che pone la moglie fra coloro da cui si può ricevere illimitatamente senza violare la *lex Julia repetundarum*, che colpisce i magistrati che ricevono doni al di là di 100 aurei all'anno, as-

(1) Per tale data v. MOMMSEN, *röm. Foersuchungen* I p. 367 nota 21; MITTEIS *dir. priv. rom.* p. 153 sg.

(2) MITTEIS, op. cit. p. 156.

(3) Cfr. *Vat. Fragm.* 298-309.

sume che il divieto sia posteriore anche a tale legge. L' *uxor* del passo in esame ha trovato difficoltà anche presso il MOMMSEN, il quale, per non far andare il testo contro il divieto della donazione fra coniugi, sostituisce *uxorisve*, venendo così a far dire al passo, che si può ricevere tanto da parenti propri quanto da quelli della moglie, ossia dagli affini (1). Comunque sia, è certo che del divieto della donazione trovasi già menzione in Trebazio Testa, che lo applica a proposito di una donazione fatta da Mecenate alla moglie Terenzia (fr. 24. 1. 64). Il che ci porta alla prima metà del secolo ottavo, essendo la morte di Mecenate avvenuta nell'anno 746.

Si volle dall'ALIBRANDI attribuire il divieto ad una particolare disposizione della legge *Julia et Papia*, la quale fra le varie incapacità stabilite a carico degli *orbi* (coniugati senza figli), disponeva quella di ricevere per testamento oltre un decimo del patrimonio dell'altro coniuge. Questa legge per evitare frodi a tale incapacità avrebbe comminato la nullità anche delle donazioni fra coniugi. L'origine legislativa sarebbe per l'ALIBRANDI già accennata in alcune espressioni delle fonti (2). E il *prohibere*, adoperato spesso per esprimere il divieto (fr. 24. 1. 3), accennerebbe anch'esso a intervento diretto del legislatore. Non sarebbe possibile che la consuetudine avesse assunto l'energia di una *lex perfecta* ponendo nel nulla l'atto vietato.

Altri ancora congettura che il divieto sia sorto ne' matrimoni *sine manu* per la solita influenza esercitata dal matrimonio *cum manu* nella determinazione de' rapporti fra coniugi. Poichè fra marito e moglie correva in quest'ultimo matrimonio lo stesso rapporto di podestà che lega padre e figlio, e poichè appunto il figlio non può ricevere donazioni dal padre in quanto unica è, secondo il concetto antico, la persona investita di patrimonio nella famiglia, così il marito non poteva donare alla moglie, perchè avrebbe

(1) Il DE MEDIO op. cit. p. 19 riferisce questa disposizione della *lex Julia* a quei casi in cui è eccezionalmente permessa la donazione fra marito e moglie. Il ripiego è ingegnoso, ma poco persuasivo.

(2) *Vat. fragm.* § 273: « *Prisca legum aequitate... legum sanctiones...* ».

donato a sè stesso, nè la moglie al marito, perchè nulla aveva da donare (1). Abituati ad attribuire alle donazioni fra coniugi un significato di mero fatto, i Romani continuarono in questo trattamento anche dopo scomparsa la ragione giuridica che vi aveva dato origine, ma giustificarono il divieto con quelle considerazioni d'indole morale, che abbiamo visto addotte nei passi delle fonti.

Vi è infine chi mette in relazione il nostro divieto colla *retentio propter res donatas*, che si effettuava quando, per avvenuto divorzio, il marito restituiva la dote (2). Per quanto nel matrimonio libero ciascun coniuge conservi la sua autonomia giuridica, tuttavia riguardo al patrimonio il concetto sociale fa sì che tutto si consideri come rivolto non già a beneficio di questo o di quel coniuge, sibbene della famiglia. Ed allora la donazione fra coniugi è ripugnante alla tendenza che accomuna tutto e che traspare sopra tutto in certe affermazioni degli scrittori non giuridici. La corruzione del costume ha travolto questo concetto e nella pratica il coniuge meno degno finì per speculare sulla bontà e sull'affetto dell'altro. Onde l'antipatia generale per queste reciproche liberalità. Avvenuto il divorzio e portata davanti all'*arbiter* nello *iudicium rei uxoriae* la questione della restituzione della dote, questo cittadino, cui la formola *aequius melius* dava tanta po-destà, si rendeva interprete ed organo del pubblico sentimento, detraendo dalla dote il valore delle cose che il marito aveva donato alla moglie. Avviati su questa strada si doveva giungere a considerare la donazione come inefficace e non solo per quella fatta dal marito alla moglie, ma, per eguaglianza di trattamento, anche per quella fatta dalla moglie al marito: anzi, non essendovi riguardo a questa la propizia occasione della *retentio*, si sarebbe venuta creando come autonoma la teoria della nullità della donazione.

(1) HOFMANN *Biv. di Grünhut* VIII p. 286 sgg.

(2) Cfr. da ultimo KARLOWA *St. del d. rom. II* p. 226.

Prima di esporre il nostro avviso su questo intricato enigma delle origini è bene esporre la profonda modificazione che le nostre fonti attribuiscono a un Senatusconsulto reso sulla iniziativa di Antonino Caracalla nell'anno 206 di C. Ulpiano (l. 33 *ad Sabinum* — fr. 24. 1. 32,2) così ce lo riferisce, esponendo l'*oratio* dell'imperatore:

Ait oratio « fas esse eum quidem qui donavit paenitere: he-  
« redem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam  
« eius qui donaverit, durum et avarum esse ».

Ecco dunque come concepisce l'imperatore il rapporto creato dalla donazione. Il donante può sempre pentirsi, revocando quindi la liberalità fatta, e una tale revoca ha piena efficacia. Ma se il donante sia morto senza revocare la donazione, non è più lecito agli eredi di ciò fare. Parve duro, ispirato a grettezza ed avidità, questo intervento dell'erede per togliere quel che il coniuge defunto aveva dato. Come negli atti *mortis causa*, è la *suprema voluntas* quella che s'impone. Se fino all'ultimo il donante ha tenuto ferma la sua liberalità, non è lecito agli eredi di riprendere le cose donate (cfr. fr. 32 §§ 3. 4 h. t.). Ma appunto questa relazione cogli atti *mortis causa* limitò la possibilità della conferma. Se non si voleva togliere efficacia alla citata disposizione della *lex Iulia et Papia*, che proibiva agli *orbi* di ricevere per testamento dall'altro coniuge oltre il decimo, bisognava contenere la conferma entro tale limite.

Onde Papiniano (*Vat. fr.* 294) dice: « morte soluto matrimo-  
« nio, si voluntas perseveravit, *fini decimarum* auferri non oportet  
« tere maximi principes nostri suaserunt et ita Senatus censuit. »  
Certamente questa riforma trae la sua ispirazione da una più  
larga dottrina invalsa, a quanto pare, anche prima di Caracalla,  
per cui nei riguardi eziandio della *lex Cincia* la morte del do-  
nante impedisce la rimozione degli effetti della donazione: *morte*  
*Cincia removetur* (1).

(1) Cfr. su proposito MITTEIS *dir. priv. rom.* I, pag. 166 sg.

## § 218.

Le ragioni d'indole morale poste a base del divieto sono affermate, come vedemmo, da giuristi, e dall'imperatore nella sua *oratio*. Onde non mi par dubbio, che esse rispondano ad una corrente d'idee, della quale è sicura l'esistenza nei primi secoli del periodo imperiale. Certamente se un preciso disposto di legge avesse affermato il divieto, la nullità assoluta avrebbe dovuto esserne la legittima conseguenza, appunto perchè la natura di quelle ragioni, miranti alla purezza dei costumi e alla sicura libertà di scelta, non avrebbe tollerato una disposizione *minus perfecta*, non munita di recisa sanzione. Ma non perciò si può escludere senz'altro la possibilità di una consuetudine proibitiva. L'esistenza di una legge non è provata da quelle scarse espressioni richiamanti l'idea di una norma positiva, non essendo raro il parlar di legge in senso generale di diritto oggettivo, tanto più quando non si parla *ex professo* dell'origine del divieto. L'ipotesi dell'origine consuetudinaria trova la sua ragione nell'esplicita affermazione del cit. fr. 1, nè vi era una ragione decisiva perchè i compilatori dovessero cancellare la traccia dell'origine legislativa e lasciare quella relativa alla consuetudinaria. Sarebbe bastato levare la menzione riguardante la legge Giulia, ormai in disuso. L'origine consuetudinaria è resa verosimile da ciò, che altrove il divieto è attribuito allo *ius civile* senza maggiore specificazione: « in donationibus iure civili impeditis » (Ulp. l. 32 *ad Sabinum*, fr. 24.1.5,18); « *ius civile* donationem impedisit » (Paulus, *Vat. fr.* 96). Ora è troppo noto, ed in questi ultimi tempi specialmente è stato rilevato (HELLWIG) il significato che ha *ius civile* nelle nostre fonti, come diritto risultante dalla *disputatio fori*, dall'elaborazione in specie, delle leggi decemvirali (fr. 1.2.2,5).

Non è un termine largo, che permetta di comprendervi tutte le norme che ingenerano diritto civile, sibbene una locuzione con carattere ben definito, e che abbraccia solo quel diritto che è il risultato dell'attività de' giureconsulti, che interpretano l'an-

tica legge. Così che mettendo a raffronto il *moribus... receptum est* collo *ius civile impedisit* si viene a qualche cosa che discende dall'antico organamento romano e prende la forma concreta per l'opera dei giuristi. Senza pretendere a nulla di sicuro si può congetturare, che l'impossibilità giuridica derivante dall'antica *manus* ebbe la sua ripercussione nel matrimonio *sine manu* per opera de' giuristi. Le ragioni stesse addette mostrano, che si tratta di ragionamento tendente a spiegare una restrizione, che non era raccomandata ad una precisa formola legale. Sarà una tarda estensione — certo posteriore alla *lex Cincia* — ma l'impressione che si riceve dall'insieme è che è il concetto antico, morale del matrimonio che reagisce contro gli abusi del nuovo costume. Non è del resto improbabile, che l'occasione pratica si sia presentata nel restituire la dote, e che il principio si sia formato nella pratica dell'*a. rei uxoriae*. Ma al di là della semplice possibilità non si può andare.

## § 219.

Io, dopo tanti anni, e pur non mantenendo alcune affermazioni troppo recise contenute nel mio breve scritto sopracitato, sono tuttora d'avviso che la maggiore probabilità stia per la congettura del BRINZ (1), secondo cui la nullità qui starebbe quale mezzo per rendere possibile la revocabilità. Questa ripugna al concetto di donazione (2). Per poter dare alla revoca efficacia reale si sarebbe fatto ricorso al ripiego della nullità. Dichiarata nulla la donazione, il donante e i suoi eredi possono rivendicare la cosa presso chiunque. Un effetto così radicale non occorreva in realtà, quando si fosse sicuri che quei pericoli e quelle paure non avevano ragion d'essere. Il silenzio del donante è garanzia di serietà della donazione: se potendo revocare non ha revocato,

(1) *Pand.* 2<sup>a</sup> ed. III. p. 791 seg. cfr. 3<sup>a</sup> ed. I. § 20, p. 110 nota 7.

(2) Perciò si fa l'antitesi fra la *donatio mortis causa* e la donazione vera e propria. « Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione quae ita proficiscitur ut nullo casu revocetur ».

vuol dire che ha fatto una liberalità con pienezza di volere. E tuttavia la proibizione va radicalmente alla nullità, eccedendo la necessità. L'ipotesi del BRINZ merita fede, perchè, posta a raffronto con l'evoluzione del divieto si presenta la più plausibile.

Il Senatusconsulto non tocca la nullità, ma ammette la conferma. Resa personale la facoltà di revoca, la morte del donante senza precedente revoca, importa conferma. L'*oratio* è infatti intitolata *de CONFIRMANDIS donationibus*. E si specifica ancor meglio parlando di conferma come per testamento (1).

Però la conferma appare strana e illogica. La donazione è sempre assolutamente vietata, e con piena efficacia, cioè, senza che da essa possa derivare effetto alcuno. Onde si dice che essa *ipso iure NIHIL valet*, che *nullius momenti est* (2). Come si può parlare di conferma di un atto inesistente? Si è in più guise tentato di spiegare la strana riunione di concetti così ripugnanti fra loro. Il SAVIGNY (3) assume che la riforma del Senatusconsulto abbia parificato la donazione fra coniugi a quella *mortis causa*. Il FERRARINI vuole, che la *don. inter v. et u.* sia rimasta anche dopo la riforma ciò che era prima, cioè, un atto inesistente e non confermabile. Ma ciò in quanto la si consideri come manifestazione di volontà rivolta ad un atto tra vivi. In quanto però la volontà del donante appaia rivolta a provvedere a pro' del coniuge dopo la propria morte, l'atto sarebbe valido ed efficace a stregua del Senatusconsulto.

(1) « Cui locum ita fore opinor, quasi TESTAMENTO sit confirmatum quod donatum est. » (fr. 24. 1. 32,1).

(2) « Sciendum autem est ita interdictam inter virum et uxorem donationem « ut ipso iure NIHIL valeat quod actum est: proinde si corpus sit quod donatur, nec traditio quicquam valet, et si stipulanti promissum sit vel accepto « latum, NIHIL valet; ipso enim iure quae inter virum et uxorem donationis « causa geruntur, NULLIUS MOMENTI SUNT » (fr. 24. 1. 3,10. Cfr. fr. 3, 11; 5, 1; 46; 48: 52, 1 eod. tit.).

(3) *Sistema* IV § 164. La spiegazione ha trovato favore presso alcuni civilisti nostri e stranieri. Cfr. AUBRY et RAU VIII § 743 nota 1 p. 100; FERRARINI, *L'invalidità degli atti giuridici*. Modena 1892 I p. 49 sg.

Tale dottrina non può essere accolta. Non si deve trascurare di notare che anche il Senatusconsulto ammetteva questa donazione (fr. 9 § 2 h. t.). Ma mentre la *don. mortis causa* può avere luogo in due modi diversi — o sotto condizione sospensiva, a modo da avere effetto solo coll'avverarsi della morte del donante, o sotto condizione risolutiva, a modo da produrre subito l'effetto, che si cancella poi perchè la morte non si verifica in quel determinato caso preveduto (fr. 39. 6. 2); — quando, invece, si tratta di *don. m. c.* tra coniugi è bensì ammessa la sua validità (fr. 11 § 1 h. t.), ma l'effetto è sempre identico, in quanto ogni conseguenza giuridica è differita al tempo della morte del donante (fr. 11 pr. eod. tit.) (1). Ora come si concilia ciò col principio del S.C., che la conferma derivante dal silenzio retroagisce al giorno della fatta donazione? (c. 5. 16. 25; fr. 11 § 9 h. t.).

E vi ha di più. La *mortis causa don.* ha un'intenzione specifica, che è nella sua essenza e che deve quindi sussistere fin da principio, non desumersi *ex post facto* dalla tacita conferma. Nella donazione a causa di morte si vuole beneficiare il donatario più tosto che i proprii eredi, ma ad un tempo il donante preferisce sè al donatario. Come può attribuirsi tale volontà ad un coniuge, che dichiara di donare subito e senza restrizioni all'altro coniuge? Anche in tale caso *morte conualescit donatio*, ma non si può dire che si tratti di una *m. c. donatio*. Ed ancora: se si trattasse veramente di una *m. c. donatio*, in tanto dovrebbe avere effetto in quanto il donatario sopravvivesse al donante. Pongasi invece che il coniuge donatario premuoria al donante e che questi non agisca. Chi potrà mai sostenere la possibilità di far valere la nullità per parte degli eredi del donante contro gli eredi del donatario? Non nega forse in tal caso il senatusconsulto questo diritto agli eredi del donante? E venendo fino alle risultanze del

(1) Cfr. però il fr. 39. 6. 40, ove appunto il principio accolto dal Senatusconsulto ha influito sulla *don. m. causa* e non viceversa.

diritto ultimo, è da osservare che, mentre la c. 5. 16. 25 assoggetta all'insinuazione le donazioni fra coniugi eccedenti la solita misura, la c. 8. 56 [57]. 4, qualunque sia il senso che si voglia attribuire alla sua disposizione positiva, accerta, se non altro, che fino a quel giorno si disputava se le *m. c. donationes* dovessero insinuarsi. Ora quella costituzione è del 528, questa del 530. Vuol dunque dire che se le donazioni fra coniugi furono assoggettate alla insinuazione, gli è che erano ritenute donazioni *inter vivos*. Onde non pare che la dottrina del SAVIGNY possa trovare accoglimento.

Nè reputo meno erronea la dottrina di coloro i quali dopo il Senatus consulto ripudiano il concetto della nullità radicale e fanno invece ricorso a quella che i moderni sogliono chiamare annullabilità. A parte la considerazione che quest'ultimo concetto non è affatto romano (1), è decisiva la circostanza che pur dopo quel Senatus consulto le fonti continuano sempre ad affermare la radicale nullità.

Onde il risultato innegabile è che nel sistema romano classico vi è un contrasto di due concetti diversi, il quale può ricevere spiegazione soddisfacente solo quando si dia ragione della loro coesistenza considerandoli nella storia dell'istituto. Per quanto si faccia, una costruzione dogmatica armonica è impossibile. Ed è perciò che a me già altra volta parve persuasiva la congettura del BRINZ. La revocabilità della donazione fu lo scopo iniziale dell'uso forense, che però non poteva dichiararla direttamente. La forma giuridica scelta fu quella della nullità, dichiarata la quale per opera del donante, si otteneva lo scopo. Certo il mezzo scelto eccede lo scopo, perchè la nullità genera ben altri effetti che non la revocabilità. Ma appunto la riforma del Senatusconsulto, dando alla sola persona del donante la facoltà di far dichiarare la nul-

(1) Cfr. sul proposito GRADENWITZ, *L'invalidità dei negozi giuridici obbligatori* c. V.

lità, è tornata al concetto della revoca. Ecco perchè troviamo questa stranezza di un atto nullo confermabile (1).

§ 221.

Di fronte a questo sistema del diritto romano, non sarà inutile un breve accenno ad altri sistemi legislativi. Vi sono state e vi sono leggi, che non pongono ostacolo alle donazioni fra coniugi. Così la legge francese 15 nevoso anno II; il codice civile austriaco (§ 246); il diritto territoriale prussiano (§ 310 sg. II 1), che però considera come semplicemente prestati (*geliehen*) i gioielli ed altri oggetti preziosi comprati dal marito per la moglie; il nuovo codice civile germanico (2), il nuovo codice civile svizzero (3). Il TROPLONG (4) censura quel che egli dice *diritto rivoluzionario*, perchè non avrebbe tratto profitto degli insegnamenti del passato, abbandonandosi alla sua inesperienza. Gli tiene dietro fra i nostri il BORSARI (5). Ma sono censure non serene di conservatori, per cui ogni cosa è pessima nel diritto della rivoluzione francese. Come si può chiamare rivoluzionaria una norma, che ha avuto il suffragio del legislatore tedesco moderno, che non brilla certo per idee sovversive? Ed è rivoluzionario il vecchio diritto territoriale prussiano? Ed era rivoluzionario il diritto au-

(1) Per la origine consuetudinaria sta il compianto DE MEDIO nel lavoro sopra citato. Ma il suo ragionamento non ci persuade in punti fondamentali. Contro l'origine consuetudinaria, ed a favore della congettura dell'ALIBRANDI cfr. da ultimo KIPP su WINDSCHEID 9<sup>a</sup> ed. III § 509 nota 1 e *Storia delle fonti* 3<sup>a</sup> ed. p. 107 sg. nota 33, dove manifesta il suo dissenso dall'avviso dello EHRlich (*sulla teoria delle fonti del diritto* I p. 44), che, come noi, ritiene doversi la menzione dello *ius civile* riferire all'elaborazione del diritto per opera dei giureconsulti.

(2) Haidlen *il cod. civ. coi motivi* III p. 88 sg.

(3) Il § 177 autorizza ogni negozio giuridico fra coniugi: però si esige l'intervento dell'autorità tutelare per certi atti.

(4) *Donations et testaments* art. 1097 n. 2630.

(5) *Codice civile* III. 2. § 2213 p. 23 sg.



striaco anteriore della legislazione Giuseppina, il quale permetteva pur esso le donazioni fra coniugi? (1).

Non si può però disconoscere che la tradizione romana, fu accolta nella maggior parte delle legislazioni. La nullità delle donazioni fra coniugi, a parte le consuetudini francesi (2), che talora vietavano perfino ogni liberalità testamentaria, è sancita dal codice Albertino (art. 1186), dal codice estense (art. 1931), dal codice spagnolo (art. 1334), e, fra vari altri, anche dal nostro codice civile (art. 1054). Il Codice Napoleone (art. 1096-1097), quello delle Due Sicilie (art. 1050-1051), il Parmense (art. 1945-1946) si associano al concetto della revocabilità, qualunque sia la qualifica data alla donazione. Vi è una donazione tra vivi valida, ma revocabile (3). Queste legislazioni si accostano in sostanza al diritto del Senatusconsulto, ma ne differiscono in ciò, che questo tiene fermo anche il concetto della nullità.

Per la nostra legge la nullità è assoluta, radicale, insanabile, checchè abbia detto in contrario qualche decisione giudiziaria, traviata da cattiva intelligenza del diritto romano e del francese (4).

#### § 222.

Venendo alla più particolare determinazione della portata di questo divieto è da osservare innanzi tutto, che esso deve essere rigorosamente limitato alle donazioni fra coniugi. Per quanto si possa pensare che le stesse ragioni addotte nelle fonti per giustificare il divieto vi siano anche per le donazioni fra al-

(1) UNGER *dir. civ. austr.* II § 96 p. 204 nota 10.

(2) Cfr. POTHIER *de la donation entre mari et femme* art. 1 n. 8 a 17.

(3) La revocabilità ha tratto in Francia qualche scrittore ad accogliere il concetto di una donazione a causa di morte, nel senso or ora combattuto. V. le citazioni in AUBRY et RAU VII § 744 nota 9 p. 106. Ma la grandissima maggioranza respinge tale concetto. Cfr. da ultimo BAUDRY LACANTINERIE et COLIN *Donations et testaments* 2<sup>a</sup> ed. p. 925 sgg. Ma vedasi PLANIOL 4<sup>a</sup> ed. (1908) III n. 3210 p. 808 sg.

(4) Cfr. il mio scritto sopracitato.

tre persone in posizione analoga, noi dobbiamo rammentare che ci troviamo di fronte ad uno *ius singulare*, che non si presta ad estensione per analogia.

Sono quindi permesse le donazioni tra fidanzati. Anzi le nostre fonti fanno spesso dipendere la validità di una donazione dalla indagine sul momento in cui il matrimonio ha preso vita e consistenza, salvando quelle liberalità che cadono nel periodo anteriore, e ponendo nel nulla quelle che appartengono al posteriore.

Onde se la donazione si effettui mediante consegna di una cosa dal fidanzato a un terzo perchè la consegni alla fidanzata, e la consegna effettiva alla sposa si avveri dopo il matrimonio, la donazione sarà nulla se il terzo è incaricato dal marito, in quanto solo colla tradizione alla sposa si perfeziona la donazione; mentre sarà valida se il terzo fu incaricato dalla moglie perchè in tal caso la donazione è perfetta nel momento della consegna al terzo rappresentante la donataria, e tale consegna, come dicemmo, avviene *ante nuptias*. Così precisamente insegna Ulpiano (l. 32 *ad Sabinum*) nel fr. 24. 1. 5 pr.

Si sponsus sponsae donaturus tradiderit Titio, ut is sponsae daret, deinde Titius tradiderit post nuptias secutas: si quidem eum interposuerit maritus, donationem non valere quae post contractas nuptias perficiatur: si vero mulier eum interposuerit, iamdudum perfectam donationem, hoc est ante nuptias, atque ideo quamvis contractis nuptiis Titius tradiderit, donationem valere.

#### § 223.

Sono valide le donazioni fra persone conviventi in istato di concubinato.

Papinianus l. 12 *responsorum* — fr. 39. 5. 31 pr. (1).

Donationes in concubinam collatas non posse revocari conuenit, nec, si matrimonium inter eosdem postea fuerit contrac-

(1) *Vat. fr.* 353b.

tum, ad irritum recidere quod ante iure valuit. an autem maritalis honor et affectio pridem praecesserit, personis comparatis, vitae coniunctione considerata perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium.

Assume dunque Papiniano essere pacificamente ammessa la irrevocabilità, ossia, la piena efficacia, delle donazioni fatte alla concubina. Il matrimonio successivamente contratto fra le persone viventi in concubinato non può far diventar nullo quel che già ha acquistato piena efficacia. Il solo punto, su cui si possa discutere, è quello del momento in cui il concubinato si trasforma in matrimonio. Per vedere se siavi *affectio et honor maritalis*, ossia, l'elemento intenzionale, che forma la caratteristica essenziale del matrimonio, bisogna ponderare le circostanze tutte del caso: epperò, la qualità delle persone, la maniera onde si è configurata la comunione di vita. Non occorre l'esistenza di scrittura. È quello che a suo luogo abbiamo accennato sull'*affectio maritalis* e sulla sua prova. Se quest'*affectio* abbia preceduto o susseguito la donazione è da stabilire nel singolo caso: ma è il punto decisivo per la validità della donazione.

È nello stesso senso il fr. 24. 1. 58 pr.—Scaevola l. 2 *respon-  
sorum*.

Si praedia et mancipia Seiae data effecta sint eius tempore concubinatus ac postea tempore matrimonii aliis acceptis reddita sunt, quid iuris est? respondit secundum ea quae proponerentur negotium potius gestum videri, quam donationem intervenisse.

È un passo di cui ci siamo, sotto altro profilo, occupati nel passato anno (1). Tizio, legato da concubinato a Seia, le fa donazione di fondi e di schiavi. Poscia Tizio e Seia si sposano. Celebrate le nozze, avviene uno scambio: Seia dà i fondi e gli schiavi validamente donatili e ne riceve altri in corrispettivo. Non vi è donazione, secondo Scevola, ma un *negotium*. Come mostrammo lo scorso anno, sotto la espressione *negotium* si comprendeva l'atto, non animato da spirito di liberalità. Qui poi vi

(1) *Negozio giuridico*, p. 194. § 149.

è una vera permuta. La donna non riceve per donazione i nuovi fondi e gli altri schiavi, ma li permuta con fondi e schiavi divenuti propri. Il suo patrimonio perde fondi e schiavi e ne acquista altri.

§ 224.

Ancora è valida la donazione fra persone che si trovano in apparente stato matrimoniale, mentre il matrimonio è nullo. Occorre per la nullità della donazione che il matrimonio sia valido. « Si matrimonium moribus legibusque nostris constat donatio non « valebit » (fr. 24. 1. 3,1). Onde, ad esempio, se la donna non è ancora in età, in cui possa passare a nozze, il vincolo apparente non menoma l'efficacia della donazione (fr. 24. 1. 65): se la figlia di un senatore sposa un liberto, o il governatore di provincia una sua amministrata, è del pari valida la donazione (fr. 3 § 1 cit.).

Non si deve però credere che questo insegnamento sia stato accolto senza contrasto. Parve infatti ripugnante, che coloro che avevano contravvenuto alla legge, fossero in condizione migliore di onesti coniugi. Ulpiano (cit. fr. 3 § 1) dice infatti: « sed fas « non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, « qui deliquerunt. » Ma egli stesso soggiunge, che con rescritto imperiale si ammise la validità della donazione nel caso di una liberta sposata a un senatore. La motivazione del rescritto però esclude l'*affectio maritalis*: « quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae ». Però questa motivazione non fa che spostare la questione. Non si dice infatti, che malgrado della esistente *affectio maritalis* la donazione è valida, perchè non vi è matrimonio, ma si nega l'*affectio maritalis* e solo per questo rispetto si dice che è valida la donazione. Si suppone l'*affectio concubinae* quando il matrimonio sarebbe nullo perchè riprovato dalla legge o dal costume.

La spiegazione si può trovare nella c. 5.16.7, dove l'imperatore Alessandro osserva, che nel caso di matrimonio nullo perchè la

pupilla si è sposata al figlio del tutore, la donazione è bensì valida per diritto rigoroso — *licet ipso iure donatio tenuerit* —, tuttavia si dà un'azione utile per revocare la donazione, trattandosi di persona indegna, *qui nec maritus potest dici*. Onde è vero sempre che è valida quando il matrimonio sia nullo, ma ove la nullità del matrimonio dipenda da una causa riprovevole, la donazione per sè valida può essere annullata con un'azione utile. Con ciò si volle punire chi si rese colpevole di fatto colpito dalla legge. Il che esclude tale conseguenza quando il donatario non abbia colpa alcuna della violazione di legge e della nullità del matrimonio (1).

Sono pure espressamente eccettuate dalla nullità le donazioni fatte nel punto del divorzio o *exilii causa* e le donazioni a causa di morte. Tali liberalità hanno sussistenza o perchè fatte in un momento in cui il matrimonio si scioglie e viene a cessare il vincolo ostativo: onde si richiede che sieno fatte *sub ipso divortii tempore*, non semplicemente in vista di un eventuale divorzio — *non quae ex cogitatione quandoque futuri divortii fiant* (p. 24.1.12); o perchè relative al momento della morte, in cui il matrimonio si scioglie.

## § 225.

L'applicazione del divieto procede con criteri particolari, che non coincidono con quelli che valgono in genere a determinare l'esistenza o meno di una donazione. S'intende facilmente come la ragione stessa del divieto osti a che la nullità si estenda con rigore logico a tutte le vere e proprie donazioni. Ce lo dice in termini decisi Paolo (*l. 7 ad Sabinum*) nel fr. 24.1.28,2.

et sane non amare nec tamquam inter infestos ius prohibita donationis tractandum est, sed inter coniunctos maximo affectu et solam inopiam timentes.

Non bisogna interpretare il divieto come una norma che disciplina i rapporti di persone fra loro nemiche, ma si deve te-

(1) Il DE MEDIO op. cit. p. 83 nota 1 sospetta che la costituzione di Severo sia stata ritoccata. La cosa non è improbabile.

nere invece presente che si tratta di persone legate dal massimo tra gli affetti, tra le quali le donazioni sono vietate solo per timore che una di esse si riduca all'indigenza.

Di conseguenza, se è vero che « *ius constitutum ad eas donationes pertinet, ex quibus et locupletior mulier, et pauperior maritus in suis rebus fit* » (fr. 24.1, 25); che dunque per l'esistenza di una vera donazione occorre da un canto una diminuzione di patrimonio e dall'altro un arricchimento,—è pur certo che spesso si nega la nullità della donazione, sebbene vi sia arricchimento da un canto e depauperamento dall'altro, come nel caso della *donatio sepulturae causa*. Ulpiano (*l. 32 ad Sabinum*—fr. 24.1.5, 8) dice recisamente che « *concessa est donatio sepulturae causa* ». Ma il motivo addotto da Ulpiano, che manchi l'arricchimento perchè col rendere religioso il luogo non si aumenta il patrimonio e che il risparmio della spesa necessaria per il seppellimento non costituisca locupletazione, nè regge per sè, nè si accorda colle sicure attestazioni delle fonti. Non regge in sè: perchè chi deve fare una spesa e se la vede risparmiata perchè altri l'assume a suo carico, fa certo un lucro, col non diminuire il suo patrimonio. Non risponde alle fonti: perchè in tante altre occasioni è detto recisamente, che « *hoc ipso quod non est pauperior factus, locupletior est* » (fr. 46.3.47, 1). La vera ragione sta in ciò, che qui vengono meno i motivi per cui la donazione tra coniugi fu proibita. Non è davvero per la donazione di un luogo di sepoltura che possono temersi artifici rovinosi. D'altra parte qui ha influito il favore, con cui si facilitava sempre la concessione della sepoltura, tanto più nei rapporti coniugali, tenuto conto che talora il marito è tenuto civilmente a seppellire a sue spese la moglie, e che ad ogni modo è sempre tenuto a ciò moralmente (1).

Ma, naturalmente, se da una parte vi è questa larghezza rispondente alla ragione del divieto, vi è pure un rigore che ha

(1) Di tale questione mi sono occupato altre volte. Cfr. *Azione popolare* n. 136 p. 168 sg.; *res religiosae* p. 77 sg. (*Studi e quist. di dir.* I. p. 264 sg.); *Concetti fondamentali del dir. ered. rom.* II. p. 225. Cfr. WINDSCHEID *Pand.* II.

la stessa rispondenza. Tutte le volte che l'atto, pur non costituendo direttamente una donazione, vi giunga per via indiretta, si applica il divieto.

Ed ancora. Restano esclusi quei doni che non rappresentano una vera liberalità, ma l'adempimento di doveri d'indole sociale. Così di regola non si considerano come donazioni i regali d'uso che il marito faccia alla moglie in certe occasioni solenni, come, p. es., genetliaco e così via.

Pomponius *l. 14 ad Sabinum* — fr. 24.1.31, 8.

Si vir uxori munus immodicum calendis Martiis aut natali die dedisset, donatio est: sed si impensas (1), quas faceret mulier, quo honestius se tueretur, contra est.

Per Pomponio è escluso di regola il carattere di donazione nei doni fatti dal marito alla moglie in certe festività. Ma se il dono è di tale entità da non corrispondere a quel che è l'uso in simili casi per le persone di quella certa condizione sociale, manca il sostrato del dovere sociale e si cade nel concetto di donazione. Onde si applica il divieto. Ma le spese necessarie, rimborsate dal marito alla moglie, non cadono nel concetto di donazione.

La casistica delle fonti riguardo alle donazioni fra coniugi offre larga messe di studii sia sul concetto della donazione, sia su vari altri punti interessanti anche il diritto pubblico. Ma, per l'indole di questo corso, non ci è dato intrattenereci più oltre su tale argomento (2).

§ 365 nota 4 (ed. it. II. 2 p. 10); SAVIGNY *Syst.* IV § 151 g.; ASCOLI *Il concetto della donaz. nel dir. rom.*; PEROZZI *intorno alla donazione* (*Arch. giur.* LVIII); e di nuovo ASCOLI *sul concetto della donazione* (ib. LIX); *Trattato delle donazioni* p. 506 sg. Le osservazioni del DE MEDIO op. cit. p. 52 sg. sono confuse e non giungono a conclusione.

(1) Il MOMMSEN vorrebbe inserire *fecisset* prima di *impensas*: il KRÜGER invece, la preposizione *in*. Non credo che il passo abbia bisogno di mutamenti.

(2) Sopra la particolare questione della proprietà degli oggetti d'oro, vestimenta e così via, acquistati dal marito per la moglie cfr. la mia nota in *Annuario Critico* II, p.

Nell'esame dei rapporti determinati dalle nozze, merita una particolare attenzione il notissimo passo di Pomponio (*l. 5 ad Q. Mucium*) conservatoci nel fr. 24.1.51.

Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. evitandi autem turpis quaestus gratia (1) circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.

Al quale è di complemento la c. 5. 16. 6, 1 (Imp. Alexander Nepotiano, a. 229).

Nec est ignotum quod, cum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse veteres iuris auctores merito crediderunt.

Dall'insieme de' due passi appare quale fosse effettivamente la portata della celeberrima presunzione dell'antico diritto, attribuita da Pomponio a Quinto Mucio Sevola. Tutte le volte che si contende sulla provenienza di certi acquisti fatti dalla donna durante il matrimonio, è più esatto e più rispondente alla dignità della donna il ritenere che ciò di cui non si può mostrare la provenienza sia ad essa pervenuto dal marito o da colui che è nella podestà del marito. La ragione è che altrimenti si deve sospettare che la donna si sia procurato quel vantaggio patrimoniale in guisa turpe. Questo è, malgrado delle vive dispute, che, specialmente nel diritto pratico comune, han tenuto divisi gli scrittori, il pensiero che sta a base della presunzione (2). Che questa presunzione abbia avuto importanza per la esplicazione pratica del divieto delle donazioni fra marito e moglie è evidente. Ma si eccede quando se ne restringe la portata alla facilitazione

(1) Il MOMMSEN (ed maior ad h. l.) propone dubitativamente di leggere: « evitandae autem turpis quaestus quaestionis gratia ».

(2) Cfr. SINTENIS *il dir. civ. com. pratico* III § 135 nota 36-37 p. 76; TENGE *Arch. per la prat. civ.* XLV p. 305 sgg.

della prova a favore del marito, per il caso che si contenda della esistenza della donazione. Poteva infatti la questione sorgere anche nei riguardi degli eredi del marito, quando, per la morte di costui senza esplicita revoca, la nullità della voluta donazione sarebbe ad ogni modo sanata.

Certo questa presunzione sorge nel campo del matrimonio *sine manu*, perchè durante il matrimonio *cum manu* la moglie nulla può acquistare per sè (1). E pure certo è che questa presunzione non essendo legata intimamente alla donazione fra coniugi, può anche aver preceduto il divieto di questa.

La presunzione — lo dicono espressamente i testi — è semplice e non assoluta. Essa si afferma finchè non sia dimostrata la origine dell'acquisto fatto dalla moglie pendente il matrimonio.

Il nostro diritto non pone una tale presunzione come diritto comune. Però da un canto si è d'accordo nel ritenere, che se non potrà essa valere più come presunzione di legge, appunto perchè manca la relativa statuizione, lo possa però come presunzione del giudice; e dall'altro in tema fallimentare e nell'interesse dei creditori la nostra legge ha accolto e disciplinato questa presunzione.

Quando il marito cada in istato di fallimento la moglie ritiene gli immobili dotali col diritto di percepirne i frutti, e così pure quelli che già le appartenevano al tempo della celebrazione del matrimonio o che durante il matrimonio, le sono pervenuti per una causa anteriore, ovvero per successione legittima o testamentaria (art. 780 cod. comm.). Del pari la moglie ritiene gli immobili acquistati durante il matrimonio ma con denari pervenuti nel modo or ora indicato o dall'alienazione dei beni a lei spettanti al tempo del matrimonio, purchè però nel contratto di acquisto sia fatta espressa dichiarazione del reimpiego e la provenienza sia accertata con inventario o con atti di data certa (art. 781). In tutti gli altri casi, e quand' anche il regime patrimoniale sia quello della comunione degli utili, si presume

(1) V. però BRENI op. cit. I p. 168 sg.

che i beni acquistati dalla moglie del fallito appartengano al marito e sieno stati pagati con denaro di lui, salva la prova del contrario (art. 782). Analoghe cautele vi sono per i beni mobili.

Ma la ragione della presunzione nel nostro diritto non ha che vedere con quella allegata da Pomponio. Si tratta di salvaguardare i diritti de' creditori, che facilmente sarebbero esposti alla frode senza questo intervento della legge. E tale concetto prevale anche nelle altre legislazioni moderne. Il nuovo codice germanico, ad esempio, nel suo § 1362, presume che le cose mobili possedute da uno qualunque dei due coniugi, appartengano al marito. I creditori possono procedere a pignoramento sovr' esse. Per contro tale presunzione non vige nei rapporti fra coniugi. Viceversa si presume che siano di proprietà della donna le cose destinate ad uso esclusivo di essa. Ma una tale presunzione vige non solo di fronte a' creditori della moglie, ma anche contro il marito e suoi creditori (1).

§ 227.

Prima che il *SC. Velleianum* vietasse a qualunque donna la intercessione per debiti altrui, Augusto e Claudio avevano escluso l'intercessione della moglie per il marito.

Ulpianus *l. 29 ed edictum* — fr. 16.1.1 pr.

Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent.

La ragione che sta a base del divieto del s.c. è, come è noto e viene ripetuto nelle legislazioni, che presso di noi anche fino a non molto accoglievano lo stesso divieto, che la donna per l'indole sua è bensì restia a incontrare una presente, immediata, sicura diminuzione patrimoniale, ma è facilmente tratta ad assumere una responsabilità eventuale, lontana, nella speranza che

(1) Cfr. le annotazioni al § 1336 nell'edizione francese pubblicata per cura del governo francese, III p. 110 sg.

L'eventualità non sia per avverarsi. Qualunque sia la serietà di questo argomento, che ha per tanti secoli persuaso generalmente scrittori e legislatori, esso non è la base del divieto di Augusto e di Claudio. A mio avviso fu sopra tutto il sospetto dell' influenza che il marito esercita sulla moglie quello che ispirò tali disposizioni. Col s.c. Velleiano queste particolari disposizioni si resero inutili. Ma Giustiniano (nov. 134.8) disciplinò a nuovo tutta la materia dell'intercessione. Anche quei casi, in cui per eccezione la donna poteva rispondere per altri, furono assoggettati a forme rigorose, ma l'intercessione del marito per la moglie rimase sempre proibita in modo assoluto. Regge solo quando si provi che l'atto è fatto nell'esclusivo interesse della donna.

§ 228.

Per concludere questa trattazione degli effetti del matrimonio nei riguardi dei coniugi occorre brevemente accennare alla reciproca successione fra marito e moglie. Nel matrimonio *cum manu* non si può parlare di successione del marito alla moglie, come non si può parlare di successione del padre al figlio. La moglie succede invece al marito *filiae loco*. L'editto pretorio intervenne chiamando alla *bonorum possessio* i coniugi nel capo *unde vir et uxor*, che è l'ultimo dei quattro. E così dura lo stato delle cose, non migliorato da prima nemmeno da Giustiniano, che chiamò il coniuge superstite nella quinta categoria dei successori legittimi ordinari. La vedova povera ed indotata entra nella categoria dei successori straordinari. Essa ha solo una quota di usufrutto. Vi fu una disposizione di Giustiniano, anteriore a quella riguardante la sola vedova, e per essa s'introduceva un diritto ristretto di successione a favore del coniuge povero in generale. Ma appunto questa disposizione fu ristretta a favore della sola vedova.

§ 229.

Con ciò abbiamo completata la esposizione e la trattazione dei rapporti personali tra i coniugi. Dovremmo ora occuparci dei

rapporti derivanti dal matrimonio *sine manu* fra genitori e figli; e così dovremmo intrattenerci intorno ai rapporti patrimoniali fra coniugi derivanti dal matrimonio stesso, rispetto ai quali abbiamo soltanto accennato al generale principio, che li governa, della completa indipendenza tra le singole posizioni patrimoniali dei coniugi. Ma rimandiamo più in là tale trattazione.

Ora preferiamo intrattenerci intorno ai modi di cessazione del matrimonio.

§ 230.

Il nostro diritto vigente non riconosce altro modo di scioglimento del matrimonio che la morte di uno dei coniugi (art. 148 cod. civ.). Il diritto romano invece ne riconosceva parecchi:

1°) Il modo, per così dire, naturale di cessazione del matrimonio era anche in esso la morte di uno dei coniugi. Ciò vale anche per il diritto romano recentissimo, perchè, per quanto nell'epoca imperiale, per la dilagante corruttela dei costumi, si potesse bene affermare, che di fatto nulla vi era di meno stabile come il vincolo matrimoniale, pure il principio della perpetuità teorica, della destinazione *usque ad mortem* di uno dei coniugi del vincolo stesso (1), in esso perdurante, faceva sì che il modo più frequente e normale dello scioglimento del matrimonio fosse la morte di uno dei coniugi.

§ 231.

2°) *Capitis deminutio maxima*, la quale, producendo la perdita della libertà, in chi ne era colpito, faceva sì che venisse meno uno dei requisiti indispensabili per un *matrimonium iustum*. Come l'unione di un libero e di una serva, o viceversa di una libera con un servo, non dà luogo ad un *matrimonium iustum*, così nel caso che tale specie di unione non sia originaria ma successiva, l'effetto è lo stesso.

(1) Si ricordi la funzione e la destinazione della dote, D. 23. 3. 1.

Tutte le forme specifiche della *capitis deminutio maxima* producono lo scioglimento del matrimonio, ma di una, la prigionia di guerra, *captivitas*, bisogna trattare con speciale riguardo.

Si ricordi che il matrimonio, a simiglianza del possesso, era più una *res facti* che una *res juris*, e perciò, una volta interrotto con la prigionia stessa, non poteva ritenersi perdurante nel tempo della prigionia, se anche continuasse a sussistere nei coniugi *l'affectio maritalis*. Questa è certo requisito indispensabile all'esistenza del matrimonio; ma accanto ad essa, che ne era quasi elemento spirituale, doveva trovarsi l'elemento, per così dire, reale della convivenza dei coniugi, la possibilità costante che la moglie si trovasse nella disposizione del marito, così come la cosa deve trovarsi nella libera disposizione del possessore. Perciò in questo caso non era nemmeno applicabile lo *jus postliminii*. Veramente a tale proposito bisogna distinguere a seconda che si tratti di matrimonio *cum manu* o *sine manu*. Nel primo caso, poichè la moglie si trovava in potestà, *in manu viri*, se essa veniva fatta prigioniera, il *postliminium* come rimetteva in vita la *potestas* sui figli ritornati in patria, così faceva rivivere la *manus* sulla moglie, la quale veniva così rimessa nell'antica condizione. Nel secondo caso, invece, cessato con la prigionia della moglie quello stato di fatto che è presupposto del perdurare del matrimonio *sine manu*, questo non poteva ritornare in vita in virtù del *postliminium*, ma era necessario che si ripristinasse nella sua integrità lo stato matrimoniale già tolto di mezzo dalla prigionia; che si costituisse quasi un nuovo matrimonio.

§ 232.

Ciò nel diritto antico e classico. Ma la influenza delle idee cristiane temperò fortemente tale rigore.

Il coniuge rimasto in patria non poteva passare a nuove nozze durante la prigionia dell'altro coniuge a meno che non vi fosse incertezza sulla esistenza del medesimo e fossero passati cinque anni *a tempore captivitatis*. Tali temperamenti sono senza dubbio

propri del diritto giustiniano. Nel Digesto troviamo passi, che sembrano contraddittori, se si prendono nella loro stretta ed assoluta significazione, ma che si spiegano pienamente e si appalesano conciliabili se si guardano dal punto di vista storico. I passi del diritto antico e classico non interpolati ci danno la configurazione precisa di quanto è stato rilevato precedentemente circa l'applicabilità del *postliminium*. Il fr. 49. 15. 12,4 (Tryphonus l. 4 *disputationum*) dice testualmente così: « sed captivi uxor, tametsi maxime velit, et in domo eius sit, non tamen in matrimonio est ». Così anche il fr. 14 § 1 dello stesso titolo: « non ut pater filium, ita uxorem maritus jure postliminii recipit, sed consensu redintegratur matrimonium ». Qui si accenna evidentemente al già ricordato ripristinamento dello stato matrimoniale.

Un passo, invece, certamente interpolato nella sua seconda parte ed accennante ad un temperamento di rigore dell'antico principio, è quello contenuto nel fr. 8 dello stesso titolo (Paulus l. 3 *ad l. Iuliam et Papiam*):

« non ut a patre filius, ita uxor a marito iure postliminii recuperari potest (principio antico), sed tunc, quum et voluerit mulier, et adhuc alii post constitutum tempus nupta non est; quodsi noluerit nulla causa probabili interveniente, poenis discidii tenebitur.

Questa seconda parte è certamente interpolata, come vide già il Cuiacio. Ciò risulta dal fatto che essa parla di un termine fisso, *post constitutum tempus*; il che è conforme alla tendenza dei compilatori, che procedono sempre indicando termini fissi adattabili a tutte le varietà dei casi, a differenza degli scrittori classici ed antichi, che invece prescindono da tale determinazione generalmente stabile e precisa, ma si attengono alla questione specifica. Così nel diritto antico l'epoca della pubertà non era stabilita in modo unico e generale, ma veniva determinata diversamente secondo i casi *inspecto habitu corporis*. Ciò per altro era pienamente rispondente ai poteri di libera estimazione che aveva nell'antico processo romano il giudice eletto dalle parti, a differenza di quelli

dei giudici giustiniani, veri pubblici ufficiali, i quali, in quanto organi precostituiti dello Stato e non eletti dalle parti, non ispiravano quella fiducia, che si riponeva negli antichi giudici, e quindi andavano soggetti all'osservanza di una serie di prescrizioni limitatrici della loro libera estimazione e del loro *arbitrium*, ridotto a proporzioni minime. La determinazione e fissità dei termini era una di quelle prescrizioni limitatrici. Una seconda caratteristica di interpolazione è quella che risulta dal resto del passo, nel quale è stabilito che se la donna si rimarita senza giuste cause, va soggetta alle pene del ripudio. Ciò infatti risponde al regolamento giuridico del ripudio nel diritto giustiniano, che lo ammetteva solo nel caso di sussistenza di giuste cause.

## § 233.

Ma quale è il *tempus constitutum*, di cui parla il passo citato? Esso è di cinque anni *a tempore captivitatis*, come si è già accennato, e come risulta dal fr. 24.2.6 :

« uxores eorum qui in hostium potestate pervenerunt, possunt videri nuptiarum loco retineri eo solo, quod alii temere nubere non possunt. Et generaliter definiendum est, donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licenti, am uxores eorum migrare ad aliud matrimonium, nisi mallent ipsae mulieres causam repudii praestare. Sin autem in incerto est, an vivus apud hostes teneatur, vel morte praeventus tunc, si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias, ita tamen, ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium, et unusquisque suum ius habeat imminutum; eodem iure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando.

La fattura puramente giustiniana in questo passo è evidente per le seguenti ragioni.

Già innanzi tutto, l'architettura stesso di esso, divisa in due parti quasi alternative, separate dal *sin autem*, è prettamente dei compilatori giustiniani, amanti di definizioni generali e procedenti

per distinzioni di casi. Altri indici formali di interpolazioni sono i seguenti.

Il passo dice: in hostium potestate pervenire, mentre invece correttamente dovrebbe dire: *in hostium potestatem pervenire*. L'errore può essere attribuito al copista; ma può più facilmente essere anche attribuito ai compilatori giustiniani, che, greci di origine e raffazzonatori dei testi latini, incorrevano in frequenti errori di reggimenti di casi e di costruzione di periodi. Il passo continua: *et generaliter definiendum*, frase solita dei compilatori e congrua alla loro tendenza alle definizioni generali anzichè all'esame dei casi singoli proprio degli scrittori classici. Il passo aggiunge: vivere in captivitate *constitutum*, quest'ultimo proprio di Giustiniano, mentre i giuristi classici avrebbero detto semplicemente: vivere in captivitate. Altri indici sono il *licentiam habere* due volte ripetuto; il *migrare*, il *mallent* al posto di *vellent*, il *sin autem*, e espressioni prettamente giustiniane: tanto più caratteristica quest'ultima, in quanto usata per la solita costruzione antitetica del discorso; il *dissolutum bona gratia matrimonium*, rispondente all'istituto del divorzio *bona gratia* sorto nel periodo giustiniano; infine gli ablativi assoluti col gerundio contenuti nell'ultima parte del passo, ben noti come prettamente giustiniani.

Tutte queste considerazioni mostrano chiaramente, che il termine dei cinque anni, di cui parla il passo citato, è estraneo al diritto classico, per il quale anche prima del suddetto *constitutum tempus* il marito o la moglie potevano senz'altro passare a nuove nozze.

## § 234.

3.° *Capitis deminutio media o minor*. La *deportatio*, sostituita all'antica *interdictio aqua et igni*, pare che anticamente sciogliesse il vincolo coniugale. Non così per il diritto classico. Si tratta di un punto vivamente controverso, perchè i testi classici conservatici nel Corpus Juris hanno subito largamente lo intervento dei compilatori.

Quel che sembra più probabile è che l'affermazione antica della



dissoluzione per opera della *deportatio* sia stata soppressa o sfornata dai compilatori per accogliere il nuovo concetto di una continuazione del rapporto coniugale, esclusa solo dove si manifesti la contraria volontà del coniuge rimasto libero. Ad ogni modo, poichè normalmente la *cap. deminutio media* produceva la perdita della cittadinanza, si deve ritenere che generalmente producesse anche la cessazione del matrimonio, almeno come *matrimonium iustum*. Se perduravano la convivenza e l' *affectio maritalis*, potevasi avere un'altra specie di unione, un  *matrimonium iniustum, iuris gentium*, ma il precedente matrimonio perdeva la sua qualità di matrimonio secondo il diritto civile.

Se si pensa che chi non è cittadino romano non ha *connubium* e quindi non può contrarre *justae nuptiae*; se si ricorda il principio, già più volte esposto, inerente alla configurazione del matrimonio romano, il quale soltanto allora poteva rimanere in vita in tutta la piena efficacia, quando perdurassero in ogni suo singolo momento tutti i requisiti necessari alla sua valida istituzione, si comprenderà agevolmente, come, sopravvenuta la mancanza del *connubium*, necessario per la istituzione di un *iustum matrimonium*, questo doveva cessare.

Le conseguenze pratiche di tale principio informatore sono varie. Se, ad esempio, contratto un *iustum matrimonium*, sopravveniva un vincolo di parentela o affinità fra i coniugi, prima inesistente, e tale che se fosse esistito avrebbe impedito il sorgere del matrimonio stesso, questo si risolveva. Così, se il padre adottava la moglie del figlio, l'uno e l'altra diventavano suoi figli, si trovavano nella sua medesima potestà e divenivano, nei loro reciproci rispetti, fratello e sorella. Si aveva in tal modo una specie d'incesto sopravveniente, che produceva la risoluzione del matrimonio. Che se invece, il padre, prima di adottare la moglie del figlio, emancipava questo facendolo uscire dalla sua *potestas*, l'adozione successiva non produceva la risoluzione di cui sopra; mancava infatti in tal modo ogni forma di parentela tra i coniugi; mancava la *cognatio*, perchè non mai esistita, mancava l'*agnatio*, perchè resa impossibile con l'*emancipatio* del marito.

4.° Malattia mentale di un coniuge. Questo mezzo di risoluzione del matrimonio è accennato nel fr. 24. 3. 22,7; il quale distingue due ipotesi: quella del ripudio fatto dal coniuge infermo, e dichiara tale ripudio inammissibile; quella del ripudio fatto dal coniuge non infermo, ripudio che ammette, ma con alcune limitazioni, che fra breve esamineremo. La ragione dell'inefficacia del ripudio fatto dal coniuge infermo è semplice ed evidente: ogni ripudio è una dichiarazione di volontà diretta a produrre effetti sanzionati dal diritto; come ogni altra simile dichiarazione, deve essere innanzi tutto libera e seria; e tale, naturalmente, non può dirsi quella di un pazzo. Lo stesso vale per altre simili dichiarazioni, come quelle di una persona in istato di ubbriachezza o *in calore iracundiae*. Quanto a quest'ultimo si ricordi che, secondo le idee prevalse nella dottrina del diritto comune, proprio sull'esempio della nullità proclamata nel nostro testo, inefficaci erano anche le disposizioni del così detto testamento *ab irato*. La giurisprudenza ebbe spesso a porre nel nulla testamenti fatti sotto l'impero dell'ira causata da fatti commessi dagli onorati.

Quando alla seconda ipotesi si è accennato che il ripudio è ammissibile sotto determinate condizioni. Il passo infatti distingue. Se l'alienazione mentale non è permanente, ma interrotta da lucidi intervalli, *si quidem intervallum furor habeat*, o anche non interrotta, ma non tale che possa divenire pericolosa per il coniuge sano e gli altri membri della famiglia, *perpetuus quidem morbus, tamen ferendus his, qui circa eum sunt*, non è necessario sciogliere il matrimonio, perchè altrimenti si verrebbe a frustrare l'obbligo, rispondente ad un alto sentimento di umanità, che ogni coniuge ha di tollerare le malattie dell'altro, e di renderle anzi meno gravi e penose con la propria assistenza. In caso diverso, *sin autem tantus furor est, ita ferox, ita perniciosus, ut sanitatis nulla spes supersit, circa ministros terribilis, et forsitan altera persona vel propter saevitiam furoris, vel quia libe-*

*ros non habet, procreandae sobolis cupidine tenta est*, il ripudio poteva essere fatto al coniuge infermo di mente; per vero in questi casi esso non producevano danno a chicchessia.

Il passo qui esaminato è attribuito a Ulpiano; ma, come già assumeva il CUIACIO, è certamente interpolato. Di ciò si ha un indice sostanziale nel fatto che esso stabilisce un principio contrario a quello vigente nel diritto classico e conforme invece a quello vigente nel diritto giustiniano a proposito del divorzio e del ripudio. Questi per diritto classico potevano compiersi in base alla semplice volontà di divorziare o ripudiare manifestata da ambedue o da un solo coniuge e indipendentemente da ogni giusta causa. Invece il furore che, secondo il passo, renderebbe possibile il ripudio, è soltanto quello ininterrotto e feroce, ossia, tale da renderlo pienamente *giustificabile*.

Ciò per altro è conforme, come si diceva, alle norme giustinee, che limitavano il repudio solo al caso di volontà del coniuge, determinata da giusti motivi. Indici formali di interpolazione sono poi le espressioni consuete ai compilatori giustiniani, come, ad esempio, il *licentiam habere*, ed il *sin autem*.

Concludendo, rispetto al furore del coniuge, come causa di cessazione del matrimonio, si può dire che nel diritto classico non aveva alcuna influenza sulla cessazione stessa, perchè secondo tale diritto era sufficiente a produrre lo scioglimento del matrimonio la semplice dichiarazione di volontà di uno dei coniugi, indipendentemente dalla sussistenza di ogni giusta causa; nel diritto giustiniano invece era il furore causa di cessazione se era ininterrotto e pericoloso.

§ 236.

5) Divorzio e ripudio. — Sono anch' essi nel diritto romano cause importantissime di scioglimento del matrimonio.

Il concetto loro comune è che lo scioglimento si produce, in quanto sonovi manifestazioni di volontà dei coniugi dirette alla cessazione del vincolo matrimoniale. Ma tale concetto non ebbe

sempre la stessa efficacia nei vari periodi dello svolgimento del diritto romano. Perciò l'esame, che qui ci occupa, non può essere fatto che dal punto di vista storico.

È bene però premettere due osservazioni preliminari. L'una è d'indole storica e si riferisce all'influenza minima esercitata dalle dottrine romane relative al divorzio sul diritto intermedio, a differenza delle altre che vi ebbero un'importanza certamente indiscussa, e veramente decisiva. Ciò dipese dal fatto che in questo campo si operò una quasi completa sostituzione dell'impero del diritto canonico, a quello del Corpus iuris, ed essa portò ad una completa, o quasi completa esclusione del divorzio, solo eliminata o attenuata in seguito dalla Riforma. L'altra osservazione è di indole linguistica e si riferisce alla etimologia ed al significato originario delle espressioni *divortium* e *repudium*. Su questo punto regna la massima incertezza. Dallo stato attuale delle fonti risulta che nel diritto classico e giustiniano le due espressioni spesso si adoperavano indifferentemente l'una per l'altra. Ma una differenza tecnica originaria è senza dubbio esistita, come del resto ci affermano le leggi 101,1, e 191 del titolo *de verborum significatione* 50. 16. Nella prima in fatti Modestino (*l. 9, differentiarum*) così si esprime: *divortium* inter virum et uxorem fieri dicitur, *repudium* vero sponsae remitti videtur; quod et in uxoris personam non absurde cadit.

A questa stregua appare che il divorzio produce scioglimento del vincolo matrimoniale già esistente (*inter virum et uxorem*); il repudio invece non presuppone un matrimonio già esistente, ma semplicemente gli *sponsalia*, di cui esso determina la cessazione. Il che è pienamente confermato dal fr. 191 citato, appartenente a Paolo (libro XXXVI *ad Ed.*).

« Inter *divortium* et *repudium* hoc interest, quod repudiari etiam *futurum* matrimonium potest; non recte autem *sponsa* divortisse (divertisse) dicitur, quod *divortium* ex eo dictum est, quod in diversas partes eunt, qui discedunt ».

Il ripudio è anche qui considerato come possibile rispetto ad un *matrimonium futurum*. L'ultima parte del passo accenna alla

etimologia della parola *divortium*, che deriverebbe dal *divertere* dei coniugi, ossia dall' *ire in diversas partes*.

Qui è opportuno notare che dalla etimologia della parola « *divortium* », data da Paolo, parecchi scrittori hanno preso le mosse per determinare il vero significato, la pretesa portata del *divortium* e del *repudium*.

Ed hanno opinato, che solo la moglie potesse fare *divortium* nel senso vero e proprio, mentre il *repudium* non sarebbe stato possibile se non al marito. Gli scrittori ricordati così argomentano: se il *divortium* non fa che sciogliere il vincolo coniugale senza distruggere la famiglia creata in virtù di questo, e della quale il marito rimane sempre il capo supremo, e il centro di tutti i poteri sui figli e sui beni; se il *divertere* in definitiva significa allontanarsi da uno stato di cose sorto dal vincolo matrimoniale, che col divorzio s'infrange, si comprende come solo la moglie potesse divorziare nel vero senso della parola, perchè il marito anche dopo il divorzio continuava a rimanere nella primitiva condizione di *pater familias* con tutti i precedenti poteri e prerogative, mentre la moglie se ne allontanava, *divertit*. Per la stessa ragione il repudio non poteva essere compiuto se non dal marito: infatti solo la sua volontà, dichiarata di fronte all'altro conuge, poteva produrre l'allontanamento di questo dalla famiglia.

Ora in tutti i tentativi di spiegazione delle due espressioni surricordate è certo qualche parte di vero; ma nessuna delle significazioni esposte può accogliersi come assolutamente precisa ed immutabile.

Noi, avendo di mira più specialmente il diritto classico e giustiniano, crediamo si possa sostenere che tanto il *divortium* quanto il *repudium* sono delle dichiarazioni di volontà dei coniugi, tali da produrre lo scioglimento del matrimonio: ma per lo più nel *divortium* tale dichiarazione è bilaterale, nel *repudium* unilaterale. Veniamo ora all'esame storico già accennato.

Guardiamo prima di tutto al divorzio e al repudio nel periodo del matrimonio *cum manu*.

Se si pensa alla speciale configurazione di questo matrimonio, che si presenta come un rapporto, in cui troppo vivo era il ricordo dell'antico ratto o compera della moglie da parte del marito; in cui quella si trovava nella *manus* di questo; in cui ella non aveva che doveri mentre tutti i diritti si accentravano in quest'ultimo, si vedrà facilmente che lo scioglimento del matrimonio non poteva avvenire per semplice volontà della moglie, ma che soltanto la volontà del marito poteva essere decisiva in tale senso. Il vincolo matrimoniale si presentava come un complesso di diritti sulla moglie in favore del marito, il quale poteva ad essi, come ad ogni altro suo diritto, rinunciare. La possibilità della rinuncia al proprio diritto è tale generale principio, che trova applicazione anche in questa materia.

Da ciò non può tuttavia trarsi la conseguenza che il marito potesse senz'altro ripudiare la moglie, allontanandola da sè. Pare infatti che egli non avesse tale facoltà se non entro determinati limiti. Secondo una legge attribuita a Romolo sarebbe permesso il ripudio solo nel caso di *adulterio* della donna, o se ella bevesse vino, o se avesse rubato, falsificato le chiavi della cantina. Da una relazione di Dionigi risulterebbe che il ripudio era lecito nel caso che la donna avesse adoperato o abusato di farmaci, sulla cui determinazione specifica veramente regna grande incertezza, parlando alcuni di veleni, altri di filtri amatori, adoperati dalla donna. Comunque, da queste testimonianze parrebbe risultare che il ripudio era possibile solo in determinati casi e per prestabilite colpe della donna. Anzi vi sarebbe di più, perchè qualche testimonianza non manca, dalla quale risulta che il ripudio ingiustificato o fuori i limiti suddetti, produceva conseguenze dannose, quasi penali per il marito, il quale avrebbe perduto parte dei suoi beni a vantaggio della donna, e parte consacrati a qualche divinità.

## § 238.

Ma non bisogna prestare cieca fede a questa testimonianza. Per vero, quale valore si dovrà attribuire ai limiti suesposti? Avranno avuto essi efficacia giuridica vera e propria? Vi sono molte ragioni per dubitarne. La pretesa *lex* di Romolo, che quei limiti stabiliva, è da considerarsi, a somiglianza delle altre *leges regiae*, più come il complesso dei *mores maiorum*, che come l'espressione di veri precetti giuridici.

Il fatto che a titolo di punizione il marito avrebbe perduto una parte dei suoi beni a favore della moglie e indice sicuro che non si trattava di sanzioni giuridiche. Infatti, quanto a questa ultima ragione, come era possibile che la moglie potesse acquistare ciò che perdeva il marito, se ella stessa in conseguenza del solo ripudio, non diveniva *sui iuris*, ma continuava a restare nella *manus* del marito, e come tale era incapace di acquisiti per conto proprio? Al quale proposito è bene qui fare un'altra osservazione. Si è detto che, se il marito allontanava da sè la moglie, con ciò stesso si scioglieva il matrimonio, ma non veniva meno la *manus*. Per vero la *manus* ed il matrimonio, per quanto internamente connessi, erano, concettualmente e praticamente, distinti; e se il ripudio da parte del marito produceva sempre lo scioglimento del secondo, con ciò stesso non portava seco l'estinzione della prima. Per ottenere questo secondo effetto il marito doveva, nel periodo antichissimo, vendere la moglie; ma poichè questa vendita in seguito non fu permessa se non per giuste cause, essendo altrimenti per un verso punita, per l'altro dichiarata inefficace, si dovette ricorrere ad altri espedienti per ottenere l'estinzione della *manus*. E questi furono la *diffarreatio* per il matrimonio contratto con *confarreatio* e la *remancipatio* nel caso di matrimonio nel quale la *conventio in manum* avesse avuto luogo per via di *coemptio* o di *usus*.

Ma quanto al primo il Marquardt, la cui opinione rimase quasi isolata, osservò che era impossibile una *diffareatio* diretta allo

scioglimento del matrimonio coll'estinzione della *manus*, e ciò per la indissolubilità del matrimonio confarreato. Tale indissolubilità è però attestata solo quanto al matrimonio dei *flamines maiores*, non in generale per tutte le nozze confarreate.

Essendo infatti le nozze confarreate considerate come nozze sacre, ed essendo stabilito che solo quelli che erano uniti in matrimonio confarreato potevano divenire *flamines maiores*, non poteva ammettersi, secondo il Marquardt, lo scioglimento di tali nozze, perchè in tal modo si sarebbero potuti avere dei *flamines* divorziati. Ma tale argomentazione, da tutti rigettata, è evidentemente inammissibile, perchè essa tutt'al più può portare alla conseguenza che i *flaminus maiores* non potevano scegliersi tra coloro che, uniti in matrimonio confarreato, avessero in seguito divorziato, ma non importa la indissolubilità di esso.

Ritornando ora ai limiti accennati intorno alla facoltà del marito di ripudiare la moglie nel periodo del matrimonio *cum manu*; visto che essi non potevano avere carattere giuridico, si deve ritenere che fossero stabiliti dall'opinione pubblica, dalle religioni, dal costume.

Si è detto che dapprima il ripudio era consentito solo al marito. Ma col volger degli anni e col graduale prevalere della volontà dei coniugi come momento costitutivo e risolutivo del vincolo matrimoniale, si ammise, verso gli ultimi tempi della repubblica, che anche la donna *in manu* potesse ripudiare il marito, e che potesse costringerlo a liberarla dalla *manus*.

## § 239.

Quanto ai matrimoni *sinu manu*, si comprende facilmente che essendo essi informati al principio dell'autonomia personale e patrimoniale dei coniugi ed al principio che in tanto essi duravano in quanto persisteva l'*affectio maritalis* e la convivenza dei coniugi, era sufficiente e decisiva per il loro scioglimento la volontà di uno qualsiasi dei coniugi, dichiarata all'altro. E si badi che, quando la dichiarazione di volontà era seria, cioè frutto

di un fermo e deliberato proposito di disunione, anche se il ripudio non dipendeva da giusti motivi, era ritenuta pienamente valida ed efficace.

Una così ampia libertà di divorziare fu causa non ultima dello spaventevole aumento di casi di divorzio nell'epoca imperiale.

In tale periodo il divorziare era una cosa comune, un affare di ogni giorno; e, non ostante sull'istituto del matrimonio romano alitasse sempre l'antico concetto della sua destinazione *in perpetuum*, non ostante che la sua considerazione ideale di continuità fosse ancora in quest'epoca perdurante, può dirsi che nella realtà si trattasse quasi di matrimonio a tempo. E, fatto notevole, accanto ai frequentissimi divorzii, da un lato verificavasi che le donne si rimaritassero con una grande facilità, tanto che esse contavano, si può dire, il numero dei loro mariti da quello dei consoli, e dall'altro prevaleva una ripugnanza preoccupante degli uomini al matrimonio, ed il conseguente dilagare del concubinato.

E, come se ciò non bastasse, il numero degli adulterii cresceva spaventevolmente; circostanza questa, che dimostra quanta esagerazione sia nell'affermazione di parecchi contemporanei sostenitori del divorzio, i quali credono che questo e l'adulterio siano quasi due fenomeni antitetici e reciprocamente escludentisi. Ciò però non toglie che l'ammessibilità del divorzio sia sostenibile per altre ragioni per me decisive.

La leggerezza e la frequenza con cui si procedeva allo scioglimento del matrimonio, l'instabilità di fatto del vincolo coniugale si appalesarono ben presto cause di dissolvimento della famiglia, e fonte di incalcolabili danni sociali. Ciò produsse una tendenza di avversione per i facili divorzi, una tendenza per così dire, reazionaria, perchè ritornò all'antica quasi ignominiosa valutazione che la coscienza pubblica faceva del ripudio, specie se ingiustificato. I primi tempi di Roma non videro di buon occhio il divorzio. Se non si può prestar fede all'attestazione degli antichi che ci presentano come primo divorzio avvenuto in Roma quello di Sp. Carvilio, perchè già Valerio Massimo ci parla di

uno avvenuto precedentemente e perchè già le XII Tavole consideravano e regolavano il ripudio del marito, certo tutte queste informazioni confermano la rarità primitiva dei divorzi. Il ritorno dell'opinione pubblica alla tendenza antica si manifestò in varie maniere. Così nelle *laudationes* contenute nelle epigrafi apposte dai mariti sulla tomba della consorte, nelle quali lodavano come loro principale merito, quello di avere mantenuto lungamente fermo il vincolo coniugale. Si ricordi per tutte la *laudatio Turiae*. Questa tendenza influi anche potentemente sulla legislazione, la quale si arricchì di norme dirette ad infrenare il più possibile la licenza di divorziare, a porre argine all'invadente concubinato e all'adulterio, a dare incitamento alle nozze rese troppo esigue dal celibato, esteso a tutte le classi sociali di Roma imperiale. Le leggi principali dirette a tale scopo furono la *lex Julia de adulteriis* e la legge Julia e Papia Poppea.

§ 240.

Continuando nello esame delle dichiarazioni e dei modi in cui si esplica il divorzio, ricordiamo la amplissima libertà di questo e la cura massima posta dai Romani nel togliere di mezzo qualunque ostacolo si frapponesse allo scioglimento del vincolo coniugale. Vedemmo già, a proposito degli sponsali, il principio generale stabilito dalla legislazione romana: e, cioè, che non si possa in alcun modo influire sulla determinazione delle parti, sia costringendo alla conclusione del matrimonio, sia impedendone la risoluzione per la prospettiva di danni. Nessun principio è più profondamente radicato nella coscienza romana, di questo che sancisce l'immoralità di qualsiasi vincolo rivolto a coartare la libertà delle parti, quando esse intendono rompere il matrimonio già concluso, o non concludere il matrimonio divisato. *Inhonestum est matrimonia vinculo poenae obstringi*. Tanto più disonesta la coazione quando viene complicata con considerazioni d'ordine pecuniario.

La legge romana richiede, nelle dichiarazioni di ripudio, una volontà libera e seria. Se non corressimo il rischio d'essere fra-

intesi, diremmo che questa volontà deve apparire senz'altro anche più libera e anche più seria di ogni altra volontà diretta a costituire modificare od estinguere un rapporto giuridico. Appunto questo carattere di gravità, del quale i Romani circondano la dichiarazione di ripudio, ha fatto dubitare se in qualche tempo non si esigesse che essa fosse rivestita di una forma qualunque. C'è chi sostiene che le forme, da noi già riferite, avessero una portata legale. E questa opinione si fonda sulla asserzione di GAIO (fr. 24. 2. 2,1) che già nelle XII Tavole fosse contenuta la formula « *res tuas tibi habeto* ».

La stessa formula è frequente in PLAUTO, in unione con altre formule meno usate (ad esempio: *meas res mihi redde*, o senz'altro: *i foras*, la quale ultima ingiunzione si legge rivolta anche dalla moglie al marito).

L'opinione generale, che anche noi seguiamo, è che si trattasse di espressioni d'uso meramente sociale, senza alcun carattere giuridico, e che quindi il divorzio od il ripudio avessero efficacia ugualmente, anche quando quelle formule mancassero.

La *lex Julia de adulteriis*, con la quale AUGUSTO si proponeva, fra l'altro, di frenare i divorzii, pare richiedesse una forma nella quale i divorzii ed i ripudii dovessero aver luogo validamente. Però generalmente si ritiene che questa forma non fosse richiesta a pena di invalidità. Il contrario avviso sarebbe in opposizione col principio, più volte affermato nelle fonti, che il matrimonio si scioglie senz'altro non appena vien meno la *affectio maritalis*.

§ 241.

La affermazione della necessità di una formalità si riscontra tuttavia in qualche testo.

fr. 24. 2. 9 — PAULUS *libro secundo de adulteriis*.

Nullum divortium ratum est nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitibus praeter libertum eius qui divortium faciet.

Non v'è divorzio che abbia efficacia giuridica, afferma Paolo,

se non si adibiscono sette cittadini romani, puberi, oltre il liberto di colui che fa la dichiarazione di divorzio.

Si richiedono, dunque, sette testimoni, oltre il liberto, che è la persona per mezzo della quale, di solito, si emette questa dichiarazione (1). Non è però strettamente necessario che il padrone si serva di lui per trasmettere questa dichiarazione, bastando all'uopo una terza persona, che funga da me messaggero (*nuntius*). Si disputa se i testimoni debbano essere presenti anche alla comunicazione che di tale dichiarazione di volontà viene fatta all'altro coniuge; ma poichè le fonti non dicono nulla in proposito, la comune opinione è d'avviso che non vi fosse la necessità giuridica di questa presenza.

Posteriormente venne in uso di fare questa dichiarazione in documento scritto (*libellus repudii*), chè anzi la forma scritta fu poi assolutamente richiesta. Non però si trattava di scrittura *ad solemnitatem*, bensì di scrittura diretta a facilitare la prova (*ad probationem*).

La disposizione della *lex Julia de adulteriis* non ebbe dunque altro scopo se non quello di porre un freno ai divorzii, facilitandone ad un tempo la prova, e togliendo di mezzo le incertezze, che solevano dar causa a gravi dubbi, specialmente sulla legittimità dei figli. Al tempo della Repubblica, la non obbligatorietà delle formule che abbiamo riferito rendeva possibile il repudio tacito. E CICERONE (*De oratore*, I, 40) ricorda appunto il caso di un romano che, avendo la moglie in Roma, aveva sposato una altra donna nella Spagna, di modo che il repudio della prima non risultava se non dal volere manifestato implicitamente col contrarre un secondo matrimonio.

(1) Lo schiavo manomesso, per quanto abbia acquistato la libertà con l'atto di manomissione compiuto dal padrone, resta nella *familia* di questo e funge spesso da *procurator* di costui. In tale qualità egli amministra i beni del padrone, ne sorveglia l'azienda domestica, e lo rappresenta negli affari ordinari della vita. Rimane quindi in uno stato di quasi dipendenza dal domino. Ecco perchè anche in questo atto, tanto importante, della vita familiare il liberto è adibito come organo di manifestazione.

Si riteneva che quest'ultimo equivallesse alla dichiarazione esplicita di sciogliere il primo matrimonio: onde per i fautori di questa opinione non poteva mai darsi bigamia.

Il caso riferito da Cicerone si complicava pel fatto che entrambe le donne avevano partorito, l'una in Roma, e l'altra in Spagna, mentre la prima non era stata accertata della volontà del marito di sciogliere il vincolo matrimoniale. Ne nascevano dubbi intorno alla legittimità dei figli. Questa narrazione di Cicerone, alla quale non possiamo che accennare di volo, conferma ancora una volta l'esistenza degli inconvenienti, a cui esponeva l'assoluta mancanza di prove intorno alla volontà di sciogliere il matrimonio. Ma, ripetiamo, queste prove potevano conseguirsi con qualunque mezzo, e non soltanto con la forma scritta. Poichè è inutile far ricorso ad alcuna formalità, là dove la mancanza di *affectio* è sufficiente a sciogliere il vincolo.

§ 242.

Si richiede che la volontà di sciogliere il matrimonio sia ferma e ben ponderata. Perciò la dichiarazione che le corrisponde deve portare l'impronta della fermezza e della serietà. Concetto, questo, che va sempre più esagerandosi con l'affermarsi della influenza cristiana, sino al punto in cui si dice essere più difficile cosa lo sciogliere che il conchiudere un matrimonio. È interessante, per quel che si riferisce alla serietà del volere, il fr. 24. 2. 3.— PAULUS, *libro 35° ad edictum*.

Divortium non est nisi verum, quod animo perpetuam constitendi dissensionem (1) fit. itaque quid quid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse; ideoque per calorem misso repudio si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur.

Non v'è divorzio se non vero e proprio, e per tale deve intendersi quello che avviene con l'intenzione di promuovere uno

(1) discessionem, scr. *Fornarius*.

scioglimento del matrimonio in perpetuo. E pertanto, tutto ciò che vien fatto o detto nel calore dell'ira non deve considerarsi come giuridicamente efficace prima che il perseverarvi non dimostri che si sia trattato di una intenzione ben ponderata. Quindi non può ritenersi divorziata la moglie che, avendo mandato il ripudio in un istante di esaltazione, dopo breve tempo sia ritornata alla casa coniugale.

Non può, infatti, ritenersi seria quella dichiarazione di volontà che immediatamente dopo è smentita da una prova evidente del perdurare della *affectio maritalis*. In questa ipotesi il vincolo coniugale non soffre alcuna soluzione di continuità. In Plauto è conservato il ricordo di questi diverbi coniugali, che sono come tenui nubi dopo le quali il cielo torna più sereno e più azzurro (1). Il momento, in cui la dichiarazione è emessa, non è unicamente decisivo, quando il momento susseguente sta a provare che non si persevera nella volontà anteriormente manifestata.

Naturalmente bisogna esaminare le circostanze del singolo caso per dedurne o meno la serietà e la fermezza della dichiarazione. Il tempo del ritorno (per stare all'esempio portato dalla l. 3 cit.) non dovrà dunque essere troppo lontano da quello della separazione: ma se trattasi, ad esempio, di famiglie consolari, nelle quali, come dicemmo, non era in uso la continua comunanza di vita fra i coniugi, questo elemento del ritorno non avrà la stessa influenza come motivo di decisione.

§ 243.

fr. 24.2.7 — PAPIANUS, *libro 1° de adulteriis*.

Si paenituit eum, qui libellum tradendum divortii dedit, isque per ignorantiam mutatae voluntatis oblati est, durare matrimonium dicendum, nisi paenitentia cognita is qui accepit ipse vo-

(1) Lo sposo domanda: Ancora sei irata? — No — risponde la donna. E uno schiavo interviene a suggellare la pace con questa constatazione: Dunque la pace è fatta, e tutto è finito! Cfr. Su tutto BRINI, op. cit. III p. 109 sg.

luit matrimonium dissolvere: tunc enim per eum qui accepit solvitur matrimonium.

Se alcuno, dopo aver consegnato ad altri il libello con la dichiarazione di ripudio, perchè questi — a sua volta — lo portasse a destinazione, si penta, e se questo messo, non sapendo di quel mutamento di volontà, ha consegnato il libello, deve ritenersi che il matrimonio perduri ugualmente. A meno che colui al quale era destinato il libello, pur essendo a cognizione di tal pentimento, non abbia voluto esso stesso sciogliere il matrimonio: nella quale ipotesi il matrimonio è sciolto, ma pel fatto del ricevente.

In effetti, la dichiarazione pervenuta all'altro coniuge è mancante dell'*animus* nel momento della consegna; e perciò non può derivarne la rottura del vincolo matrimoniale.

Ma se il coniuge destinatario, non ostante sia a conoscenza di questo difetto dell'*animus*, si determina per sua parte a sciogliere il matrimonio, il divorzio avviene ugualmente, e avviene proprio in questo secondo momento, non nell'istante della consegna del libello fatta dal messo. Lo stabilire in qual punto abbia avuto inizio lo stato di divorzio è interessante soprattutto per decidere della validità o meno delle donazioni avvenute fra le due parti. Poichè le donazioni fra coniugi sono nulle, non potranno considerarsi tali quelle avvenute dopo il divorzio: donde la necessità di indagare se la dichiarazione di divorzio sia valida, e in qual tempo sia avvenuta.

§ 244.

Di fronte a questo, che è il portato del diritto classico, sorge ben presto nel diritto elleno-cristiano e si rafforza nel diritto giustiniano la tendenza del tutto opposta, che mira a punire coloro che senza motivo giusto hanno esercitato il diritto di ripudio, o hanno offerto giusto motivo di ripudio all'altro coniuge. Sebbene in teoria venga tenuto fermo il principio « *inhonestum est matrimonia vinculo poenae obstringi* », sebbene non si osi

contraddire al concetto che il matrimonio è una *res facti*, la quale può distruggersi quando piaccia, pure colui che addiviene al divorzio viene guardato con dispregio e non di rado colpito di alcune decadenze politiche o patrimoniali.

Il diritto giustiniano ha regolato *ex novo* tutta la materia del divorzio. In questo diritto si possono distinguere due grandi categorie, a seconda che il divorzio provenga da dichiarazione unilaterale o bilaterale di volontà.

Si ha il *divortium communi consensu*, quando i coniugi vogliano sciogliere il matrimonio per mutuo accordo. La risoluzione avviene nel modo più sicuro e senza alcuna pena, perchè sembra inumano costringere a vita comune due individui che non hanno affetto reciproco. Nel diritto classico non si parla mai di divorzio per comune accordo: anche quando ciò avviene, la dichiarazione parte sempre da un solo coniuge, e quindi il divorzio ha sempre per base una dichiarazione unilaterale. Il diritto cristiano, preoccupato di colpire il divorzio ad ogni costo, ha dovuto tuttavia tenere in disparte questa figura più spiccata nella quale non si scorgeva pretesto di punire.

L'imperatore GIUSTINIANO, eccedendo e sforzando anche questa nuova innegabile tendenza, non ammise più il divorzio per comune consenso; anzi lo punì, fuorchè nel caso in cui entrambi i coniugi volessero far voto di castità. Ma GIUSTINO II, succeduto immediatamente a Giustiniano, di fronte alla generale riprovazione con cui fu accolta la riforma, ripristinò senz'altro il diritto precedente.

Di ripudio esistono tre forme nella legislazione giustiniana: *repudium ex iusta causa*, *repudium sine causa*, *divortium bona gratia*.

Il *repudium ex iusta causa* importa che l'un coniuge ha diritto di *mittere repudium* quando l'altro ha commesso una colpa riconosciuta come giusto motivo di divorzio.

In questo caso il coniuge che riceve il ripudio, e che quindi è colpevole, viene punito.

Il *repudium sine causa* è quello che avviene senza alcun



motivo giustificato. E qui vengono stabilite delle pene contro il ripudiante.

Il *divortium bona gratia*, che non deve confondersi con il *divortium communi consensu*, sebbene questa confusione sia talvolta anche nelle fonti, è un ripudio motivato da causa non imputabile nè all'uno nè all'altro coniuge (voto di castità, prigionia, impotenza di un coniuge).

I motivi pei quali è giustificato l'invio del libello di ripudio, quindi i casi nei quali si verifica il *repudium ex iusta causa*, sono i seguenti. Rispetto alla moglie: l'aver avuto notizie di congiure ed insidie contro lo Stato, e l'averne fatto mistero al marito, che avrebbe potuto denunciarle all'autorità; l'aver partecipato a delitti; l'aver commesso adulterio (1); l'aver tenuto una condotta scorretta (per esempio l'aver assistito a spettacoli di infimo ordine senza averne ottenuto licenza dal marito). Rispetto al marito: l'aver congiurato contro lo Stato, o l'aver mantenuto il silenzio sopra congiure venute a sua notizia; il tenere pubblicamente nella stessa città, o il tenere in casa propria una concubina; l'aver accusato di adulterio la propria moglie senza provarlo, etc. etc.

§ 245.

Ci resta a dire, ora, delle conseguenze dello scioglimento del matrimonio, tanto se trattasi di scioglimento volontario (divorzio) quanto di scioglimento necessario (morte).

Dei danni patrimoniali che colpiscono il coniuge ripudiato per giusto motivo ci occuperemo di proposito nel seguito di questa trattazione.

Sopra le altre interessanti sono le conseguenze riguardanti le seconde nozze e la filiazione.

Il diritto romano antico e quello classico non ponevano alcun ostacolo alla celebrazione delle seconde nozze, chè anzi la *lex*

(1) L'adultera veniva chiusa in un chiostro.

Julia colpiva di alcuni svantaggi i vedovi che non fossero immediatamente passati a seconde nozze, e le vedove che non si fossero rimaritate entro due anni.

La legislazione del IV e del V secolo, sotto l'influenza delle idee cristiane, che ponevano l'ideale della pudicizia e delle nozze uniche, seguì un indirizzo del tutto diverso. Furono perciò riprovate e colpite con pene varie le seconde nozze, e fu anche pronunciata la nullità del matrimonio celebrato per la quinta volta.

Ma in ogni tempo, nel circondare di apposite cautele il passaggio a seconde nozze, si ebbe principalmente in mira di evitare le incertezze sulla paternità della prole (*turbatio sanguinis*). A questo scopo, fin dalle epoche più antiche, era vietato alla donna di celebrare un nuovo matrimonio prima che fossero trascorsi dieci mesi dalla morte del marito. In apparenza questo divieto si fondava sulla idea religiosa del lutto da osservarsi per un anno (*tempus lugendi*): e l'anno antico constava di dieci mesi. In realtà questo concetto religioso non era che un modo, anzi l'unico modo, di manifestarsi del corrispondente concetto sociale che tendeva ad evitare la *turbatio sanguinis*. Tanto è vero ciò, che se la donna avesse partorito prima del termine fissato, avrebbe potuto senz'altro rimaritarsi. Il *tempus lugendi* fu portato in seguito ad un anno dal diritto cristiano. Le fonti dicono che questo termine deve rispettarsi anche quando il marito non deve essere pianto (per esempio, quando egli sia colpito da pena capitale o infamante) e, pel diritto cristiano, viene esteso anche al caso di divorzio. Tutte prove, queste, che il vero fondamento del divieto risiede nella tendenza ad eliminare il pericolo della *turbatio sanguinis*.

§ 246.

Per evitare la supposizione di parto, il *Senatusconsultum Plancianum* impose alla donna divorziata di denunciare al marito lo stato di gravidanza entro trenta giorni da che se ne erano manifestati i sintomi. Il marito veniva a trovarsi nell'alternativa di

non riconoscere il figlio, facendo apposita dichiarazione davanti a testimoni o di sorvegliare la moglie, facendo nominare dall'autorità un *curator ventris* o custodendolo egli stesso. Se egli non ha fatto nè l'una cosa nè l'altra, è tenuto all'alimentazione del figlio; con ciò non si ha ancora un vero e proprio riconoscimento, che faccia senz'altro considerare il figlio come legittimo. Ove il marito non avesse nè disconosciuto la prole futura, nè domandato provvedimenti, si veniva soltanto a stabilire con un *praeiudicium* intorno alla alimentazione del figlio.

Il diritto cristiano, come notavamo, non vietò le seconde nozze, ma le ostacolò gravemente.

Però anche qui non trattasi tanto di penalità rivolte ad ostacolare direttamente il matrimonio, quanto piuttosto di cautele disposte per tutelare gli interessi dei figli di primo letto. Il genitore binubo non ha diritto di disporre dei beni derivantigli dal primo coniuge: su questi beni gli spetta il solo usufrutto, mentre la proprietà spetta ai figli del primo letto. Il binubo non può, del suo patrimonio, donare al nuovo coniuge, per atto tra vivi o a causa di morte, una parte maggiore di quella che lascia al figlio meno favorito di primo letto.

Se la donna passava, prima del termine fissato, a seconde nozze, essa prima doveva fare sacrificii espiatori. Poi fu colpita d'infamia. Nel diritto dell'impero cristiano essa perdeva quanto aveva ricevuto dal marito per nozze o per lasciti e quanto a causa di morte le era lasciato da altri. Per successione legittima poteva tenere solo quanto gli spettava da' parenti di terzo grado. Il nuovo marito non poteva ricevere da lei oltre un terzo de' suoi beni sia per dote, sia per testamento.

#### Concubinato.

##### § 247.

Il concetto del matrimonio romano, quale noi lo abbiamo delineato, fa sorgere la questione: se il matrimonio romano importa

questo stato di convivenza continuata e animata dalla *maritalis affectio* fra due individui di sesso diverso, che dovrà dirsi di quei casi nei quali lo stato di convivenza è scompagnato da quella *affectio*? Quale condizione di fatto e di diritto si attribuirà a tale unione?

Incominciamo col fissare la terminologia.

Questa unione di fatto, nella quale manca completamente la intenzione maritale, prende il nome di concubinato. La donna non è moglie, ma *concubina*. Del concubinato si ha traccia non soltanto nelle fonti del periodo imperiale: esso risale a tempi di molto anteriori. È di già usato in PLAUTO (1), non solo, ma se ne fa menzione in fonti giuridiche anche più antiche, perchè sebbene non si possano considerare come vere le così dette *leges regiae*, tuttavia la tradizione di esse risale a tempi molto remoti, e la tradizione ricorda appunto la circostanza che in quelle leggi erano disposizioni riguardanti il concubinato. Il termine usato nelle relazioni riferentisi alla *leges regiae* è *paelex*: ivi è detto che la *paelex*-concubina non può toccare l'ara di Giunone.

Festo (2) così scrive in proposito:

Antiqui proprie eam paelicem nominabant quae uxorem habenti nubebat. Cui generi mulierum etiam poena constituta est a Numa Pompilio hac lege: « Paelex aram Junonis ne tangito etc. »

Dell'antico significato di donna che si congiunge ad uomo già ammogliato è cenno anche nella relazione che ce ne dà Paolo. fr. 50. 16. 144. — PAULUS libro 10° ad legem Juliam et Papianam.

Libro Memorialium Massurius scribit « pellicem » apud antiquos eam habitam, quae, cum uxor non esset, cum aliquo tamen vivebat: quam nunc vero nomine amicam, paulo honestiore concubinam appellari. Granius Flaccus in libro de iure Papiriano scribit pellicem nunc volgo vocari, quae cum eo, cui uxor sit, corpus misceat: quosdam eam, quae uxoris loco sine nuptiis in domo sit, quam *παλλακήν* Graeci vocant.

(1) COSTA, Bullett. dell'Ist. di D. R. XI (1900) p. 233.

(2) Cfr. RICCOBONO BAV. FERR. *Fontes* I p. 14.

Massurio Sabino (nella sua opera intitolata *Memorialia*) scrive che presso gli antichi era ritenuta *pellex* quella donna che non essendogli moglie conviveva, con un uomo.

Oggi, dice Paolo, una donna simile viene chiamata propriamente *amica*; o, con nome meno decoroso, *concupina*. Granio Flacco, nella sua opera intorno allo *ius Papirianum*, scrive che ai suoi tempi veniva volgarmente chiamata *pellex* quella donna che aveva commercio carnale con un uomo ammogliato, e che altri usano tale vocabolo per designare una donna che vive in casa dell'uomo come una moglie, pur non essendo sposata. Una tale donna è detta *παλλακήν* dai Greci.

Questo frammento di PAOLO fu estratto dall'opera in cui lo stesso giureconsulto commentava le disposizioni della *lex Iulia et Papia*. Certamente questa legge conteneva alcune disposizioni concernenti il concubinato; pare anzi che da essa abbia avuto principio il trattamento che ha finito con lo scieverare dagli altri stati affini questa condizione di fatto.

Come rilevasi dal frammento riportato, il significato della espressione *concupina* talora si accosta al comune significato moderno di questa parola, talora accenna ad un rapporto riprovato dalla pubblica opinione, come nel caso di rapporti sessuali fra la donna ed un uomo ammogliato.

§ 248.

Sebbene il concubinato assurga al grado di vera istituzione giuridica soltanto sotto gli imperatori cristiani, pure non viene considerato con disfavore neppure nel mondo pagano. La società pagana e quella cristiana tollerano queste unioni affini al matrimonio purchè esse non vengano duplicate o moltiplicate a modo da infrangere il principio della monogamia.

Ma mentre il mondo pagano non vedeva una infrazione di quel principio nel fatto che si tenesse, con la moglie, anche una concubina, le idealità cristiane degli ultimi imperatori, tendenti ad elevare e riassumere il concubinato nel matrimonio, fecero sì che

la convivenza dell'uomo ammogliato con una concubina fosse considerata come adulterio.

Gli scrittori moderni sogliono limitarsi a mettere in rilievo il concetto semplice e negativo del concubinato: la convivenza, cioè, di due individui di sesso diverso senza  *affectio maritalis*. Bisogna però soggiungere che non con qualunque donna è lecito entrare in rapporto di concubinato. La donna di condizione sociale elevata, la vera *matrona* romana, non può trovarsi in rapporto di tale specie. O si è uniti con essa in matrimonio legittimo, o si commette *stuprum* su di essa, perchè la legge penale colpisce l'uomo che s'accoppia ad una donna di elevata condizione sociale senza  *affectio maritalis*. Soltanto il diritto ultimo offre un mezzo per evitare la sanzione della legge penale: questo mezzo consiste in una dichiarazione esplicita, fatta dalla donna, di voler vivere in concubinato. Così, da un canto, non si cade nella punizione dello *stuprum*, dall'altro la condizione onorata della donna, la sua *existimatio*, viene pubblicamente diminuita. Bisogna dunque tener ben presente che il solo rapporto di un uomo con donna di condizione inferiore è quello che rende giuridicamente possibile il concubinato. Sono stati, anzi, questi rapporti di convivenza tra uomini liberi e donne di condizione sociale inferiore, quelli che col tempo hanno fatto acquistare una configurazione giuridica al concubinato.

Poichè la pubblica opinione giudicava sconvenienti questi matrimoni (1) e poichè in altri casi la legge stessa impediva di stringere un matrimonio giusto (2), avveniva che si preferisse

(1) Tali erano considerati i matrimoni tra il patrono e la liberta, tra l'ingenuo e la libertina, fin che non fu ammesso il *connubium* tra loro, tra uomini di classe senatoria e donne *scaenicae*.

(2) Così, per mancanza di *connubium* non può il preside provinciale unirsi in matrimonio con una donna della provincia che egli amministra, non possono i soldati per molto tempo durante l'Impero — secondo la comune opinione — contrarre giuste nozze. Tanto quello quanto questi, prendono invece delle concubine. Le fonti usano spesso il termine *focariae* per indicare le compagne dei soldati. Il MOMMSEN ritiene che con questa espressione si indichino le concubine. Invece, secondo il MEYER (*Der römische Konkubinat*, 1895), qui si

tenere come concubina colei che la società o la legge non avrebbero tollerato come moglie.

§ 249.

Fino ai primi tempi dell'Impero, il rapporto di concubinato non ebbe configurazione se non socialmente. Ancora in GAIO non si fa cenno alcuno dello stato di concubinato. I figli nati da queste unioni erano considerati come *spurii*, *vulgo quaesiti*, e come tali seguivano la condizione della madre. Tuttavia qualche volta si accenna al *pater naturalis* di una figlia nata da concubinato: ma questo avviene soltanto per porre in rilievo che il matrimonio tra costoro ripugna alla coscienza morale, non già perchè esista un impedimento legale a cotesta unione. Non v'è obbligo di alimenti, non rapporto di successione fra il padre e i figli nati in concubinato.

La *lex Papia Poppaea* cominciò a considerare il concubinato nel senso che esso bastasse ad impedire le pene dello *stuprum*.

Nel diritto ultimo il punto culminante di questa evoluzione è una costituzione degli Imperatori VALENTINIANO e TEODOSIO (Cod. Th. 4.6.7), che dà una denominazione tecnica ai figli nati dall'unione con una concubina, come già da prima la *lex Julia* aveva dato nome e configurazione giuridica al concetto del concubinato. In questa costituzione i figli procreati in concubinato vengono detti *liberi naturales*, non già nel senso moderno e comune della parola, ma nel senso di figli nati dal rapporto fra due persone fra le quali non esiste *affectio maritalis*. L'espressione fu anche interpolata talvolta nelle fonti classiche.

Il diritto cristiano, pur guardando con disfavore ogni sorta di relazione extramatrimoniale, e la prole stessa nata da tali relazioni, diede sanzione giuridica all'istituto del concubinato. Dob-

---

tratterebbe di donne di condizione assai inferiore, le quali facevano commercio di sè negli accampamenti. Se dovesse ammettersi quest'ultima condizione, non s'intenderebbe come la *focaria* potesse essere validamente istituita erede. Questo è stato giustamente osservato dal LEONHARD e da altri scrittori.

biamo però riconoscere che l'errore di trattare sfavorevolmente creature disgraziate, dal quale non è esente neppure la società moderna, ha radici più profonde e più antiche nella coscienza degli uomini. Esso risale anche alla dottrina stoica, dalla quale è passato in quella cristiana. Ma nel cristianesimo, parallela e intersecantesi spesso con questa corrente ostile, se ne manifesta un'altra, che tende a porre riparo a questo stato di fatto creato dal disfavore, ed a provvedere alla sorte dei figli naturali. Sorge così l'istituto della legittimazione *per subsequens matrimonium*, pel quale è reso possibile che i figli nati da concubinato diventino legittimi e tali sieno considerati fin dal momento della nascita.

Istituto, questo della legittimazione per susseguente matrimonio, che a traverso il medio evo è pervenuto fino a noi. Bisogna però tener presente che sebbene il diritto cristiano manifesti la tendenza a permettere che venga cancellata questa supposta macchia, pure il favore viene concesso ai figli naturali soltanto in quanto hanno un padre. Il rapporto di concubinato, in cui è stato il padre, è quello che dà origine alla legittimazione, che fonda il diritto agli alimenti verso il padre, ed il diritto a succedergli limitato ad un sesto dell'asse ereditario quando il padre non lascia figli legittimi. Gli *spurii*, quelli cioè che sono nati da relazioni libere e passeggerie, non hanno ugual trattamento favorevole.

§ 250.

Il MEYER sostiene che non basti accennare al suo carattere negativo per determinare la essenza vera del concubinato; egli vuole che inoltre debba tenersi in considerazione il suo carattere monogamico e la sua denominazione legale. Prima che intervenga una legge, la quale gli dia il nome e ne fissi il carattere monogamico, non si potrebbe parlare di concubinato.

Così sarebbe avvenuto in seguito alla *lex Julia*. Altri scrittori, per contro, sostengono che in Roma il matrimonio soltanto e non anche il concubinato fosse monogamico: che, quindi, fosse possibile avere più concubine contemporaneamente. Noi siamo di

avviso che il concubinato, come il matrimonio romano, fosse monogamico; non siamo però alieni dallo ammettere che in tempi arcaici si sia potuta avere una pluralità di concubine, sia pure insieme al rapporto matrimoniale (*pellices*).

Qualche altro autore (il BONFANTE, per esempio) tende a farlo apparire come una forma di matrimonio inferiore, a un dipresso come il matrimonio morganatico del diritto germanico. Ma, a parte il riflesso che i due istituti hanno origini affatto separate e sviluppo indipendente, e che fino alla *lex Iulia de adulteriis*, come già abbiamo visto, non si può parlare di una precisa configurazione giuridica del concubinato, bisogna tener presente il fatto che quel carattere è espressamente escluso dalle fonti anche per il periodo susseguente alla *lex Iulia*.

§ 251.

Interessa ora completare la dimostrazione della precedente esposizione, leggendo alcuni testi relativi al concubinato.

fr. 24. 1. 3,1 — ULPIANUS, *libro 32° ad Sabinum*.

Sed fas non est eas donationes ratas esse, ne melior sit condicio eorum, qui deliquerunt. divus tamen Severus in liberta Pontii Paulini Senatoris contra statuit, quia non erat affectione uxoris habita, sed magis concubinae.

Non è giusto, dice il giureconsulto, che siano ritenute giuricamente valide le donazioni fra l'uomo e la concubina, mentre sono vietate quelle fra marito e moglie; così si crea una condizione di cose migliore a quelli che hanno agito male. Eppure bisogna chinare la testa di fronte al diritto positivo, poichè il defunto imperatore Severo stabilì la norma che il giureconsulto disapprova, a proposito di una liberta del Senatore Ponzio Paulino. Questa infatti non era legata a costui dall' *affectio uxoris*, ma dall' *affectio concubinae*.

Il passo di Ulpiano conferma quanto abbiamo detto intorno all' *affectio*, all'intenzione di tenere la donna come moglie: lo stato di fatto è identico nel concubinato e nel matrimonio, ma l' *affec-*

*tio maritalis* od  *uxoris* è caratteristica solo di quest'ultimo. Questa  *affectio* deve ritenersi mancante nel caso ricordato dal giureconsulto, soprattutto perchè trattasi di unione fra un Senatore e una liberta, quindi di un matrimonio sconveniente. Ma in ogni singolo caso possono variare gli elementi di prova di questa deficienza di  *affectio*: l'uomo che non fa conoscere la propria donna nella società che egli frequenta, che mostra di non considerare i figli come propri, che è moralmente indifferente ai doveri maritali, offre altrettante prove di non esser legato come di fronte ad una moglie.

fr. 25. 7. 4 — PAULUS, *libro 19° responsorum*.

Concubinam ex sola animi destinatione aestimari oportet.

Conferma Paolo il criterio già visto, che cioè lo stato d'animo serve a differenziare il matrimonio dal concubinato.

PAULI *sententiae*, II, 20. 1. Eo tempore, quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest.

Conferma questo passo, per l'epoca dei Severi, l'asserzione del MEYER intorno al carattere monogamico del concubinato.

fr. 32.49,4 — ULPIANUS *libro 32° ad Sabinum*:

Parvi autem refert uxori an concubinae quis leget, quae eius causa empta parata sunt: sane enim nisi dignitate nihil interest.

Il legato di cose, che sono state comprate o apprestate per l'uso di una donna, è perfettamente identico, tanto se vien fatto alla moglie, quanto se vien fatto alla concubina: tra questi due rapporti non v'è diversità di sorta se non per ciò che tocca la dignità della donna.

Si noti, a questo riguardo, che la donna di condizione sociale elevata ed onorata perde la qualità di matrona (o meglio, non può acquistarla) quando si unisce in concubinato; invece non soffre alcuna menomazione la onorabilità di una liberta, che viva in unione di fatto con persona di alto rango sociale. Uno degli elementi per sceverare il matrimonio dal concubinato, data la grande difficoltà di mettere in chiaro l'esistenza della  *maritalis affectio*, è appunto il confronto fra le condizioni sociali degli individui che si uniscono. La presunzione è per il matrimonio

quando la donna si trova nella stessa condizione onorevole, in cui è l'uomo.

A prescindere da questa circostanza, la donna degna di essere moglie si distingue dalla concubina anche per il trattamento che le usa l'uomo. Questo trattamento deve esser tale, quale si suol fare generalmente in Roma alla propria moglie, a cominciare dalle cerimonie nuziali con l'ingresso formale nella casa del marito, venendo poi alla presentazione in società e a tutte quelle forme esteriori che costituiscono l'*honor matrimonii*. Anche la costituzione della dote rivela inoltre la celebrazione del matrimonio.

Insomma, come il *tractatus*, il trattamento, del figlio di fronte alla società, forma prova di figliolanza e di legittimità, così il trattamento della donna fa sì che il concubinato difficilmente possa confondersi col rapporto coniugale.

§ 252.

fr. 25.7.3 pr. — MARCIANUS, libro 12° *institutionum*:

In concubinatu potest esse et aliena liberta et ingenua et maxime ea quae obscuro loco nata est vel quaestum corpore fecit. Alioquin si honestae vitae et ingenuam mulierem in concubinatum habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur. sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere.

Può essere in rapporto di concubinato tanto una liberta altrui, quanto una donna ingenua, ma soprattutto colei che è nata di bassa condizione o ha fatto commercio del proprio corpo. Ma, d'altro canto, se alcuno vuol tenere come concubina una donna ingenua e di specchiati costumi, ciò non gli è lecito se non a patto che egli lo attesti pubblicamente. Se non fa ciò deve assolutamente ritenersi che egli la abbia in moglie, e se inoltre si ricusa, egli commette stupro.

Il diritto classico, come abbiamo visto, poneva il principio che una donna onesta e di buona condizione sociale non poteva tro-

varsi in rapporto di concubinato. Questo frammento dice invece, che costei può ben essere concubina purchè ciò venga confessato pubblicamente. Altrimenti non si esce dal dilemma già fissato nel diritto classico: o si commette stupro, o si è in rapporto coniugale.

Ma alcuni indici formali (l'uso del *malle* in luogo di *velle*, lo ablativo assoluto, il verbo *conceditur*) mostrano chiaramente che il frammento è stato largamente interpolato. La pubblica confessione di tenere per concubina una donna ingenua e di onesti natali non è che una creazione di GIUSTINIANO. Come la nostra legge (art. 1831 ult. capov. cod. civ.), per frenare l'usura, esige l'atto scritto quando vengano pattuiti interessi superiori al tasso legale, in altri termini vuole che l'usuraio si proclami tale manifestamente innanzi alla pubblica opinione, così GIUSTINIANO pensa di frenare il concubinato nelle alte classi sociali esponendo al pubblico biasimo gli individui che vivono in tale rapporto.

Si rivela anche in questa disposizione una di quelle correnti sfavorevoli al concubinato, le quali sono dovute alle nuove idealità cristiane; ed anche a questo proposito si manifesta il contrasto, al quale abbiamo accennato, fra il favore da un canto, ed il disfavore dall'altro. Quest'ultimo finì col prevalere nel diritto intermedio, quando la Chiesa, avendo acquistato prevalenza in tutti i rapporti sociali — compresi quelli di famiglia — dichiarò illecito in via di principio il concubinato, e lo equiparò soltanto per i potenti ad un matrimonio di ordine inferiore (m. morganatico).

fr. 25.7.3, 1 — MARCIANUS libro 12° *institutionum*.

Nec adulterium per concubinatum ab ipso committitur. nam quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est, ut et Marcellus libro septimo digestorum scripsit.

Non si commette adulterio da chi ha una concubina, e quindi costui non è soggetto alle pene stabilite per l'adulterio dalla *lex Julia*. Infatti il concubinato, avendo avuto il suo nome giuridico da questa stessa legge, è estraneo alle pene che essa ha fissato. Così scrisse anche Marcello nel settimo libro dei suoi Digesti.

Questo frammento è addotto dal MEYER, a conferma della sua

opinione che non sia bastato lo stato di fatto a costituire il concubinato, ma sia occorso inoltre l'intervento della legge.

La dote.

§ 253.

Il marito, come capo della famiglia, è tenuto a sopportare i pesi del matrimonio. Ma poichè la donna diventa sua compagna e si associa a lui nel fondare la nuova famiglia, così anche per lei esiste il dovere di contribuire alle spese che vanno necessariamente unite al nuovo stato di cose. Ecco la funzione della dote, funzione comune al sistema romano e a tutti gli altri sistemi giuridici antichi e attuali che la ammettono. La dote è un « complesso di beni », un patrimonio, che la donna, o altri per essa, apporta al marito perchè questi se ne serva a sostenere le spese della nuova famiglia.

A partire dal matrimonio *cum manu*, continuando, anche nel diritto classico, col matrimonio libero (in cui ancora si manifesta la prevalenza del marito nella famiglia), a finire nel diritto giustiniano, che fissa l'eguaglianza dei coniugi, sempre si può dire che la donna interviene ad alleviare gli oneri, che sul marito cadono, facendo questo apporto patrimoniale.

Nei tempi più antichi, quando col matrimonio era congiunto l'assoggettamento della donna alla *manus* del marito, questo concetto della partecipazione della moglie agli oneri famigliari si attuava mediante il passaggio dei beni di costei nel patrimonio del marito. Infatti i beni ricadevano con la donna (la quale diventava *loco filiae*) sotto la potestà generale del *pater familias*, e rimanevano in perpetuo nel patrimonio di questo, confondendosi completamente.

Ciò deve ammettersi, però, nel solo caso in cui la donna fosse *sui iuris*: nella quale ipotesi essa perdeva la propria capacità patrimoniale, ed il marito le succedeva a titolo universale. Così che pel matrimonio *cum manu* di una donna *sui iuris* è econo-

micamente vero che questa contribuisce « ad sustiunda onera », ma giuridicamente non appare che i beni di lei siano destinati a tale scopo. L'attribuzione di un complesso di beni con lo scopo di servire a sostenere i pesi del matrimonio appare, invece, anche giuridicamente quando si tratta di donna *alieni iuris*. Qui il *pater familias*, al quale è soggetta la donna prima di passare a matrimonio, dà la propria figlia in moglie ed in *manu* al genero e contemporaneamente gli fa l'attribuzione dotale. Così che, in questo caso, la destinazione dei beni si rileva anche nella forma giuridica, e non solo economicamente, come nel caso della donna *sui iuris*. Lo stesso avviene quando un terzo dia i mezzi patrimoniali.

Nell'uno e nell'altro caso i beni acquistati al marito restano nel patrimonio di lui e non differiscono da qualunque altra sorta di beni vi fosse per lo innanzi o possa aggiungervi in seguito. Obbietta qualche scrittore, che se si trattasse realmente di costituzione di dote sorta con la *manus*, la dote stessa dovrebbe durare quanto la *manus*, e quindi, cessando questa, dovrebbe pur sorgere l'obbligo di restituzione da parte del marito: ora, questo non si avvera nè nel matrimonio *cum manu* di una donna *alieni iuris*, nè nella costituzione di dote fatta dal *pater familias* alla propria figlia, o, in genere, da un terzo alla donna che passa a marito. Ma così si dimentica che la nuova figura si è modellata sulla *conventio in manum*, in forza della quale è sorta. E poichè appunto era perpetuo il passaggio della *manus*, così dovette essere perpetuo il passaggio dei beni nella potestà del marito.

§ 254.

Il conferimento di beni da parte della donna è un uso che si rintraccia presso tutti i popoli, poichè il naturale buon senso insegna che la costituzione di una nuova famiglia importa nuovi oneri, e che a questi oneri difficilmente potrebbe provvedere il solo maschio.

La partecipazione della donna alla costituzione della famiglia importa dunque una sua partecipazione anche alle nuove spese. Si noti inoltre che l'apporto dotale costituiva per i Romani quasi un debito fondato sulla dignità della donna. Il caso in cui essa non costituisce dote è così raro che se ne può fare astrazione: un *pater familias* romano che mandi a nozze la figlia senza darle una dote, è considerato con disfavore dalla opinione pubblica. Nè deve trascurarsi un altro motivo, al quale accennano le fonti giuridiche e gli scrittori quando risalgono alle origini del nostro istituto: la donna esce dalla propria famiglia e non partecipa più per niente ai beni della famiglia stessa; in tale condizione di cose la dote rappresenta un compenso, che le viene attribuito per la perdita che essa fa della successione ereditaria e in genere della partecipazione al suo gruppo familiare.

Il concetto della dote, come contributo apportato allo scopo di sostenere gli oneri matrimoniali, è la base storica dell'istituto, non solo, ma è anche il fondamento di tutta la costruzione sistemica in proposito. Importantissime applicazioni discendono dal concetto della destinazione della dote.

In un recente studio sulla natura della dote, il GRADENWITZ (1) ha radunato i vari passi, in cui si fa menzione di questa corrispondenza della *dos* cogli *oneri matrimonii*. A suo avviso è con Papiniano che s'incomincia a porre una tale relazione (fr. 49. 17.16 pr.).

Alla penna di Papiniano, si dovrebbe il rescritto, menzionato da Ulpiano (fr. 23.4.11), in cui Severo interpreta colla indicata corrispondenza fra dote ed oneri matrimoniali un patto riguardante la restituzione della dote.

#### § 255.

Ma fra i vari passi, alcuni meritano speciale esame, per la relazione più diretta che essi hanno coll'esplicazione pratica del principio in questione.

(1) Mélanges Gérarardin (1907) p. 283 sg.

fr. 23.3.76 — TRYPHONINUS, *libro 9° disputationum*.

Si *pater mulieris mortis suae causa dotem promiserit*, valet *promissio*: nam et si in tempus, quo ipse moreretur, promississet, obligaretur. sed si convaluerit, cur ei non remittatur obligatio per *condictionem*, atque si stipulanti quivis alius promississet aut dotem alicuius nomine? nam ut corporis vel pecuniae translatae, ita obligationis constitutae mortis causa *condictio* est. non idem dicendum est in persona mulieris, si mulier mortis suae causa dotem promiserit, quia, nisi matrimonii oneribus serviat, dos nulla est.

Il padre d'una donna ha promesso *mortis causa* la costituzione della dote. Questa promessa è valida: proprio come sarebbe valida l'obbligazione se egli avesse promesso la costituzione di dote per il tempo della sua morte. Ma se egli guarisce, per qual ragione non gli si dovrà concedere la *condictio* per liberarsi dall'obbligo come si concede nella ipotesi in cui un altro qualunque abbia in genere promesso qualche cosa a chi lo interrogava per stipulazione o anche la dote? Poichè come si dà la *condictio* a chi ha trasferito la proprietà di un oggetto o di una somma, così la si dà in base ad un obbligo contratto *mortis causa*.

Lo stesso non può dirsi del caso in cui una donna abbia promesso per se stessa la dote a causa della sua morte, perchè la dote non può sussistere se non serve a sostenere gli oneri del matrimonio.

La *donatio mortis causa*, della quale è qui parola, è un atto di liberalità condizionato da ciò che il donante muoia in un certo avvenimento o pericolo, ma sempre prima del donatario (1). Ora, questo atto di liberalità non muta natura per ciò che con esso si sia promessa una costituzione di dote. Come quando si è trasferita la proprietà di una *species* in base ad una *donatio mortis*

(1) Questa figura di donazione, ammessa nel diritto romano e nel diritto comune, non è stata accolta nel nostro. Essa cade sotto il divieto generale dei patti successori, che pure erano ancora validi sotto il Codice Napoleone e sotto quello delle Due Sicilie, ove inseriti nel contratto matrimoniale; e lo sono tuttora pel Cod. tedesco, e senza limitazione.



*causa*, si può benissimo ripetere tale *species* con una *condictio*, se si è sfuggiti al pericolo di morte, così quando, invece di trasferire la proprietà, si è assunto un obbligo, questo obbligo può esser posto nel nulla con una *condictio*, dopo scampati dalla morte.

Questo ci pare il senso del passo così com'esso suona nella compilazione giustiniana. Ma sulla genuinità sua sono stati recentemente sollevati gravi dubbi (1). Si vuole che il caso contemplato sia quello di una *dictio dotis*, pur confessando essere assai difficile coi mezzi attuali il determinare la figura primitiva del passo. Si è d'accordo nel ritenere che per il diritto giustiniano l'argomentazione sia fatta dal caso della semplice *promissio mortis causa* a quello della *promissio m. c. dotis nomine*.

Ma a noi sopra tutto interessa la seconda parte dove Trifonino prosegue dicendo che non v'è costituzione di dote da parte della donna quando costei la prometta per sè con una *donatio mortis causa*. Poichè con la morte di lei il matrimonio se ne va in fumo, non può nè anche esservi dote, essendo questa destinata *ad sustinenda onera*. Dote e matrimonio, pel giurista romano, sono termini correlativi, onde l'uno forma il presupposto logico e giuridico dell'altra, e questa non può esistere senza quello.

Ma anche qui il GRADENWITZ solleva dubbi sulla genuinità del passo. Secondo lui il caso contemplato in questa parte può essere inteso in due modi. O la donna stessa promette *mortis suae causa* o il padre di lei promette *mortis mulieris causa*. Certo non potrebbe dubitarsi che nel senso della compilazione giustiniana è la donna stessa che promette. Ma se il passo provenisse veramente da Trifonino non si spiegherebbe la locuzione *in persona mulieris*, la quale sarebbe resa inutile dalla proposizione, che subito appresso sussegue, *si mulier... promiserit*. Onde ne deduce il GRADENWITZ, che l'inciso *si mulier promiserit* sia un glossema e che possa sollevarsi il dubbio che Trifonino abbia avuto presente il caso di promessa fatta dal padre *mortis mu-*

(1) Cfr. GRADENWITZ l. c. v. pure PFLÜGER *Riv. per la fond. Sav.* XVIII, 102.

*lieris causa*, nel qual caso la promessa non avrebbe avuto consistenza, ma non già per riguardo agli *onera*, ma perchè per la morte della donna la dote, come *profecticia*, sarebbe tornata al padre. Così che sarebbe verosimile, ma non certo, che Trifonino abbia scritto quella proposizione relativa al rapporto fra *dos* e *onera matrimonii*.

Che sulla genuinità del passo possano sorgere dubbii non contestiamo. Ma è difficile che si possa giungere alla conclusione di cancellare dal testo classico l'ultima proposizione. Tant'è che anche il GRADENWITZ è così esitante da ammettere la verisimiglianza della appartenenza della proposizione a Trifonino. Se fosse vera la congettura del GRADENWITZ non bisognerebbe certo cancellare senz'altro la proposizione, come se non avesse nulla da vedere colla questione. Ma appunto parmi inammessibile quella congettura, perchè l'antitesi fra la promessa del padre e quella della sposa è troppo naturale: mentre quella tra la promessa del padre per il caso *mortis suae* e quella che egli faccia per il caso di morte della figlia, è strana, non concependosi con quale senso pratico si potesse promettere la dote per il caso di scioglimento del matrimonio. Ma soprattutto ci vieta di accedere a quella opinione la considerazione della certezza sull'esistenza classica del principio.

#### § 256.

Questa affermazione infatti è largamente sparsa nelle fonti: fr. 23. 3. 3 — ULPIANUS, *libro 63 ad edictum*.

*Dotis appellatio non refertur ad ea matrimonia, quae consistere non possunt: neque enim dos sine matrimonio esse potest. ubicumque igitur matrimonii nomen non est, nec dos est.*

La denominazione di dote non si applica a quei matrimonii, che non possono avere consistenza giuridica, e ciò perchè non esiste dote senza matrimonio. E pertanto ove manchi la denominazione giuridica di *matrimonio*, mancherà anche la dote.

In tesi astratta potevano darsi matrimonii senza dote, ma nella pratica romana ciò era assurdo nè più nè meno che la dote

senza il matrimonio. La dote era quasi indispensabile, costituiva una vera necessità sociale. Ciò è detto da autori giuridici e non giuridici di Roma. In PLAUTO (*Trinumm.* III. 2. 67 sq.), ad esempio, un fratello esce in questa affermazione: « Se mia sorella non avesse dote non sarebbe in matrimonio, ma sarebbe una concubina ». E appunto anche posteriormente la dote valse a sceverare il matrimonio dal concubinato.

Altissima importanza pratica dovette avere la dote quando la *mancipatio matrimonii causa* non si distingueva dalla semplice *mancipatio* a titolo di schiavitù: fu appunto la dote quella che offrì il criterio distintivo fra le due figure; essa servì per sceverare la *ancilla* dalla *uxor*: *ne ancilla uxor videretur*, dice Isidoro (1).

Venne momento (durante l'Impero cristiano) in cui furono proibiti sotto pena d'infamia e dichiarati nulli i matrimoni non accompagnati da costituzione di dote (2). Vero è che questo divieto fu presto revocato (3), ma, ad ogni modo, l'esagerazione stessa, che in esso era contenuta, è una nuova prova della necessità sociale a cui, come dicemmo, rispondeva la dote. Non deve dunque far meraviglia se fu sempre la dote tenuta come istituto legato all'ordinamento pubblico.

Paulus l. 60 *ad edictum* — fr. 23. 3. 2 (cfr. fr. 42. 5. 18).

Rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt.

§ 257.

Per diritto romano la costituzione di dote può avvenire prima del matrimonio e durante il matrimonio (4).

(1) V. 24. 5 (BRUNS 7<sup>a</sup> ed. II p. 71):

« Nam antiquus nuptiarum erat ritus, quod se maritus et uxor invicem emebant, ne videretur uxor ancilla, sicut habemus in iure. Inde est, quod praecedente donatione viri sequitur dos uxoris. » Cfr. PEROZZI *Problemi d'origine in Studi per Scialoja* II p. 201.

(2) *Nov. Maiorani* 6. 9 (a. 458).

(3) Immediatamente dal successore. *Nov. Severi* 1 (a. 463).

(4) Per diritto moderno, invece, le convenzioni matrimoniali non possono essere alterate durante il matrimonio, art. 1382, 1385 cod. civ.

Quale importanza assume la costituzione di dote quando avviene prima del matrimonio?

Prima di tutto occorre porre in rilievo la intenzione delle parti: questa può essere duplice.

O esse intendono che la proprietà dei beni passi immediatamente all'uomo, o intendono che gli passi solamente quando il matrimonio sarà celebrato. Nel primo caso tutto il complesso patrimoniale si acquista senz'altro al futuro marito; ma, se il matrimonio non si conchiude, la proprietà può essergli ridomandata anche se nulla si sia espressamente stabilito in proposito. Il secondo caso non offre alcuna difficoltà da questo punto di vista.

Nella prima ipotesi, dunque, quale sarà la sorte della proprietà ove la donna muoia prima delle nozze o per altra causa non si celebri il matrimonio? Non v'è dubbio che, se il trapasso della proprietà sia stato sottoposto a condizione, esso sia risolto pel mancare della condizione. Ma lo stesso deve dirsi, anche quando la condizione risolutiva non sia stata espressamente contemplata. Poichè non può sussistere dote senza matrimonio, non v'è dubbio che, mancando questo che è il presupposto della dote, anch'essa debba cadere. Tra i due casi non v'è differenza, perchè (almeno per diritto classico) la condizione risolutiva, verificandosi, non opera *ipso iure*, non ha — come oggi comunemente suol dirsi — efficacia *reale* nel senso che la proprietà ritorna senz'altro e immediatamente (1), ma attribuisce semplicemente il diritto di farsi restituire la cosa.

Conseguentemente viene concessa una *condictio*, ma non la *vindictio*. E pertanto, nelle due ipotesi accennate, si potrà sperimentare la *condictio sine causa*, o la *e. causa data causa non secuta*.

§ 258.

Sempre in quest'ordine d'idee, è opportuno esaminare altri due passi, che si trovano in stretta relazione fra loro nella compilazione giustiniana.

(1) Questo è concetto del diritto giustiniano e moderno.

fr. 23. 3. 7,3 — ULPIANUS, *libro 31 ad Sabinum*.

Si res in dote dentur, puto in bonis mariti fieri accessionemque temporis marito ex persona mulieris concedendam. fiunt autem res mariti, si costante matrimonio in dotem dentur. quid ergo, si ante matrimonium? si quidem sic dedit mulier, ut statim eius fiant, efficiuntur: enimvero si hac condicione dedit, ut tunc efficiantur, cum nupserit, sine dubio dicemus tunc eius fieri cum nuptiae fuerint secutae. proinde si forte nuptiae non sequantur nuntio remisso, si quidem sic dedit mulier, ut statim viri res fiant, condicere eas debet misso nuntio: enimvero si sic dedit, ut secutis nuptiis incipiant esse, nuntio remisso statim eas vindicabit, sed ante nuntium remissum si vindicabit exceptio poterit nocere vindicanti aut doli aut in factum: dati enim destinata non debebunt vindicari.

fr. 8 *eod. tit.* — CALLISTRATUS, *libro 2 quaestionum*.

Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est hoc agi, ut statim res sponsi fiant et, nisi nuptiae secutae fuerint, redantur.

Se, dice ULPIANO, vengano date in dote delle cose, io reputo che queste passino *in bonis* del marito e che debba concedersi l'*accessio temporis* traendola dalla persona della moglie.

In altri termini, se la moglie è in buona fede a riguardo di tali cose, e quindi trovasi in via di usucapirle, spirato il termine per l'usucapione, si acquisteranno al marito, perchè questi congiunge il tempo del proprio possesso con quello durante il quale ha posseduto la moglie. Prima di questo termine, il marito ha scelo *in bonis*, ossia il dominio pretorio.

Le cose passano in proprietà del marito, prosegue il giureconsulto, se vengano date in dote durante il matrimonio. Ma che avverrà, se vengano date prima del matrimonio? Se siano state date nell'intenzione che diventino immediatamente del marito, lo diventano senz'altro; e d'altro canto se sono state date a condizione che diventino sue solo quando siano conchiuse le nozze, dovremo certamente ritenere che allora soltanto divengano sue quando le nozze siano avvenute. Pertanto, se le nozze non av-

vengono e lo sposo sia stato avvertito di ciò a mezzo di un nunzio, ove la donna abbia dato le cose nell'intenzione che diventassero immediatamente dell'uomo, essa dovrà ripeterle per via di *condictio* dopo aver inviato il nunzio. Chè se poi le abbia date perchè passino al marito solo dopo avvenuto il matrimonio, dovrà rivendicarle senz'altro appena mandato il nunzio. Ma se le rivendicherà prima di avere mandato il nunzio, potrà la rivendica essere fermata opponendo l'*exceptio doli (generalis)*. Callistrato, almeno per quel che appare dal Digesto, dice che la volontà sospensiva debb'essere evidente: nel dubbio dovrebbe ritenersi che le cose passino subito in proprietà dello sposo, e che si restituiscano ove le nozze non seguano.

È evidente nel primo frammento la diversità dei casi, e quindi delle azioni, a seconda che le cose siano o no passate in proprietà del marito prima del matrimonio. Come superiormente abbiamo accennato, la donna ha una *condictio*, ossia un'azione personale contro l'uomo, nella prima ipotesi. Ha la *vindicatio*, ossia l'azione reale, nella seconda ipotesi, in cui il passaggio della proprietà dipende dalla celebrazione delle nozze. Anche qui, però, la *vindicatio* deve essere preceduta dallo invio del nunzio. Altrimenti non potrà dirsi ancora avvenuta la rottura degli sponsali, e quindi potrà opporsi il *dolus (generalis)* alla donna che agisce per riavere le sue cose.

Nel seguente fr. 8 che appartiene a CALLISTRATO, questo giureconsulto soggiunge che, se nulla si sia detto espressamente, deve ritenersi che le cose diventino subito di proprietà dell'uomo e che debbano essere restituite, se le nozze poi non avvengano. Occorre dunque una speciale condizione perchè la proprietà resti alla donna prima del matrimonio e dopo la dazione in dote. Vero è che questo passo appare senz'altro interpolato (è infatti caratteristica dei compilatori giustinianeî la frase « nisi hoc evidenter actum fuerit »), ma possiamo ritenere che l'interpolazione si limiti alla sola frase introduttiva, sia cioè una interpolazione puramente formale, destinata a collegare fra loro i due passi per dar ad essi l'apparenza di un tutto unico. Del resto, quanto è

affermato in questi due frammenti è concordemente ammesso nel diritto classico.

§ 259.

La dote può sussistere solo in rapporto con un matrimonio, e con un matrimonio valido.

Non può quindi parlarsi di dote in relazione col concubinato. I militari, ad esempio, non potevano contrarre nozze, e di conseguenza non potevano acquistare dote. Si ricorreva perciò ad un ripiego, di cui è traccia nei papiri scoperti in Egitto: la donna faceva deposito presso il marito milite della somma che avrebbe voluto costituirsi in dote. Nel fatto, questa somma aveva la stessa funzione della dote; giuridicamente, però, essa non era un deposito nè poteva esser dote per la mancanza delle nozze. Il papiro ricordato ci informa che la donna poteva pretendere quella somma con la *condictio sine causa*. Nuova conferma, questa, dell'assoluta connessione tra la dote e il valido matrimonio.

Nessun altro rapporto può sostituire il matrimonio nei riguardi della dote. E quindi se il padrone di una schiava le dà una somma in contemplazione del *contubernium*, in cui essa vive con uno schiavo, dovrà dirsi che quella somma costituisce un peculio destinato alla famiglia della schiava, all'allevamento dei figli etc., ma non mai una dote.

§ 260.

Contro la comune opinione, che ritiene la dote vincolata agli oneri del matrimonio, ha appuntato le sue critiche uno dei più illustri scrittori in tema di diritto dotale: il BECHMANN (1) seguito sotto un certo aspetto da un altro eminente scrittore della materia (2). Egli sostiene che a proposito della dote non possa parlarsi già di una inerenza giuridica al matrimonio, sibbene di una destinazione rispondente ai concetti sociali in vigore. In altri

(1) BECHMANN. *das römische Dotalrecht*, (2 vol. 1863-1867) I pag. 22 sg.

(2) CZYHLARZ *das röm. Dotalrecht* pag. 23 sg.

termini, non sarebbero stati i pesi del matrimonio quelli che avrebbero giustificato la costituzione della dote; la conclusione del matrimonio sarebbe stata sufficiente motivo per la dote, senza però determinare alcuna preoccupazione per gli avvenimenti ulteriori. Non si può affermare, dice il BECHMANN, che la dote sia destinata « ad sustinenda onera », quando constatiamo che anche le cose non fruttifere possono essere date in dote, e che altri scopi importantissimi meritano di essere posti in prima linea innanzi a quello di alleviare al marito gli oneri del matrimonio. Fra tali scopi il BECHMANN indica appunto quelli ai quali noi abbiamo già accennato: quello, cioè, di provvedere alla sorti economiche della figlia che, uscendo dalla *familia*, non prenderà parte alla successione paterna; quello di procurarle una entrata dignitosa nella casa del marito.

Il GRADENWITZ, nel lavoro sopra citato, ha voluto confortare le conclusioni del BECHMANN, assumendo che soltanto da Papiniano in poi si connette la *dos* cogli *onera matrimonii* e solo nel senso che la dote non può rimanere presso chi non sopporta tali *onera*.

Non accogliamo la tesi del BECHMANN. A parte il gravissimo riflesso che le fonti, come abbiamo accertato, pongono in relazione di dipendenza la dote dai pesi matrimoniali, neppur uno dei capitali argomenti di questo scrittore regge alla critica (1). Che altro importa, ad esempio, l'ingresso dignitoso nella casa del marito, se non questo, che la donna possa aver coscienza di cooperare alla fondazione della nuova famiglia, non solo fisiologicamente ma anche economicamente?

Provvedere, anche in parte, ai pesi matrimoniali, non esclude, ma accresce dignità. Così pure, non è detto che lo scopo di supplire alla mancata successione paterna non potesse raggiungersi

(1) L'esame del GRADENWITZ, per quanto possa mettere in sospetto qualche passo, non lascia scossa l'impressione che si riceve dall'insieme dei testi. La circostanza che di Papiniano sieno i passi più antichi che affermano la correlazione tra *dos* e *onera* non è decisiva. Papiniano pone tale correlazione come un principio, che serve di base alle conclusioni che egli ne trae.

altrimenti: sarebbe infatti bastata una donazione diretta durante il matrimonio, od un legato della parte che alla figlia sarebbe toccata in eredità. Nè anche il primo argomento è inoppugnabile: è vero che possono darsi in dote la nuda proprietà e dei crediti non producenti interessi, ma la dote — sotto qualunque forma venga data — costituisce sempre un aumento al patrimonio del marito, e ciò fa sì che più facilmente questo patrimonio possa servire a sostenere i pesi del matrimonio. Potrà dirsi che attualmente questo aumento non sia economicamente apprezzabile? E a noi non pare, perchè vuoi la nuda proprietà, vuoi i crediti infruttiferi sono possibili oggetti di vendita e di pegno e con ciò stesso è dimostrato che non solo costituiscono un aumento patrimoniale, non solo possono eventualmente diventare fruttiferi, ma possono essere sfruttati anche subito dal marito per provvedere alle necessità della famiglia.

Ma dove il legame fra la dote e i pesi matrimoniali appare più nettamente, è nella teoria degli atti a titolo oneroso e a titolo gratuito.

Se la dote fosse essenzialmente una donazione, fatta solo in occasione del matrimonio, dovrebbe essere compresa, nelle fonti, fra gli atti a titolo gratuito. Esse, invece, la pongono fra quelli a titolo oneroso, ed aggiungono espressamente che il marito, in tanto si sobbarca ai pesi matrimoniali, in quanto gli vien data la dote. Egli viene considerato come un *emptor*, come un *creditor*: ad esempio, in materia d'azione pauliana, la costituzione di dote è considerata come donazione nei rapporti fra il costituente e la donna, ma è considerata come atto a titolo oneroso nei rapporti fra costui e il marito, e per ciò questi deve essere conscio della frode fatta ai creditori perchè questi possano ottenere la revoca della costituzione della dote (1).

(1) Le osservazioni acute del GRADENWITZ sul raffronto fra *dos* e compra non alterano questo nostro modo di vedere. Siasi pure esagerato nel qualificare il marito come un compratore, certo è che la costituzione di dote — e lo riconosce lo stesso GRADENWITZ — non è, nei rapporti del marito, un atto a titolo gratuito.

Sorvoliamo su altri argomenti che potrebbero opporsi alla tesi del BECHMANN, rinviando per tutti all'ottimo studio del prof. G. PETRONI sulla *Funzione della dote romana* (1897). Potrà essere consultato con molto frutto, perchè contiene una critica profonda ed accurata della opinione del BECHMANN (1).

§ 261.

Dobbiamo insistere ancora sul concetto della perpetuità della dote. Nella legge 1 *De iure dotium* (D. 23.3) PAOLO afferma: « dotis causa perpetua est ». Or, quale significato deve attribuirsi al termine *perpetua*? Duplice è, a nostro avviso, il suo significato: l'uno storico, dogmatico l'altro.

Ha un significato storico, in quanto con esso si accenna al sistema primitivo, nel quale tutti i beni dotali passavano definitivamente al marito, senza obbligo di restituzione da parte di questo. Tanto se si ritenga che nella *conventio in manum* i beni passassero senz'altro al marito a titolo di dote, quanto se si ammetta che anche in essa occorresse un atto speciale per la costituzione della dote, certo è che i beni, di cui questa era oggetto, si confondevano nel patrimonio del marito con gli altri suoi e diventavano proprietà definitiva di costui.

Questo sistema primitivo si mantenne fino a che l'esiguo numero dei divorzi non poté esercitare influenza alcuna sulle regole patrimoniali concernenti il matrimonio. Ma a datare dal principio del VI secolo, dal tempo cioè in cui avvenne il celebre divorzio di Sp. Carvilio Ruga (2), la moltiplicazione dei divorzi si verificò in modo impressionante, ed allora per la prima volta sorse l'idea di porgere alle donne il modo di recuperare la dote perchè potessero passare a nuovo matrimonio. L'innovazione consistè nel far contrarre al marito, mediante contratto verbale, l'obbligo di restituire la dote (*cautio rei uxoriae*).

(1) Cfr. WINDSCHEID *Pand.* III § 492 nota 1.

(2) AUL. GEL. 4.3.2.

Da quell'epoca il termine *perpetua*, riferito alla dote, perde il suo significato pratico e ne acquista uno storico.

Si aggiunga, che la cit. legge 1 di PAOLO riceve questa interpretazione anche ove si guardi alla connessione originaria del passo nell'opera del giureconsulto. Risulta, infatti, dalle indagini del PELLAT e del LENEL, che PAOLO in quel luogo trattava delle cause per le quali si trasferiva il dominio (*iustae causae traditionis*). Adunque il giureconsulto poneva in luce la dote come causa atta a trasferire definitivamente il dominio nel marito (1).

Il termine *perpetua* ha anche un significato dogmatico. Vuolsi, cioè, con esso indicare lo scopo che si propone la legge nel dar sanzione all'istituto della dote. Quando la si dichiara *perpetua*, s'intende dire che essa deve durare fin che dura il vincolo matrimoniale; che fino allo scioglimento naturale del vincolo (scioglimento che avviene per la morte delle persone) essa deve restare presso il marito; e che prima di quel tempo non può aver effetto un eventuale patto di restituzione. Questo della perpetuità è un concetto che urta direttamente contro la realtà delle cose nel mondo romano, perchè non tiene alcun conto dell'istituto del divorzio. E pertanto noi potremmo considerarlo tutt' al più come una nobile illusione, come uno sforzo dogmatico tendente a dar corpo ad un semplice desiderio.

§ 262.

Gli scrittori non sono d'accordo nell'ammettere il carattere dotale dell'acquisto *per universitatem* fatto dal marito dei beni della donna nel matrimonio *cum manu*. Dicono alcuni che dote e matrimonio *cum manu* sono « res dissociabiles », perchè la dote suppone una personalità autonoma, la quale dia i beni per propria volontà liberamente determinata (ossia mediante uno speciale atto costitutivo), e quindi uno speciale atto che imprima ai beni quella particolare destinazione, mentre nel matrimonio *cum manu* il passaggio dei beni nella proprietà del marito avviene *ipso iure*,

(1) Cfr. BRINI op. cit. I p. 175 sg.

indipendentemente dal volere della donna, senza lo scopo determinato di una costituzione di dote.

Conseguentemente, nel matrimonio *cum manu* di una donna *sui iuris*, non potrebbe darsi carattere dotale all'acquisto dei beni da parte del marito. La possibilità di una costituzione di dote sorgerebbe appena nel matrimonio *cum manu* della donna *alieni iuris*, perchè in questo caso — come abbiamo già visto — chi costituisce la dote è il *pater familias* (o un terzo), è egli che attribuisce i beni a tale scopo.

A noi pare che così distinguendo si perda sempre più di vista il lato sostanziale dell'istituto, per tener dietro a quello apparente, letterale.

Non si cerca di porre in armonia sotto un unico punto di vista i due istituti del matrimonio *cum manu* e della dote, ma li si tiene distinti e limitati entro il rigore delle loro proprie forme, a scapito della comprensione dell'insieme. Ora, è vero che il passaggio dei beni al marito nel matrimonio *cum manu* di una donna *sui iuris*, è conseguenza del sorgere del vincolo personale, ma è pur vero che questo vincolo non sorge se non per volontà della donna stessa. Non si può dunque far distinzione tra dote e *potestas* nel senso che quella non implichi e questa implichi una libera determinazione del volere: l'una e l'altra cosa non possono scindersi, e pertanto non può determinarsi quale delle due abbia maggiormente influito sulla decisione della volontà. D'altra parte l'alienazione dei beni, e quindi il passaggio della proprietà, poteva ben avvenire, per volontà della donna e del suo tutore, prima della *conventio in manum*. E in tal caso, senza dubbio, l'acquisto al marito avveniva indipendentemente dal sorgere del vincolo di potestà.

Del resto, non mancano testi che affermano il carattere dotale di questo acquisto al marito in occasione del matrimonio *cum manu*.

CICERO, *Topica* 4.23: Cum mulier viro in manum conventit, omnia, quae mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine.

Ossia: quando la donna cade in potestà dell'uomo per mezzo

della *conventio in manum*, tutte le cose che sono state in proprietà della donna diventano del marito *a titolo di dote*.

Dunque questi beni, sebbene passino *ipso iure* al marito, hanno carattere dotale.

*Vat. fragm.* 115 (PAULUS, libro VIII *responsor.*). Lucia Titia cum nuberet Septicio maioris dignitatis viro, ei.... milia in dotem dedit, cum non amplius in bonis haberet..... num verum est, quod a quibusdam dicitur, omnia in dotem dari posse? Paulus respondit recte dotem datam: dari posse argumento esse in manum conventionem.

Lucia Tizia, nell'andare a nozze con un tal Setticio, uomo di alto grado, gli diede in dote una somma di mille che costituiva tutto il suo patrimonio. Fu consultato il giureconsulto per sapere se fosse vero che una donna potesse costituirsi in dote tutti i proprii beni. Egli rispose che bene era stata costituita la dote e che si poteva argomentare ciò dalla *conventio in manum*. Quindi nella *conventio in manum* il passaggio dei beni avveniva a titolo di dote, altrimenti il giureconsulto non ne avrebbe potuto argomentare per il caso sottoposto al suo esame.

In conclusione: la possibilità della dote non è esclusa dal matrimonio *cum manu*, sia che si tratti di donna *sui iuris*, sia che si tratti di donna *alieni iuris*. Certo, la figura giuridica della dote non ha ancora, in questo matrimonio, quel rilievo preciso che acquista in seguito nel matrimonio libero.

§ 263.

La maggiore interessata alla costituzione della dote è la donna che va a matrimonio, perchè, sebbene la dote diventi proprietà del marito, essa è destinata a sostenere i pesi della nuova famiglia, che anche la donna contribuisce a fondare. E quindi, anche quando proviene dal padre od è costituita da parenti od estranei, la dote rappresenta un contributo che queste persone portano nell'interesse della donna. Tuttavia nè la donna fu obbli-

gata dal diritto a dotare se stessa, nè, per lungo tempo, altri fu obbligato a dotarla.

Non di meno le fonti ci presentano la donna come *naturalmente obbligata* a costituirsi la dote.

fr. 12.6.32,2 — JULIANUS libro 10 *digestorum* :

Mulier si in ea opinione sit, ut eredit se pro dote obligatam, quidquid dotis nomine dederit, non repetit: sublata enim falsa opinione relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest.

La donna che erroneamente si crede obbligata a costituirsi la dote, non può ripetere ciò che ha dato a titolo di dote: infatti, tolta di mezzo l'opinione erronea, resta una ragione morale in base alla quale non si può ripetere ciò che si è pagato.

A rigore, dunque, la donna potrebbe ripetere perchè obbligo giuridico non ve n'è; ma poichè esiste un obbligo morale che sostiene il pagamento fatto, si applica anche qui la regola propria delle obbligazioni naturali per le quali non si concede *repetitio*. La differenza sta in ciò: che mentre la *obligatio naturalis* è una obbligazione che ha esistenza giuridica, ma che tuttavia non dà diritto di intentare azione, l'*officium pietatis* è un obbligo che sconfinava dal campo giuridico, è un dovere puramente sociale o morale. Per cui, si dice, l'adempimento di questo è donazione, l'esecuzione di quella può essere pagamento (1).

(1) Anche nel diritto moderno è riconosciuto il principio, che quanto si è pagato scientemente in forza di una obbligazione naturale non può essere ripetuto. Si sostiene però, che per il nostro diritto (cod. civ. art. 1237) non possa più parlarsi di obbligazioni naturali vere e proprie perchè tutti gli altri effetti riconosciuti dal diritto romano a queste obbligazioni sono scomparsi, ed è rimasta soltanto la inammissibilità della ripetizione. Certo è che pel nostro diritto l'obbl. naturale non può formare oggetto di novazione, non può essere dedotta in compensazione, non può confermarsi (salvo il caso dell'art. 1311, pel quale gli eredi di chi ha donato o fatto un lascito in base a disposizione nulla, non possono ripetere se hanno confermato, ratificato, o eseguito volontariamente la disposizione, mossi da sentimenti di giustizia o di pietà). Inoltre, per diritto romano, l'*obligatio naturalis* poteva essere oggetto di un *pactum de constituta pecunia*, poteva essere garantita da ipoteca

§ 264.

Lasciando da banda l'obbligo imposto a' clienti di venire in aiuto a' patroni per dotare le figliuole (cfr. Dionigi II. 10), soltanto la *lex Iulia de maritandis ordinibus* (4 d. C.), per favorire i matrimoni, impose l'obbligo al *pater familias* di dotare la figlia.

Nel diritto classico quest'obbligo si estende anche al *parens*, ossia al genitore che non ha più la figlia in potestà, per averla emancipata. Si disputa se nel diritto giustiniano si sia verificato un ritorno all'antica limitazione dell'obbligo al solo *pater familias*; ma di ciò vedremo in seguito.

Nel diritto classico, la madre non è giuridicamente obbligata a dotare la figlia; è tenuta, invece, per diritto giustiniano, in base ad una disposizione della C. 5. 12. 14 appartenente agli imperatori Diocleziano e Massimiano (a. 293), che è interpolata da Giustiniano:

*Mater pro filia dotem dare non cogitur nisi ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa.*

La madre deve dotare la figlia quando soccorra un motivo grave ed attendibile, o quando lo imponga una legge speciale. Di tale legge esiste un esempio ed è di Giustiniano, il quale impose l'obbligo alla madre di costituire la dote quando la figlia sia ortodossa ed essa no. Per modo che, in quest'ultimo caso, la dazione della dote viene stabilita piuttosto in isfregio della madre che in favore della figlia (1).

o con fideiussione. Si noti, però, che non tutti riconoscono, pel diritto romano, gli stessi effetti alla *oblig. naturalis* od all'*officium pietatis*. E così noi riteniamo che all'*officium pietatis*, nel diritto romano, come alla obbligazione naturale nel nostro diritto, non vada congiunto altro effetto se non l'inammissibilità della ripetizione. È la legge che, nel primo caso, si rifiuta di porre nel nulla ciò che è il portato di un sentimento generoso. Ma più oltre non va.

(1) L'art. 147 cod. civ. dispone: « I figli non hanno azione verso il padre e la madre per obbligarli a far loro un assegnamento per causa di matrimonio o per qualunque altro titolo ». Quindi la nostra legge ha tolto di mezzo l'obbligo di dotare le figlie. — Sorge questione: nel caso in cui il genitore ab-

§ 265.

Qualche scrittore ha affermato che, oltre il padre in via principale e la madre in via di eccezione, anche il fratello germano sia tenuto a costituire la dote alla sorella. Tale affermazione si basa unicamente sull'argomentazione *a contrario* che si deduce dal seguente passo delle fonti:

fr. 26. 7. 12,3 — PAULUS, *libro 38 ad edictum*.

*Cum tutor non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli prae-*

*bia*, per scrittura privata, promesso ad un figlio o ad una figlia di far loro una attribuzione patrimoniale a scopo di facilitare la carriera o il collocamento del primo, o di costituire una dote alla seconda, qual'è la sorte di questa promessa che certo non è valida come donazione perchè fatta per scrittura privata? I nostri tribunali l'hanno ritenuta valida, partendo dal concetto che qui si tratti di una conferma di obbligazione naturale. Poichè — così si motiva la decisione — l'art. 147 dice « non compete azione », bisogna ritenere che quello che è escluso qui è il solo mezzo di attacco, e che quindi si è di fronte ad un caso di obbligazione naturale, perchè appunto questo non è munito di azione. Il padre non avrebbe fatto che riconoscere un obbligazione naturale. Ma questa giurisprudenza non risponde ai principii del nostro sistema, il quale stabilisce solo l'impossibilità di ripetere quando si è dato in forza di un'obbligazione naturale, e quindi riconosce efficacia agli obblighi naturali nel solo caso in cui abbiano avuto una effettiva esecuzione, non quando si sia fatta una semplice promessa in base ad essi. Nella specie in esame, poichè non si può disconoscere il dovere morale del padre di contribuire nei limiti delle sue facoltà a creare una adeguata posizione sociale ai propri figli, ci troveremmo di fronte all'esecuzione di un obbligazione naturale quando egli avesse dato in mano al figlio la somma. In questo caso egli non potrebbe ripeterla. Qualche scrittore (il GIORGI, ad esempio) per rafforzare la tesi della validità di tali promesse contenute in scrittura privata, ha addotto a confronto il *pactum de constituta pecunia*. È superfluo notare che il confronto è fondamentalmente erroneo: il *pact. de const. pecunia* non è che la promessa di pagare una determinata somma in giorno determinato. Questa promessa fu riconosciuta dal Pretore, e sanzionata da grave penalità, perchè era venuta assai in uso nei rapporti di commercio i quali esigono la puntualità nei pagamenti e la maggior buona fede. Ciò spiega il *turpe est fidem fallere* dell'editto, che, se dovesse essere preso alla lettera (come fa il GIORGI), dovrebbe condurre necessariamente ad attribuire azione per ogni violazione di patto.



ponatur, imprimis mercedes praeceptoribus, non quas minimas poterit, sed pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituet, alimenta servis libertisque, nonnumquam etiam exteris, si hoc pupillo expediet, praestabit, sollemnia munera parentibus cognatisque mittet. sed non dabit dotem sorori alio patre natae, etiamsi aliter ea nubere non potuit; nam etsi honeste, ex liberalitate tamen fit, quae servanda arbitrio pupilli est.

Il giureconsulto esamina quali spese debba fare il tutore in relazione al pupillo, e partendo dal principio che egli non solo deve amministrare il patrimonio, ma anche provvedere alla educazione e tutelare gli interessi morali del pupillo, scrive che anzi tutto il tutore deve pagare le mercedi ai precettori, proporzionandole al patrimonio del pupillo ed alla sua posizione sociale, anche se queste mercedi superino il minimo usuale. Inoltre egli deve prestare gli alimenti ai servi ed ai liberti (i primi prestano servizii, i secondi prestano *officia*) e non ai proprii soltanto, ma talvolta anche a quelli degli altri; e deve mandare i doni solenni ai parenti per via paterna e materna (questi doni, si noti, non rappresentano liberalità, ma sono dei pesi veri e proprii, che gravano sul patrimonio delle persone di una certa condizione, secondo i costumi dell'ambiente in cui vivono). Ma il tutore, soggiunge il giureconsulto, non dovrà costituire una dote alla sorella nata da altro padre, quantunque costei non possa sposare senza avere una dote. Poichè ciò costituirebbe, sì, un atto di onestà, ma resterebbe sempre una liberalità. E le liberalità debbono rimandarsi al tempo in cui il pupillo, divenuto pubere, potrà compierle di propria iniziativa.

Dall'affermazione che il tutore non può dare una dote alla sorella del pupillo nata da diverso padre, per *argumentum a contrario* si vuol dedurre, come dicemmo, che il tutore stesso è obbligato — o almeno può esserlo — a costituire la dote alla sorella germana del pupillo.

Abbiamo già altra volta manifestato la nostra avversione per questa forma di argomentazione: qui aggiungiamo, che essa deve assolutamente ripudiarsi quando non è suffragata da altre ra-

gioni certe e per sè stanti. L'affermazione, che il tutore non può costituire dote alla sorella uterina del pupillo, è troppo poca cosa per inferirne che egli, o il pupillo, in seguito, quando sia maggiorenne, debba costituirla alla sorella germana.

Si è tentato di dare altre spiegazioni a questo passo: secondo alcuni, quella frase sarebbe stata ispirata al giureconsulto da un momentaneo ricorso mentale ai casi in cui il pupillo facoltoso aveva delle sorelle povere.

E questi casi dovevano essere di gran lunga più frequenti, quando si trattava di sorelle uterine, perchè le sorelle germane — essendo nate da uno stesso padre ricco — dovevano avere per lo meno la loro porzione legittima con la quale potevano costituirsi la dote. Secondo altri, l'esclusione dell'obbligo di costituire la dote sarebbe stata affermata dal giureconsulto a proposito del caso più remoto (essendo l'altro, per la ragione già vista, meno probabile) appunto nell'intento di escludere anche quello più vicino. Ma qualunque cosa si pensi sulla esattezza di queste spiegazioni, troppo esiguo è il fondamento testuale, e troppo incerta l'argomentazione *a contrario* perchè noi possiamo accogliere l'opposto insegnamento. Ripetiamo dunque che per noi è certa la inesistenza di qualunque obbligo, anche puramente morale, da parte del pupillo, e, in genere, del fratello a costituire la dote per la sorella uterina.

§ 266.

Nella scuola si parla di dote *necessaria*, a proposito di quella dote che alcuno è legalmente tenuto a costituire in occasione del matrimonio della donna. L'ammontare di tale dote non è determinato dalla legge; ma è rimesso al criterio del giudice il dichiarare se, in tale ipotesi, la dote sia, o no, congrua. E per ciò, quando l'entità della dote necessaria sia inferiore alla potenzialità economica di colui che è tenuto a costituirla, alla sua posizione sociale e a quella della donna, questa può rivolgersi al magistrato, che esaminate le circostanze del caso, imporrà un

supplemento o dichiarerà l'apporto dotale rispondente alla legge. Si tratta in ogni caso, di criterii relativi, i quali vengono lasciati al prudente arbitrio del giudice (1).

§ 267.

La dote viene costituita dalla donna o per la donna nell'interesse di lei e del marito. Il destinatario ne è però sempre quest'ultimo, anche se egli è *alieni iuris*. Nel quale caso la dote sarà amministrata, durante il matrimonio, dal capo di famiglia nel

(1) Tanto pel nostro diritto quanto per il romano, anche l'assegno degli alimenti vien fatto dal giudice in base a criterii di relatività, che vengono lasciati al suo arbitrio (C. civ. art. 143, 752). Egli deve proporzionarli alle condizioni sociali degli obbligati, e al bisogno di chi li domanda: e per ciò la proporzione degli alimenti varia con le circostanze. Che anzi, per questa loro natura essenzialmente mutevole, non può su di essi formarsi il giudicato. Il giudice può, quindi, essere chiamato novellamente a fissare un aumento o una diminuzione dell'assegno, quando siano mutate le circostanze in base alle quali fu anteriormente deciso.

In un solo caso il criterio alimentare è determinato dal minimo (il quale, per altro, è anch'esso variabile): alludiamo agli alimenti dovuti al figlio, o adulterino, o incestuoso, o anche naturale non riconosciuto sotto certi speciali presupposti. In questi casi, poichè riconoscimento non vi è stato, non dovrebbe neppure esistere obbligo di alimenti. Tuttavia (art. 193, Cod. civ.) il figlio naturale avrà sempre azione per ottenere gli alimenti — non ostante il divieto d'indagini sulla paternità o maternità:—1.º) Se la paternità o maternità risulti indirettamente da sentenza civile o penale; 2.º) Se la paternità o maternità dipenda da un matrimonio dichiarato nullo; 3.º) se la paternità o maternità risulti da esplicita dichiarazione per iscritto dei genitori. Come rilevasi dai lavori preparatorii al Cod. civile Albertino, il legislatore si è ispirato, in questi casi, a puri criterii di umanità: ha inteso di fornire al figlio naturale i mezzi puramente necessari alla vita, non già di procurargli una posizione adeguata alla condizione sociale dei genitori. E per ciò gli alimenti debbono essere fissati nella misura appena necessaria perchè la prole non muoia di fame. Non è più la comune obbligazione alimentare del padre di fronte al figlio, ma una obbligazione *intuitu pietatis*, la quale non implica alcuna questione di stato: la pronuncia del giudice dà base, pertanto, alla sola obbligazione di fornire gli alimenti indispensabili.

L'ultimo caso stabilito dall'art. 193 c. civ. può dar luogo a dubbii quando

patrimonio del quale essa entra (non potendo il figlio aver niente di proprio). A lui tocca, finchè dura la sua podestà, di sopportare gli *oneri matrimonii*. Ma quando il *filius familias* acquista la propria autonomia, la dote viene prelevata a suo favore, perchè essa costituisce una porzione del patrimonio paterno, la quale ha destinazione autonoma. E quindi, o il figlio la preleva come *praecipuum*, nella divisione della eredità paterna, o il genitore (come anche avviene spesso) la lega al figlio come patrimonio a lui spettante esclusivamente (1).

§ 268.

La dote prende nomi diversi, a seconda delle persone che la costituiscono. Dicesi *profecticia* se è costituita dall'ascendente paterno maschio.

Dicesi *adventicia* se è costituita da una terza persona. Quando poi viene costituita da un estraneo, che abbia posto la clausola di restituzione pel caso di scioglimento del matrimonio, la dote vien detta *recepticia*.

esistano dichiarazioni scritte provenienti da più persone, che contemporaneamente attestino la qualità di genitori (non è raro, infatti, il caso in cui certe madri riescano a carpire a più individui una dichiarazione di paternità). In Germania, sotto il diritto comune, si faceva luogo alla *exceptio plurium concubentium* nel caso in cui fosse provato che nel periodo critico la donna ha avuto rapporti sessuali con più persone, e tutti questi supposti genitori venivano solidalmente obbligati agli alimenti. Questo concetto non s'indovina di certo nell'art. 193; nè, pel nostro sistema, può ammettersi la solidarietà se non è contemplata nella legge. Non è neppure il caso di pensare ad una comunione di colpa dalla quale deriverebbe l'obbligo in solido alla riparazione pecuniaria, perchè, se mai, si tratterebbe di fatti autonomi, indipendenti l'uno dall'altro. Non di meno, poichè ci troviamo in un campo in cui la decisione deve ispirarsi all'umanità e alla pietà, noi non esiteremmo a obbligare i vari dichiaranti, ed a ripartire fra loro gli alimenti in parti eguali.

(1) È il *praelegatum dotis*, esempio di prelegato, ossia di legato a favore di un erede. Ma è un *legatum debiti*, appunto perchè vi è l'obbligo di restituire la dote al figlio, presso cui è l'onere del matrimonio.

Se il concetto della *dos recepticia* non offre luogo a dubbi, non altrettanto può dirsi dei concetti di *dos profecticia* ed *adventicia*, i quali si confondono ove non sia preliminarmente stabilito chi debba intendersi per *estraneo*.

Sorge, a questo proposito, la questione se tale sia il padre di fronte alla figlia emancipata.

Per il diritto antico dovrebbe dirsi logicamente che la dote costituita dal padre alla figlia emancipata non era *profecticia*: infatti egli rompeva, con l'emancipazione, ogni rapporto giuridico basato sulla *potestas*; diventava senz'altro un estraneo. Per altro, nel diritto più recente, la dote è considerata come *profecticia* tutte le volte che viene costituita da un ascendente maschio, anche se la figlia è stata emancipata. Ciò in base alla evoluzione in altra occasione ricordata, che portava a riconoscere la qualità di padre — *parens* — nel genitore indipendentemente da qualunque legame di potestà. Quindi, pel diritto classico, è *profecticia* quella dote che viene costituita dal genitore in tale sua qualità (*ut parens*).

Tuttavia, il diritto giustiniano, secondo alcuni, sarebbe tornato all'antico concetto, e avrebbe considerato come profettizia soltanto la dote costituita da un *pater familias* alla figlia in potestà. Poichè la dote profettizia si restituiva al genitore, ne derivava, per diritto classico, che in ogni caso era il genitore, in unione alla figlia, quegli che aveva diritto a chiedere la restituzione e a sperimentare l'azione. Il diritto giustiniano, invece, afferma la tendenza a favorire la donna, aumentando i casi di restituzione a lei: per ciò la norma antica della *dos profecticia* limitata al caso della figlia in potestate riprende vigore. Questa spiegazione si adduce dai sostenitori di tale ritorno all'antico.

§ 269.

Quanto abbiamo affermato pel diritto classico è confermato dai seguenti passi:

ULPIANUS, *Reg.* 6. 3:

Dos aut profecticia dicitur, id est quam pater mulieris dedit: aut adventicia, id est ea quae a quovis alio data est.

Dicesi profettizia la dote che è stata data dal padre della donna, e dicesi avventizia quella che è stata data da chiunque altri.

Ulpiano non parla di *patria potestas*; anzi questo concetto, che sarebbe anche potuto sfuggire al suo ricordo, non gli è richiamato neppure dalla antitesi che pone contemporaneamente tra il padre e qualunque altra persona. Egli non distingue affatto tra chi ha la *p. potestas* e chi non l'ha.

fr. 23. 3. 5. — ULPIANUS libro 31 ad Sabinum.

Profecticia dos est, quae a patre vel parente profecta est de bonis vel facto eius.

La dote profettizia è quella che è venuta (*profecta*) dal *pater familias* o dal genitore anche privo di potestà, sia che egli l'abbia effettivamente data, sia che per opera sua altri l'abbia data.

Qui è detto anche più chiaramente che la dote costituita a figlia emancipata è parimenti profettizia.

fr. 5. § 11. eod. tit.

Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilo minus dotem esse nemini dubium est, quia non ius potestatis, sed parentis nomen dotem profecticiam facit: sed ita demum si ut parens dederit: ceterum si, cum deberet filiae, voluntate eius dedit, adventicia dos est.

Se il padre ha costituita la dote per la propria figlia emancipata, non v'è dubbio che la dote sia egualmente profettizia, perchè non è il vincolo di potestà, ma quello di sangue, che determina la qualità profettizia della dote. Ma perchè tale veramente possa dirsi, bisogna che sia costituita dall'ascendente *ut parens*: altrimenti, se costui ha un debito verso la figlia (emancipata) e per volontà di questa lo costituisce ad essa in dote, non si ha dote profettizia, ma avventizia. Qui il padre costituisce la dote non con mezzi propri, ma con mezzi della figlia, e perciò la dote proviene da questa e non da lui; il padre non è che uno stromento della costituzione di dote.

Non costituendola il padre *ut parens*, ma come debitore, la dote non è più profettizia, ma avventizia. Ad ogni modo, quello che si contiene di interessante in questo frammento è la recisa affermazione, che il semplice vincolo di sangue basta a far designare come profettizia la dote. E questa è indubbiamente la condizione delle cose nel diritto classico.

§ 270.

Resta da esaminarsi se sia ammissibile quel ritorno all'antico che si pretende siasi verificato nel diritto giustiniano. Unica base testuale al riguardo è la Cost. 1 § 13 c. Cod. 5. 13:

Extraneum autem intellegimus omnem citra parentem per virilem sexum adscendentem et in potestate dotandam personam habentem.

Per *estraneo* intendiamo ogni ascendente all'infuori del genitore per via maschile, sebbene avente in potestà la persona alla quale deve costituirsi la dote.

I sostenitori dell'opinione, che il diritto giustiniano sia tornato all'antico, includendo nel novero delle persone estranee il padre che non ha la figlia in potestà, traducono questo passo in modo che esso si presti ad avvalorare il loro concetto. Ma Giustiniano non dice affatto, come essi pretendono, che sia estraneo chiunque stia all'infuori dell'ascendente maschile avente la potestà, perchè la particella *et* ha qui il suo comune significato concessivo, il quale inverte radicalmente nel nostro senso il concetto del periodo. Abbia o non abbia la patria potestà, l'ascendente in linea maschile non è mai estraneo: questo dice Giustiniano. Nè influisce in favore dell'opinione che combattiamo quella tendenza alla quale si allude, secondo cui il diritto giustiniano mirerebbe in molte circostanze a favorire la condizione della moglie, perchè nel caso di scioglimento del matrimonio per morte della moglie, ci troveremmo di fronte ad un obbligo di restituzione a vantaggio degli eredi di questa.

§ 271.

Possono formare oggetto della dote tutte le cose corporali o incorporali, che possono formare parte di un patrimonio. Il punto essenziale, decisivo, sta in ciò che vi sia un aumento del patrimonio del marito per via della costituzione di dote.

Indubbiamente poteva costituirsi in dote la proprietà di qualunque cosa corporale, *mancipi* o *nee mancipi*, mobile od immobile. Limitare ai soli mobili gli oggetti possibili della dote, sia pur solo in un tempo antichissimo, è del tutto arbitrario. Possono darsi in dote corpi certi o quantità, in particolare una somma di denaro.

Nè solo la piena proprietà, ma, come più sopra fu accennato, anche la nuda proprietà può essere costituita in dote.

Paulus l. 6 *ad Sabinum* — fr. 23. 3. 4.

Si proprietati nudae in dotem datae usus fructus accesserit incrementum videtur dotis, non alia dos, quemadmodum si quid alluvione accessisset.

Il giureconsulto fa il caso di una dote consistente nella nuda proprietà di una cosa e tale possibilità è posta come non dubbia. La questione sola è sulla conseguenza della consolidazione dell'usufrutto colla nuda proprietà. Ma, senz'esitare, si afferma che l'usufrutto non costituisce una nuova dote, ma un incremento di quella già costituita. Come è la stessa dote, malgrado la cosa dotale abbia ricevuto un incremento alluvionale, così tale è quando la *nuda proprietas* diventa *plena proprietas*. L'usufrutto come cosa a sè non sussiste più: la proprietà, per quanto completata per il ritorno dell'usufrutto, è sempre la stessa proprietà. Identità di oggetto dunque e, conseguentemente, identità di dote. L'eventualità dell'accrescimento dell'usufrutto non è del resto quella che decide per rendere la nuda proprietà un possibile oggetto di dote. La nuda proprietà già per sè, come vedemmo, può rispondere alla funzione della dote (1).

(1) Cfr. c. 5. 12. 17. 18.

Anche la *bonae fidei possessio* può formare valido oggetto della dote. Gaio (II. 63) parla di un *dotale praedium*, che il marito acquista per usucapione (*usucaptum*). E la cosa è frequentemente attestata nelle fonti.

Pomponius *l. 14 ad Sabinum* — fr. 23. 3. 6, 1.

Si pater alienum fundum bona fide emptum in dotem dedit, ab ipso profectus intellegitur.

Un genitore costituisce in dote alla figlia un fondo, che egli ha comprato in buona fede *a non domino*. Naturalmente non diventa il marito proprietario del fondo, ma potrà continuare l'usucapione incominciata dal suocero. E la dote è *profecticia*, sebbene il padre non fosse proprietario. L'importante è che la dote sia costituita dal padre a spese del suo patrimonio. Il passo non parla veramente della usucapione, ma la cosa non può soffrire dubbio, perchè attestata da molti altri passi.

§ 272.

Il punto su cui si può discutere è se il marito possa contare a favor suo solo il tempo posteriore alla costituzione della dote o non più tosto congiungere al possesso suo quello del costituente, sia questa la moglie, sia altri. Per il diritto giustiniano la congiunzione non dà luogo a dubbi; ma la cosa è gravemente controversa per il diritto classico. La soluzione della questione speciale si connette a quella più generale sulla classicità dell'*accessio possessionis* nell'usucapione. Si sa infatti, che la congiunzione del possesso dell'*auctor* a quello del compratore, e poi di ogni altro successore a titolo particolare, prende origine nell'*interdictum utrubi*, per determinare chi ha posseduto *maior parte huius anni*, e successivamente nella *longi temporis praescriptio*. Che abbia avuto applicazione anche all'usucapione nel diritto classico sostiene da ultimo il KRUEGER (1), contro il nostro ZANZUCCHI (2), il quale decisamente afferma l'origine giustiniana.

(1) *Riv. per la fond. Savigny* XXVI p. 144.

(2) La « *successio* » e l' « *accessio possessionis* » (Pisa 1904); e di nuovo contro il KRUEGER, nello studio sulla storia dell' « *accessio possessionis* » (Roma 1906).

Uno dei passi, su cui verte disputa in relazione alla questione generale, tratta appunto dell'accessione a favore del marito in ordine alle cose date in dote.

Ulpianus *l. 31 ad Sabinum* — fr. 23. 3. 7, 3.

Si res in dote (1) dentur, puto in bonis mariti fieri accessio-nemque temporis marito ex persona mulieris concedendam. fiunt autem res mariti, si constante matrimonio in dotem dentur. quid ergo si ante matrimonium? si quidem sic dedit mulier, ut statim eius fiant (2), efficiuntur: enimvero si hac condicione dedit ut tunc efficiantur, cum nupserit, sine dubio dicemus tunc eius fieri, cum nuptiae fuerint secutae.

Come si vede, il passo comincia coll'affermare, che le cose date in dote entrano nel patrimonio del marito e che a costui si deve accordare la congiunzione del proprio possesso con quello della moglie. Poi si afferma, che le cose date in costanza di matrimonio diventano del marito. Che se sieno date prima, si fa la distinzione da noi a suo tempo accennata: diventano tosto del marito se l'intenzione della donna è stata di farle passare subito; lo diventeranno alla conclusione del matrimonio, se furono trasferite con tale condicione.

Ora il KRUEGER sostiene la genuinità del passo e quindi la classicità dell'*accessio temporis* nell'usucapione. Il ZANZUCCHI, per contro, assume che l'*accessio* anche qui doveva riferirsi al possesso interdittale, essendo troppo naturale che dopo avere parlato della proprietà, si parli anche del possesso. Mentre, a suo avviso, non sarebbe facile intendere come, dopo aver detto che il marito diventa proprietario delle cose dotali, si dica che le usucapisca. Se è proprietario non ha bisogno alcuno di usucapire.

La questione è assai grave, anche perchè dubbi sull'ordine, in cui i vari frammenti del libro 31 di Ulpiano *ad Sabinum* debbono essere stati nell'opera originale, non lasciano di affacciarsi anche di fronte alla ricostruzione proposta dal LENEL (3).

(1) *In dotem* dett.

(2) Il MOMMSEN vorrebbe qui inserire *statim eius etiam antequam nuptiae fiant*.

(3) *Palingenesia* II p. 1131-1136.

Non è facile il persuadersi che il fr. 41. 9. 1, che parla della *causa usucapionis* fondata sulla dote — del titolo *pro dote* — sia proprio così separato dal nostro passo, come il LENEL propone. E' assai importante il rilievo, che nel cit. fr. 1 *pro dote* si fa quasi colle identiche parole la stessa distinzione, che si contiene nel nostro frammento, sul momento in cui la cosa entra nel patrimonio, e se ne trae la conclusione, che solo nel caso d'intenzione rivolta al trasferimento immediato della dote, comincia subito la usucapione per il futuro marito (1). Non è verosimile che i due passi fossero riuniti e che unica fosse la questione proposta? Contro lo ZANZUCCHI sta che nel nostro frammento le parole iniziali non accennano al passaggio della proprietà in ispecie. *L'in bonis fieri* accenna anche alla *b. f. possessio*, o meglio allo stato di chi usucapisce. Ed allora l'*accessio temporis* avrebbe diretta relazione coll'usucapione. La cosa, dunque, si presenta molto dubbia, tant'è che lo stesso egregio romanista di Macerata finisce per riconoscere che il passo non è decisivo nè per l'una nè per l'altra congettura (2).

§ 273.

Anche diritti reali speciali possono formare oggetto di dote. E così l'usufrutto, l'enfiteusi, la superficie.

Riguardo all'usufrutto l'attestazione delle fonti non lascia luogo a dubbi. Esso può essere oggetto di dote tanto se il proprietario della cosa (sia la donna, sia altri) lo costituisca a favore del marito, quanto se un usufrutto già costituito venga dato in dote. Ed ancora può la dote consistere nella restituzione del-

(1) Se sia classica però l'affermazione, che sino alla celebrazione del matrimonio lo sposo usucapisca *pro suo* e non *pro dote*, può dubitarsi. Si sa che appunto recentemente si è in genere attribuito a Giustiniano lo avere creato il titolo *pro suo*.

(2) La *b. f. possessio* poteva diventare dominio non soltanto per via dell'usucapione, ma anche per la consumazione in buona fede dei denari ricevuti in dote. V. fr. 23. 3. 81 in relazione a fr. 12. 1. 13, 1 e 46. 3. 94 pr.

l'usufrutto a favore del marito nudo proprietario della cosa. È utile l'esame di alcuni passi relativi a queste ipotesi.

Pomponius l. 8 ad Q. Mucium — fr. 23. 3. 66.

Si usus fructus fundi, cuius proprietatem mulier non habebat, dotis nomine mihi a domino proprietatis detur, difficultas erit post divortium circa reddendam ius mulieri, quoniam diximus usumfructum a fructuario cedi non posse nisi domino proprietatis et, si extraneo cedatur, id est ei qui proprietatem non habeat (1), nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. quidam ergo remedii loco putaverunt introducendum, ut vel locet hunc usumfructum mulieri maritus vel vendat nummo uno, ut ipsum quidem ius remaneat penes maritum, perceptio vero fructuum ad mulierem pertineat.

Qui, dunque, si fa l'ipotesi di un usufrutto costituito da un terzo su cose proprie a favore del futuro marito, *dotis nomine*. La possibilità della costituzione dotale, consistente nella creazione di un usufrutto a favore del marito, è considerata come tale da non offrir luogo a dubbi. La difficoltà sta solo nella maniera con cui la dote dovrà essere restituita alla moglie in caso di divorzio. Si sa che l'usufrutto è un diritto inerente alla persona, epperò non cedibile. Se si ceda, nulla si trasmette, e l'unico effetto della cessione è il ritorno dell'usufrutto alla proprietà, epperò la consolidazione di questa (2). Ad evitare ciò si ricorse da qualcuno al ripiego di dare in locazione l'usufrutto alla moglie o di venderlo ad essa *nummo uno*, ossia, senza corrispet-

(1) Secondo EISELE (*Riv. per la fond. Sav.* XIII p. 140) sarebbe interpolato l'inciso esplicativo *id est — non habeat*.

(2) L'opinione di Q. Mucio, riferita da Pomponio, non prevalse nel diritto classico. Gaio (II. 29) insegna, che l'usufruttuario cedendo *in iure* il suo diritto al proprietario genera la consolidazione, cedendo ad un estraneo *ius suum retinet*: e ciò perchè *creditur ea cessione nihil agi*. Per i primi la cessione, nulla come tale, vale almeno come rinuncia, perchè vi è la volontà di dismettere. Per gli altri la volontà di dismettere vi è solo in quanto si trasferisce il diritto: se la traslazione non ha luogo, non vi è più volontà di rinunciare. Cfr. *Vat. fragm.* 45. 48. 54. 75. In quest'ultimo passo Celso chiama — col solito suo linguaggio aggressivo — *stolida* l'opinione contraria.

tivo, a modo che, pur rimanendo l'usufrutto, come diritto, al marito, il godimento, la percezione de' frutti, sia lasciata alla moglie. L'usufrutto, appunto perchè è del marito, durerà finchè vive costui.

Per identica ragione quando il titolare di un usufrutto lo voglia costituire in dote, dovrà ricorrere allo stesso ripiego di locarlo o venderlo *nummo uno* al marito.

Il diritto rimarrà presso il costituente, ma il godimento sarà presso il marito. Naturalmente, ove il costituente venga a morire prima dello scioglimento del matrimonio, l'usufrutto verrà meno, appunto perchè inerente alla persona.

§ 274.

Della costituzione di dote fatta per via di rinuncia all'usufrutto è questione nel passo seguente.

Tryfoninus l. 11 *disputationum* — fr. 23. 3. 78 pr.

Cum in fundo mariti habens mulier usum fructum dotis causa eum marito dedit, quamvis ab ea usus fructus decesserit (1), maritus tamen non usum fructum habet, sed suo fundo quasi dominus utitur, consecutus per dotem plenam fundi proprietatem, non separatam usu fructu, nec est, quod non utendo maritus amittat. divortio autem facto constituet in eodem fundo usum fructum mulieri. quod si in matrimonio decesserit uxor, nihil emolumenti ob dotem habere videtur maritus, quia et si uxorem eam non duxisset, fructuarie morte finitus usus fructus ad proprietatem rediret: ideoque nec in funus confert mulieris.

La donna ha diritto di usufrutto sopra un fondo del marito, e costituisce in dote tale diritto. Naturalmente, la cessione dell'usufrutto al marito consolida la proprietà, ed il marito godrà del fondo non come usufruttuario, ma come proprietario. Il vantaggio arrecatogli dalla costituzione di dote non è già nell'acquisto dell'usufrutto, ma nella consolidazione del dominio. Onde, non essendovi usufrutto, non vi è pericolo che per il non uso egli

(1) Hal *discesserit*.

venga a perdere il diritto datogli in dote, come avverrebbe se effettivamente gli fosse costituito un usufrutto spettante al costituente (1). Avvenuto il divorzio, poichè non vi è ragione per arricchire il marito, tenendo ferma la consolidazione, e poichè d'altra parte l'antico diritto non può risorgere, si dovrà dal marito costituire di nuovo l'usufrutto a favore della donna. Se poi il matrimonio si venga a sciogliere per morte della moglie, nulla ha da restituire il marito, perchè nulla egli viene a lucrare per la costituzione di dote, poichè alla morte dell'usufruttuaria egli avrebbe consolidato la proprietà, anche senza il matrimonio. Onde ne trae la conseguenza il giureconsulto, che il marito non è tenuto a contribuire per i funerali della moglie, come onere della dote, non avendo nulla egli per titolo di dote.

Talora è difficile sceverare se, in luogo di una costituzione di dote consistente nel diritto di usufrutto, non vi sia la volontà di costituire in dote i frutti stessi. Ciò poi dà luogo ad ulteriori questioni, perchè l'essere i frutti vincolati *ad sustinenda onera* può far ritenere che debbano essere nella libera disposizione del marito. Onde la nullità che qualche giureconsulto afferma riguardo al patto *ut fructus in dotem converterentur*. Mentre d'altra parte si riconosce l'efficacia del patto di non chiedere la dote dalla donna finchè essa viva: il che, naturalmente, importa appunto privazione dei frutti. Le dispute su questo punto sono assai gravi, nè possiamo occuparcene nel breve limite imposto alla nostra esposizione (2).

Non vi può essere dubbio che l'enfiteusi e la superficie potessero formare oggetto di dote, sia costituendole appositamente, sia assegnandole già costituite.

§ 275.

Anche un diritto di eredità può essere costituito in dote, tanto se esso sia rivolto contro il costituente, quanto se il debitore sia

(1) Cfr. fr. 78 § 2 eod. tit.

(2) Cfr. da ultimo SOLAZZI *la restituzione della dote nel diritto romano* (1899) p. 22. sg.

una terza persona. La promessa di una dote, di cui noi ci occuperemo a suo tempo, importa appunto il sorgere di un credito dotale a carico del costituente. Ma può darsi in dote anche un credito esistente verso altri. Il costituente ha una ragione di credito contro Tizio: egli può cederlo al futuro marito a titolo di dote.

Impp. Valerianus et Gallienus AA. Celso — c. 4. 10. 2 (a. 260).

Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit nec litis contestatio subsequuta sit, utilem tamen marito actionem ad similitudinem eius qui nomen emerit dari oportere saepe rescriptum est.

Suppone il rescritto imperiale che sieno stati dati in dote alcuni crediti, senza che sia avvenuta novazione soggettiva per la delegazione a favore del marito, o per via della contestazione della lite fatta con questo. Tuttavia il marito avrà un'*a. utilis* come è accordata a colui che ha comprato un credito. Il rescritto attesta, che spesso fu dagli imperatori praticamente applicata al marito questa norma stabilita per il compratore di un diritto di credito.

Per bene intendere questo rescritto occorre rammentare come si effettuava la novazione soggettiva. Ci dice Ulpiano (fr. 46.2. 11, 1): « fit delegatio vel per stipulationem, vel per litiscontestationem ». Io, creditore di Tizio gli ordino di promettere a Sempronio quanto deve a me. Colla stipulazione fatta da Sempronio in seguito a ciò, io cesso di essere creditore e in luogo mio subentra Sempronio di fronte a Tizio. « Nam — scrive Gaio (II. 38) — quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi de-beri... opus est ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis ». E con questa prima maniera si spiega l'espressione del nostro rescritto, *si delegatio praecesserit*.

Ma Gaio subito appresso continua: « sine vero hac novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor aut procurator meus experiri ». Ove dunque non siasi fatta una tale novazione, Sempronio — continuando nel-

l'esempio suindicato — non potrà agire contro Tizio in nome proprio, ma si presenterà come *cognitor* o *procurator* — le due figure di rappresentanza giudiziale — del creditore, e quindi *ex persona creditoris*, e farà valere non un diritto proprio, sibbene un diritto del creditore. Ora colui che agisce in nome altrui pone nella formola, accordata dal magistrato, il nome del creditore nell'*intentio*, ossia nella domanda, ma è nel nome del rappresentante che è concepita la parte della formola, che ordina al giudice di condannare o di assolvere, secondo le risultanze dell'istruttoria — ossia la *condemnatio*. Così ci dice appunto Gaio (IV. 86): « qui autem alieno nomine agit, intentio-  
« nem quidem ex persona domini sumit, condemnatio autem in  
« suam personam convertit ». E poichè colla dazione e ricevimento della formola si opera la contestazione della lite e colla contestazione cessa il diritto dedotto e si sostituisce ad esso il *condemnari oportere* (Gai III. 180), la formola anzidetta opera il trapasso del credito dal primitivo titolare in Sempronio. E così lo stesso effetto della novazione per via di stipulazione si ottiene a mezzo della contestazione della lite fatta a favore di colui, a cui si vuole trasmettere il credito. Ciò rende ragione dell'altro inciso del nostro rescritto, *nec litis contestatio subsequuta sit*. E poichè trattasi di un rappresentante, che è tale solo per forma e che in sostanza è il titolare del diritto sperimentato, anche l'esecuzione ha luogo a suo favore. Tale è la specialità di colui che agisce come mandatario, ma *in rem suam*.

La costituzione di dote, adunque, consistente nello attribuire al marito un credito del costituente verso un terzo, poteva effettuarsi per le due vie indicate. Solo nel momento della *stipulatio* o della *litis contestatio* aveva luogo l'effettivo trapasso. Ma il rescritto ci dà notizia di una riforma, che, sull'esempio della cessione a titolo di vendita, fu applicata a favore del marito. Invece di attendere il compimento della *stipulatio* o della *litis contestatio*, il marito, in base alla semplice costituzione di dote, poteva agire direttamente contro il debitore con un'*a. utilis*. Lo stesso rescritto attribuisce questa novità ad un'imitazione di



quanto si ammise per la vendita del credito. Ed alla sua volta pare che alla *venditio nominis* la concessione di un' *actio utilis* sia stata applicata in base a quel che fu ammesso per la *venditio hereditatis*. Ma la storia e la teoria di questa *actio utilis* del cessionario è seminata di difficoltà gravissime: nè noi dobbiamo qui occuparcene (1).

§ 276.

Può la dote essere costituita anche liberando il marito da un debito suo verso il costituente.

Paulus l. 35 *ad edictum* — fr. 23. 3. 41, 2.

Accepti quoque latrone dos constituitur, cum debitori marito acceptum feratur dotis constituendae causa.

Afferma qui Paolo il principio della possibilità di costituire la dote liberando il marito da un suo debito verso il costituente, che nella specie è la moglie. Ma, appunto perchè l'*acceptilatio* ha scopo dotale, ove sia effettuata prima del matrimonio e questo poi non si celebri, la liberazione non ha effetto, com'è ripetutamente affermato nelle fonti.

Ulpianus l. 3 *disputationum* — fr. 23. 3. 43 pr.

Licet soleat dos per acceptilationem constitui, tamen, si ante matrimonium acceptilatio fuerit interposita nec nuptiae secutae, Scaevola ait matrimonii causa acceptilationem interpositam non secutis nuptiis nullam esse atque ideo suo loco manere obligationem: quae sententia vera est.

Iavolenus l. 1 *ex Plautio* — fr. 12. 4. 10.

Si mulier ei cui nuptura erat cum dote dare vellet, pecuniam quae sibi debebatur acceptam fecit, neque nuptiae insectae sunt, recte ab eo pecunia condicetur, quia nihil interest utrum ex numeratione pecunia ad eum sine causa an per acceptilationem pervenerit.

I due passi concordano sostanzialmente in ciò, che la libera-

(1) Cfr. per la letteratura sul difficile argomento WINDSCHEID II. § 329 nota 6.

zione rivolta a costituzione di dote non può avere effetto definitivo quando le nozze non vengano concluse. Però Ulpiano afferma che la *acceptilatio* in questa ipotesi è nulla e la obbligazione rimane inalterata; dal che deriva che la donna potrà agire coll'azione relativa per ottenere il soddisfacimento. Mentre, invece, Giavoleno dà efficacia alla *acceptilatio* e fa avere alla donna quanto le era dovuto, non già intentando l'azione primitiva, che è estinta, ma la *condictio sine causa*, fondata sullo indebito arricchimento, che è conseguenza della liberazione, cui è mancato lo scopo. Come si vede, profondo è il divario fra i due concetti.

La deficienza delle nozze opera *ipso iure* nel primo, come se l'*acceptilatio* fosse condizionale e la condizione fosse mancata. Ed è invece sicuro che l'*acceptilatio* non poteva aver luogo sotto condizione esplicita. Invece tale deficienza opera nel secondo sotto il profilo della mancata causa, per cui l'effetto si avvera sì, ma può essere revocato per la mancanza della vera volontà della parte. Nè è rilevante, per togliere l'antitesi fra le due soluzioni, l'osservazione, che Giavoleno nel fr. 10 non dà una *condictio acceptilationis*, ma una *condictio* rivolta direttamente alla somma che formava oggetto del debito estinto, e quindi un'azione rivolta alla prestazione dovuta (1); perchè sempre è vero che non si tratta dell'azione, con cui l'obbligazione avrebbe potuto essere fatta valere da prima, se l'*acceptilatio* non vi fosse stata e con cui deve farsi valere data l'affermazione, del fr. 43 di Ulpiano, che la liberazione è nulla e l'obbligazione rimane immutata. La antinomia sempre rimane ed è innegabile che noi ci troviamo di fronte a due diverse costruzioni giuridiche. Varii tentativi sono stati fatti per tentare di togliere il dissenso e tra altri il Cuicchio (2) osserva, che nel fr. 10 la donna voleva l'effetto imme-

(1) Su questo spinoso argomento cfr. fra altri PERNICE, *Labco* III. 211 nota; MAYR, *Riv. per la fond. Sar.* XXV. 193; KOSCHEMBAR-LYSKOWSKI, *la condictio come azione di arricchimento* (1907) II p. 271.

(2) In l. XXXV *Pauli ad edictum*, ad fr. 41 § *accepti, de iur. dot.* Opera (ed. neap.) V. 550 seg.

C. FADDA. — *Diritto delle persone.*

diato (*dare vellet*) e quindi una liberazione equivalente a trapasso effettivo ed attuale della somma dovutale. Perciò bisognava richiedere colla *condictio sine causa* il denaro che era nel patrimonio del fidanzato. Invece nel fr. 43 si avrebbe un' *acceptilatio* fatta sotto la tacita condizione delle nozze. Ma di questa differenza di volontà non è cenno affatto nei passi. Per il BECHMANN (1), Giavoleno considererebbe come condizione fondata sul tacito volere delle parti la celebrazione delle nozze, epperò, tenuta ferma la *acceptilatio*, se ne distruggerebbe l'effetto per via della *condictio*: Ulpiano, per contro, la considererebbe come una *condicio iuris* indispensabile per l'efficacia dell'atto, come un vero requisito di esso, epperò tale da impedire l'effetto dell'*acceptilatio*.

Però se la celebrazione delle nozze si consideri come una condizione tacita, essa è pienamente efficace anche quanto agli *actus legitimi* (fr. 50. 17. 77), cui appartiene l'*acceptilatio*.

È il logico corollario del principio che *expressa nocent*. Onde o come tacita *condicio facti*, o come *condicio iuris* identica sarebbe l'influenza della celebrazione delle nozze. Anzi non sembra troppo coerente Giavoleno quando, dopo avere affermato che tale celebrazione pone il trapasso della dote in istato di pendenza, riservando così l'effetto al verificarsi delle nozze, qui lascia che l'*acceptilatio* produca senz'altro l'estinzione. Vuol dire forse che a suo avviso quel che era vero per la stipulazione non lo era per l'*acceptilatio*. Ma Ulpiano fu di diverso avviso. E credo che il fr. 43 debba prevalere nel diritto giustiniano, anche perchè esso è collocato nella *sedes materiae*, dove si tratta ex professo della dote.

La liberazione a titolo di dote può del resto essere fatta anche per via di *pactum de non petendo* (fr. 23. 3. 12, 2).

§ 277.

Le nostre fonti ci presentano anche sotto un altro aspetto la rinunzia come valida costituzione di dote.

(1) Op. cit. II p. 14 sg.

Paulus l. 3 *de adulteriis* — fr. 23. 5. 14, 3.

Si fundum legatum sibi dotis causa mulier repudiaverit vel etiam substituto viro omiserit hereditatem vel legatum, erit fundus dotalis.

Alla donna fidanzata è stato legato un fondo appartenente ad un'eredità spettante al marito. Ove essa rinunci al legato, questo, secondo i principii generali, ricade a favore dell'erede. Ma se la rinunzia è stata fatta nell'intesa che il vantaggio patrimoniale derivante dal legato sia ritenuto dal futuro marito come dote, il fondo sarà dotale e come tale assoggettato a tutte le regole della dote. Così è anche per il caso, in cui la fidanzata sia istituita erede da Tizio e le sia sostituito il fidanzato. Se la prima chiamata ripudia l'eredità, nell'intesa che il vantaggio, che ne discende al fidanzato come sostituito, valga come dote, tale intesa riescirà efficace e l'eredità sarà dotale. Anche in questi casi di ripudio, come nella rinunzia all'usufrutto spettante alla moglie o, in genere, al costituente, sul fondo del futuro marito, l'acquisto a favore di costui ha luogo *ope legis*, sia per la chiamata in sostituzione, sia per la qualità di proprietario della cosa. Ma la rinunzia, senza la quale questo acquisto non avrebbe avuto luogo, non fu fatta semplicemente, ma nell'intento di far accrescere il patrimonio del marito a titolo di dote. La donna, invece di accettare il legato o l'eredità e poi farne costituzione dotale, rinunzia, ma nell'intesa che l'aumento patrimoniale a favore del marito resti come dote. Più che una vera rinunzia vi è qui in sostanza una traslazione di diritti (1).

Ma per quanto ciò sia vero nella sostanza, dal punto di vista formale l'eredità e il legato si considerano come se non siano stati della donna neppure un momento. Epperò la restituzione della dote comprenderà bensì tutte le cose che formarono oggetto dell'eredità o del legato, ma non potrà essere rivolta alla restituzione della eredità o del legato come tale.

(1) Cfr. FADDA e BENZA su WINDSCHEID I, 1 p. 854 sg.

Si riferisce a queste figure di costituzione un passo di Ulpiano (l. 31 *ab Sabinum* — fr. 23.3.5,5).

Si *pater repudiaverit hereditatem dotis constituendae causa* (forte *quod maritus erat substitutus aut qui potuit ab intestato hereditatem vindicare*) *dotem profecticiam non esse* Julianus ait. sed et si *legatum in hoc repudiaverit pater, ut apud generum heredem remaneat dotis constituendae causa*, Julianus probat non esse *profectum id de bonis*, quia nihil erogavit de suo *pater*, sed non adquisivit.

Qui è il padre della moglie che, istituito erede o onorato di un legato, ripudia, nell'intento di costituire in dote alla figlia le cose lasciategli, l'eredità o il legato, per farle acquistare al genero, che è sostituito nell'eredità o nel legato, o che sarebbe chiamato per legge venendo meno la vocazione testamentaria. Che siavi dote non è dubbio: si fa solo questione se si tratti di *dos profecticia*, nè tale questione sarebbe possibile quando dote non vi fosse. Onde abbiamo la conferma di quanto sopra assumevamo (1).

Ma è proprio esatto l'insegnamento di Giuliano, approvato da Ulpiano, che la dote non sia *profecticia*? Dal punto di vista formale non è dubbia l'esattezza dell'avviso di Giuliano. Ma, ripetiamolo, chi guardi alla sostanza non può disconoscere che la dote è fatta a spese del padre. Tanto vale l'aver sborsato una somma, quanto il farla acquistare al marito rinunciandovi, nell'intesa che tale rinunzia valga costituzione di dote. Il disconoscimento della qualità di *profecticia* torna, naturalmente, a vantaggio della donna.

§ 278.

Può essere costituito in dote un intero patrimonio, e noi a suo luogo abbiamo visto come si sia discussa la possibilità che la donna si costituisca in dote tutto quanto essa possiede. La questione non si può più considerare come tale sulla fine del pe-

(1) Cfr. SAVIGNY, *Syst.* VI § 145 nota 3; BECHMANN II p. 123 sgg.

riodo classico. Già Paolo (l. 8 *responsorum* — fr. 23.3.72 pr.) considera questo punto come sorpassato, ponendo solo la questione sulle conseguenze della costituzione in dote di tutto il patrimonio.

*Mulier bona sua omnia in dotem dedit: quaero, an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur.* Paulus respondit eum quidem, qui tota ex repromissione dotis bona mulieris retinuit, a creditoribus conveniri eius non posse, sed non plus esse in promissione bonorum quam quod superest deducto aere alieno.

Al giureconsulto si propone la questione: se il marito, che ha ricevuto in dote tutto il patrimonio della moglie, risponda per i debiti che gravano su questo. Egli vi risponde, che i creditori non possono convenire il marito per i debiti, ma che questi non può avere più di quanto resta dopo pagati i debiti.

Cominciamo dall'osservare che la costituzione di dote relativa ad un patrimonio si effettua per la semplice *promissio*, ma che per i singoli elementi compresi in questo patrimonio occorre un particolare modo di traslazione, rispondente alla loro speciale natura. E quindi, ove la donna si sia costituito in dote il suo patrimonio, la proprietà delle cose passa nei soliti modi e per i crediti occorre una speciale trasmissione. Anche dopo la riforma di Teodosio II, che ammette la costituzione di dote per semplice patto, sorgerà bensì nel marito il diritto di avere i singoli elementi del patrimonio, ma non passeranno i vari diritti onde questo consta. Avviene qui quel che accade per la *donatio omnium bonorum* dopo che Giustiniano dichiarò valido ed efficace il *pactum donationis*. È chiaro dunque che, mancando il carattere di universalità all'oggetto della donazione e il titolo universale, non vi potrà essere una successione universale e tanto meno una successione nei debiti, che, per diritto romano, è propria della sola successione ereditaria. Il marito, che abbia ricevuto tutto il patrimonio della moglie, non è in modo alcuno vincolato verso i creditori di questa.

Però tanto nei riguardi della moglie, quanto in quelli dei cre-

ditori la cosa non è così recisa come può apparire da questa sola troppo semplice considerazione.

Nei riguardi della moglie è chiaro che, dando essa tutto il suo patrimonio, ha inteso darlo nella sua attuale condizione e quindi coi pesi. L'intenzione è che il marito abbia quel che resta dopo pagati i debiti. Quando si cedono i *bona*, si applica la nota regola che *bona non intelleguntur nisi deducto aere alieno*.

Nei riguardi dei creditori, ove fossero effettivamente stati privati di tutte le attività della debitrice, senza l'assunzione delle passività, essi potrebbero agire colla *Pauliana*, secondo le regole proprie di questa. Ma, si noti, in tal caso, non essendo il marito un acquirente a titolo gratuito, occorre provare che egli era partecipe della frode. Ma poichè l'intenzione è limitata a trasferire solo quel che resta dopo pagati i debiti, i creditori avranno azione per pagarsi sulla parte non trasferita, corrispondente appunto alle passività.

È controverso se la dote possa comprendere non solo la universalità di beni presenti, ma anche tutti i beni futuri. Tale costituzione può ritenersi possibile solo ove in genere si tenga per valida la donazione di tutti i beni futuri. Il che è in diretta opposizione col principio, che per diritto romano vieta i patti successori. Tanto vale fare un contratto con cui uno si obbliga a istituire la controparte erede in tutti i beni che avrà *tempore mortis*, quanto donare ad uno tutti i beni presenti e futuri. Anzi questa donazione ha una maggiore energia, perchè vincola al trasferimento de' singoli beni a misura che si acquistano, mentre la istituzione di erede per contratto non comprende se non i beni esistenti *tempore mortis*.

§ 279.

La costituzione della dote può aver luogo in modo che le cose, di cui si trasferisce la proprietà nel marito, debbano essere restituite al momento in cui avviene lo scioglimento del matrimonio. Questo risultato si ottenne, nel diritto classico, innestando una

obbligazione contrattuale all'acquisto della dote da parte del marito. Per lo innanzi, come abbiamo visto, i beni, di cui la dote era oggetto, si confondevano nel patrimonio del marito e non erano soggetti ad un regime particolare, nè durante, nè dopo il matrimonio: l'innovazione si rese necessaria di fronte all'aumentato numero dei divorzi. Fu dunque introdotto l'uso di far promettere al marito la restituzione della dote, mediante contratto verbale stipulato nell'istante in cui riceveva la dote (*cautio rei uxoriae*).

E quest'uso divenne poi così normale, che Giustiniano finì con lo stabilire che la stipulazione di restituzione a favore della donna dovesse ritenersi sempre sottintesa. Ma fin dall'epoca in cui cominciò a redigersi la *cautio* si usò di costituire la dote *aestimata* (pur perdurando la costituzione di dote senza *aestimatio*). Con la *aestimatio dotis* si mirava a conseguire uno di questi due intenti: o il definitivo trasferimento nel marito della proprietà della dote, senza che la cosa per se stessa dovesse considerarsi costituita in dote, e in tal caso la dote non era più formata dalla cosa, ma dalla somma di denaro che si era fissata nella stima. Quindi, allo scioglimento del matrimonio, il marito non era più debitore della cosa, ma della sua *aestimatio*.

Oppure la stima non aveva questo scopo, ma semplicemente quello di fissare la misura della responsabilità pecuniaria del marito all'atto della restituzione. Nel primo caso, si parla di *aestimatio venditionis causa*; nel secondo, di *aestimatio taxationis causa*.

Le fonti qualificano come compra-vendita la *aestimatio venditionis causa*; non bisogna però dimenticare, che trattasi sempre di una compra-vendita a scopo di costituzione di dote e che quindi possono qui verificarsi alcune conseguenze assolutamente estranee alla compra-vendita normale. Così, ad esempio, la compra-vendita ordinaria, nel diritto classico, non può essere annullata per ciò che il prezzo risulti inferiore al giusto valore della cosa: solo il diritto bizantino stabilisce che il venditore possa reclamare contro la vendita di stabili per causa di lesione, quando il

prezzo sia inferiore alla metà del valore della cosa (1). Nella *aestimatio dotis venditionis causa*, invece, se l'apprezzamento della cosa data in dote sia avvenuto in una misura non rispondente alla realtà, e leda quindi gli interessi della donna, questa può agire nell'istante della restituzione, per far modificare i risultati della *aestimatio*: modifica che non può certamente domandarsi nella compra-vendita ordinaria.

La stima dunque può esser fatta in un duplice scopo, e l'uno scopo non deve esser confuso con l'altro. Quando si tratta di *aestimatio venditionis causa*, quella che è direttamente costituita in dote è la stima stessa, e quindi le cose dotali trapassano definitivamente nella proprietà del marito, come cose del marito non separate dalle altre che si trovano di già nel suo patrimonio. Mentre nella *aestimatio taxationis causa*, le cose dotali passano sempre a titolo di dote, rimangono separate e formano un tutto autonomo entro il patrimonio del marito, e restano esse individualmente in dote. Qui, ripetiamo, la stima è fatta al solo scopo di fissare la somma che il marito dovrà pagare se alcuna cosa perisce per sua colpa.

§ 280.

Abbiamo, nelle nostre fonti, molteplici applicazioni di questi concetti. Vediamone qualcuna.

fr. 23. 3. 16. *ULPIANUS, libro 34 ad Sabinum.*

Quotiens res aestimata in dotem datur, evicta ea virum ex empto contra uxorem agere et quidquid eo nomine fuerit consecutus, dotis actione soluto matrimonio ei praestare oportet. quare et si duplum forte ad virum pervenerit, id quoque ad mulierem redigetur. quae sententia habet aequitatem, quia non simplex

(1) Anche il nostro codice civ. (art. 1529) contempla la rescissione della vendita di un immobile quando il venditore è stato leso oltre la metà del giusto prezzo. Pel nostro diritto può altresì aver luogo la rescissione per lesione quando uno dei coeredi provi di esser stato leso nella divisione ereditaria oltre il quarto (C. civ. art. 1048).

venditio sit, sed dotis causa, nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris: sufficit enim maritum indemnem praestari, non etiam lucrum sentire.

Ogni qualvolta venga data in dote una cosa stimata (*venditionis causa*) e questa sia stata evicta, il marito deve agire in base alla compra-vendita contro la moglie, e quando il matrimonio venga sciolto, è tenuto con l'azione derivante dalla dote a prestare alla moglie quanto ha percepito in base al titolo della compra-vendita. Perciò, se il marito abbia conseguito il doppio, anche questo doppio tornerà alla moglie. Questa sentenza è profondamente giusta: infatti qui non si tratta di vendita pura e semplice, ma di vendita a scopo di dote, ed il marito non deve ritrarre un lucro dal danno della donna, occorrendo che egli sia tenuto indenne, non già, anche, che egli faccia un guadagno.

Se, per esempio, il fondo dato in dote era stato apprezzato per centomila sesterzii, ed in seguito era stato evitto, il marito doveva rivolgersi con l'azione di compra-vendita contro la moglie. E se costei aveva pagato il doppio (1), ossia duecentomila sesterzii, il marito doveva renderli tutti allo scioglimento del matrimonio, non già restituire i soli centomila che costituivano il prezzo di stima. Ciò perchè il marito non è un ordinario com-

(1) Il pagamento del doppio in caso di evizione ha origini che risalgono a tempi anteriori alle XII Tavole. Nell'antichissimo diritto il compratore per via di mancipazione di una cosa *a non domino*, quando in seguito fosse evitto dal vero proprietario, aveva l'*actio auctoritatis* tendente alla restituzione del doppio del prezzo contro il venditore. Era una azione che intendeva a punire l'alienante disonesto, ma essa non si poteva sperimentare che da colui che aveva acquistato per mezzo di regolare mancipazione. Venne allora in uso, per tutti i casi in cui non si era voluta o potuta fare una valida mancipazione, di pattuire con un contratto verbale il pagamento del doppio del prezzo e semplicemente il risarcimento del danno in caso di evizione (*stipulatio duplae* nel primo caso, *stipulatio habere licere*, nel secondo). Si finì poi col sottintendere queste stipulazioni anche quando non erano state realmente fatte, col concedere sempre l'indennizzo in base all'*a. empti* o il pagamento del doppio in certi casi determinati, in base alla *stipulatio duplae*.

pratore; questa qualifica non può scompagnarsi in lui dalla causa dotale che lo informa.

fr. *eiusd. tit. 10* — ULPIANUS, *libro 34 ad Sabinum*.

Plerumque interest viri res non esse aestimatas idcirco, ne periculum rerum ad eum pertineat, maxime si animalia in dotem acceperit vel vestem, qua mulier utitur: eveniet enim, si aestimata sit et eam mulier adtrivit, ut nihilo minus maritus aestimationem eorum praestet. quotiens igitur non aestimatae res in dotem dantur, et meliores et deteriores mulieri fiunt.

Per lo più è interesse del marito che le cose dotali non siano estimate, perchè così non spetta a lui il pericolo di tali cose, soprattutto se egli ha avuto in dote degli animali o il corredo di cui fa uso la moglie. In questo secondo caso, se il corredo è stato apprezzato e la moglie lo ha consunto, il marito sarà ugualmente debitore del prezzo di stima.

Pertanto, tutte le volte che vengono date in dote cose non estimate, gli aumenti o le diminuzioni di valore vanno sempre a profitto o a danno della moglie.

Anche questa è una conseguenza del principio che la *dos aestimata* si considera come una compra vendita, per la quale la proprietà della cosa dotale si trasferisce senz'altro nel marito. E poichè *res perit emptori*, il marito non ha interesse alcuno a fare la stima delle cose dotali. Invece, quando le cose non vengono stimate, ogni avvenimento favorevole o contrario che venga a colpirle è favorevole o contrario agli interessi della donna.

fr. *eiusd. tit. 12,1*. — ULPIANUS, *libro 34 ad Sabinum*.

Si mulier se dicat circumventam minoris rem aestimasse, ut puta servum, si quidem in hoc circumventa est, quod servum dedit, non tantum in hoc, quod minoris aestimavit: in eo acturam, ut servus sibi restituatur. enimvero si in aestimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum iustam aestimationem an potius servum praestet, et haec si servus vivit. quod si decessit, Marcellus ait magis aestimationem praestandam, sed non iustam, sed eam quae facta est: quia boni consulere mulier

debet, quod fuit aestimatus: ceterum, si simpliciter dedisset, procul dubio periculo eius moreretur, non mariti.

Anche la risoluzione di questi casi pratici dimostra che i giuriconsulti non si lasciavano guidare dal semplice criterio che l'*aestimatio venditionis causa* fosse una vendita normale, ma subordinavano sempre e adattavano all'istituto della vendita lo scopo dotale pel quale essa avveniva. Donde le deviazioni dai principi comuni della vendita che anche in questo frammento si riscontrano. Qui si tratta di una donna che si afferma ingannata nella stima della cosa dotale. L'inganno, consistente nello averle fatto credere che la cosa (nella specie: uno schiavo) valeva meno del suo valore reale, può essere stato fatto allo scopo di indurla a dare in dote lo schiavo che altrimenti non avrebbe dato. O può non avere influito affatto sulla decisione di darlo in dote, ma nondimeno avere fatto apporre un prezzo minore. Nel primo caso, la donna agirà per ottenere che le sia restituito lo schiavo. Chè se invece è stato ingannata al solo scopo di diminuire il prezzo di stima, il marito avrà la scelta o di prestare la giusta stima, o di restituire lo schiavo. Questo nel caso in cui lo schiavo sia in vita. Che se poi è morto, secondo Marcello dovrebbe prestarsi la stima, e non la giusta, ma quella che è stata fatta. Deve infatti reputarsi fortunata la donna se fu fatta la stima, perchè diversamente la perdita dello schiavo sarebbe andata a carico suo e non già del marito.

§ 281.

La dote, qualunque cosa ne formi oggetto, può essere costituita o col dare effettivamente al marito i beni che la compongono, e farli entrare così nel patrimonio di lui, o col promettere questa dazione.

Donde, l'antica tripartizione: « *dos aut datur* (dazione diretta, attribuzione effettiva dell'elemento patrimoniale), *aut dicitur*, *aut promittitur* (*dictio* e *promissio* sono i due casi di attribuzione al marito del diritto di far passare nel proprio patrimonio i beni

destinati in dote) ». Sulla *datio* ci siamo superiormente intrattenuti, nè occorre quindi che vi insistiamo ancora. Quanto alla *promissio dotis* basterà notare che essa non si dispaia da una ordinaria *stipulatio* se non per ciò, che nella sua formula deve esplicitamente menzionarsi il titolo dotale per il quale la promessa avviene: del resto, questa stipulazione si compie, come di regola, con una interrogazione rivolta dal marito e con una congrua risposta pronunciata dal costituente la dote. Appunto perchè il titolo dotale è sempre ricordato, essa vien detta *stipulatio dotis nomine*.

Diversa è la natura della *dictio dotis*. Si può dire che essa, insieme con la *pollicitatio*, costituisce una figura caratteristica del diritto romano. La *dictio* si concreta in una promessa formale del costituente, senza che vi sia interrogazione precedente (ciò è espressamente affermato nella epitome di GAIO, II. 9. 3). Tanto la moglie, quanto il padre di lei, quanto il debitore della moglie da questa delegato, possono *dicere dotem* allo sposo o al marito senza che questi interrogino: a queste sole persone si restringe la possibilità di compiere una valida *dictio dotis*.

Tutto ciò è indiscusso. Si disputa invece sulla necessità dell'accettazione: vi è chi la richiede sempre, anche tacita: anzi vi ha addirittura chi la sottintende sempre.

Altri, per contro — e sono i più — negano la necessità dell'accettazione. Noi siamo tra questi. Si obietta dai primi che il beneficio della promessa non può imporsi a chi non voglia. Ma l'obbiezione non regge. È certo che questo beneficio non si può imporre a chi non voglia. Epperò la volontà del destinatario è indispensabile per la *efficacia* della promessa unilaterale.

Ma altra cosa è l'*efficacia*, altra cosa la *validità* di un negozio giuridico. Un testamento, ad esempio, può esser valido, e pur restare privo di qualsiasi efficacia pratica perchè gli eredi non hanno accettato (*testamentum desertum*). Così dicasi della *dictio dotis*: se il destinatario la accetterà, vorrà dire che essa ha avuto pratica efficacia; ma ciò non toglie che tale promessa sia

tosto obbligatoria e che non possa essere revocata per ciò che non è stata accettata.

Nè può aver miglior fortuna l'assunto che l'accettazione si sottintendesse sempre, perchè doveva giungersi alla *dictio* solo dopo trattative preliminari che conducevano ad un'intesa sulla dote. A una dichiarazione verbale, epperò solenne, non può servire di complemento necessario una dichiarazione tacita, anzi presunta, di accettazione. Un negozio giuridico, che dovesse la sua esistenza all'accordo di due volontà, non potrebbe prendere vita con dichiarazioni d'indole disparata. Il negozio o è o non è formale. Se lo è dev'esserlo in tutti gli elementi necessari alla sua esistenza. La tecnica formalistica romana non può aver consacrato un tale assurdo.

Nel periodo imperiale troviamo sostituita l'espressione *pollicitatio* all'antica *dictio*.

Anche questo scambio di espressioni, per un cumulo di ragioni che qui omettiamo (1), conferma il carattere unilaterale della *dictio* e della *pollicitatio*. Come si può supporre, che se la *dictio* avesse avuto carattere convenzionale, non la si sarebbe sostituita con la espressione *conventio* o *pactum*? Quello che per l'indole dei nuovi tempi veniva a scomparire era la necessità delle parole solenni del formalismo: la figura sostanziale restava intatta. La *pollicitatio*, sostituita in questo punto dal diritto nuovo, era un negozio giuridico unilaterale come l'antica *dictio*, e non si può quindi confonderla col patto.

§ 282.

D'altra parte, accanto a questa promessa unilaterale non formale fu data efficacia anche alla dote costituita per semplice patto. La riforma è dovuta a Teodosio II, ed è consacrata nella Cost. 6 de *Dotis promiss.* 5, 11. Per bene intendere la portata di

(1) Vedile in FADDA, *Parte generale con speciale riguardo alla teoria del negozio giuridico*, *Lez. di dir. romano*, 1909 pag. 287 segg.

questo passo, in relazione anche con quanto siamo venuti dicendo in ordine alla *dictio dotis*, bisogna tenerlo presente così come ce lo riferisce il Codice teodosiano, colle modificazioni che poi subì entrando nella compilazione giustiniana.

C. Th. III. 13. 4 (*Brev. Alaric. III. 13. 4*) a. 428. 28 febr.

Impp. Theodosius et Valentinianus A.A. Hiero praef. praetorio.

Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus, etiamsi dictio vel stipulatio in pollicitatione rerum dotalium minime fuerit subsecuta.

La riforma dunque mira a dare efficacia alla promessa di dote spoglia di qualunque forma: sia la *dictio* unilaterale, sia la *stipulatio*, negozio bilaterale, perchè consistente in domanda e risposta solenni. L'interpretazione relativa accenna appunto alla efficacia malgrado della mancanza di *verba iuridica*. Così che non è questione sul carattere unilaterale o meno, ma sulla solennità o meno delle parole. Le antiche figure in tanto scompaiono in quanto cade la solennità, ma alla sostanza loro nulla è mutato. Vi sarà un atto unilaterale non solenne come vi è un atto bilaterale non solenne. *Qualiacumque verba sufficere*: ma questa sufficienza si applica tanto all'antica *dictio* quanto alla *stipulatio*. Onde se ne deve concludere, che alle due figure formali succedono le non formali della *pollicitatio* e del *pactum* o della *conventio*. Nella compilazione il testo ha subito una amputazione ed un'aggiunta. La *dictio* è tolta ed è lasciata solo la *stipulatio*: « etiamsi stipulatio etc. ». Come chiarimento ai *qualiacumque verba* si aggiunge: « sive scripta fuerint sive non ». Tale aggiunta vale a togliere ogni carattere di obbligatorietà alla formalità della scrittura, che era diventata sempre più di uso comune. La questione se *pactum* e *pollicitatio* nel diritto postteodosiano abbiano in pratica una diversa portata, non ha ragione d'essere. Noi abbiamo una *dictio*, che formalmente è unilaterale, ma per attuarsi esige naturalmene l'accettazione del marito. Scomparsa la necessità dei *certa verba*, è chiaro che la promessa unilaterale e l'accettazione, espressa o tacita, sono egualmente spoglie di ogni forma, e in definitiva nella costituzione di dote

si ha sempre la manifestazione di due volontà. Ecco perchè il *pactum* e la *pollicitatio*, che guardati in sè differiscono profondamente, coincidono qui praticamente. Ma ciò non toglie che la sostituzione della *pollicitatio* a *dictio* nella costituzione teodosiana accenni al carattere unilaterale di quest'ultima.

§ 283.

Può la dote costituirsi per via d'atto di ultima volontà e quindi a mezzo di legato o di fedecommesso? Nessun dubbio che il legato rivolto alla costituzione di una dote obblighi il gravato alla costituzione. Si suole dire in proposito che in tal caso non vi è una dote costituita per legato, bensì in quel modo con cui praticamente il gravato obbedirà alla volontà del disponente (1). Se il legato è fatto a favore della donna perchè si costituisca questa una dote, si ha un legato modale, che segue le regole proprie di questo, ma dote non si avrà se non quando la donna la costituisca effettivamente. Se è lasciato al marito a titolo di dote, malgrado di qualche apparente dissenso nei giureconsulti, il legato è valido, il marito può chiedere la dote, la quale, appunto perchè tale, sarà soggetta a tutte le conseguenze, che derivano dalla natura della dote; in particolare, il marito sarà tenuto alla restituzione secondo le regole usuali (2).

(1) Veramente il PEROZZI, *Ist.* 2 p. 258 nota 3 assume che la costituzione ha luogo per via di *datio dotis*. Non parmi che l'espressione sia corretta. Il gravato può anche costituire la dote per via di *promissio* quando l'interessato sia d'accordo.

(2) Cfr. su tutta la questione BECHMANN, *dir. dotale rom.* II § 81 p. 126 seg.



# INDICE

## Persona, caput, status.

§ 1.	Significato di <i>persona</i> — Rapporto fra <i>persona</i> e <i>homo</i> .	pag. 5
§ 2.	Continua.	» 7
§ 3.	Significato di <i>caput</i> .	» 10
§ 4.	Continua.	» 12
§ 5.	Derivazione di tale espressione.	» 13
§ 6.	Significato di <i>status</i> .	» 14
§ 7.	Continua.	» 15

## Nasciturus.

§ 8.	La rilevanza giuridica del <i>nasciturus</i> — La massima <i>nasciturus pro jam nato etc.</i>	» 16
§ 9.	Il nascituro e il diritto penale.	» 17
§ 10.	Il nascituro e i diritti civili.	» 18
§ 11.	Continua.	» 20
§ 12.	Continua.	» 21
§ 13.	Continua.	» 22
§ 14.	Continua.	» 23
§ 15.	Il nascituro e le persone giuridiche esistenti di fatto nel diritto moderno.	» 25

## Nascita e morte.

§ 16.	Nascita — Nato vivo.	» 26
§ 17.	» Mostri.	» 27
§ 18.	» continua.	» 28
§ 19.	» continua.	» 29
§ 20.	» parto artificiale.	» 31

§ 21. Nascita — continua . . . . .	pag. 32
§ 22. Morte — Prova — Presunzione e dichiarazione di morte. . . . .	» 33
§ 23. » continua . . . . .	» 35
§ 24. » onere della prova, commorienza . . . . .	» 37
§ 25. » eccezione . . . . .	» 38
§ 26. » continua . . . . .	» 41

La condizione giuridica delle persone.

*Liberi e schiari.*

§ 27. Triplice stato — <i>Status libertatis</i> — Distinzione in liberi e schiavi . . . . .	» 42
§ 28. <i>Iusta servitus</i> . . . . .	» 44
§ 29. Lo schiavo come uomo . . . . .	» 45
§ 30. Diverso trattamento dello schiavo . . . . .	» 46
§ 31. Continua . . . . .	» 47
§ 32. Lo schiavo dal punto di vista religioso . . . . .	» 48
§ 33. Lo schiavo e la famiglia . . . . .	» 49
§ 34. Lo schiavo e il <i>commercium</i> . . . . .	» 50
§ 35. Contenuto della <i>potestas dominica</i> — Lo schiavo come strumento d'acquisto . . . . .	» 51
§ 36. Continua . . . . .	» 53
§ 37. Peculio . . . . .	» 56
§ 38. Continua . . . . .	» 57
§ 39. Continua . . . . .	» 58
§ 40. Continua . . . . .	» 59
§ 41. Il peculio e la rappresentanza nel diritto moderno. . . . .	» 60
§ 42. Il peculio colla <i>libera administratio</i> . . . . .	» 61
§ 43. Rappresentanza nella donazione . . . . .	» 62
§ 44. Eredità e legati a favore dello schiavo . . . . .	» 64
§ 45. Il peculio e la <i>manumissio</i> — Morte dello schiavo . . . . .	» 65
§ 46. Come sorga la schiavitù — Nascita — Prigionia di guerra . . . . .	» 67
§ 47. Altri casi . . . . .	» 68
§ 48. Continua . . . . .	» 69
§ 49. Nascita . . . . .	» 71
§ 50. <i>Capitis deminutio maxima</i> . . . . .	» 72
§ 51. Cessazione della schiavitù — <i>Manumissio</i> — Origini . . . . .	» 74
§ 52. Confutazione del PEROZZI . . . . .	» 75
§ 53. Chi può manomettere . . . . .	» 77
§ 54. Continua . . . . .	» 80
§ 55. <i>Manumissio censu</i> — <i>Vindicta</i> . . . . .	» 81

§ 56. Continua . . . . .	pag. 82
§ 57. <i>Manumissio testamento</i> . . . . .	» 84
§ 58. Modalità che vi si possono apporre. . . . .	» 85
§ 59. <i>Statuliber</i> . . . . .	» 87
§ 60. Libertà fedecommissaria . . . . .	» 88
§ 61. <i>Manumissio in sacrosanctis ecclesiis</i> — Modi non solenni . . . . .	» 89
§ 62. Limiti alla manomissione — <i>Lex Fufia Canina</i> — <i>Lex Aelia Sentia</i> . . . . .	» 90
§ 63. Libertà ottenuta indipendentemente dalla volontà del <i>dominus</i> . . . . .	» 93
§ 64. Condizione giuridica della persona libera — <i>ingenui</i> e <i>libertini</i> . . . . .	» 94
§ 65. Chi è veramente liberto . . . . .	» 96
§ 66. Condizione del liberto — Nome — Pretesa analogia colla figliuolanza . . . . .	» 97
§ 67. <i>Obsequium</i> — conseguenze . . . . .	» 98
§ 68. Continua . . . . .	» 99
§ 69. <i>Operae</i> . . . . .	» 101
§ 70. Natura del diritto alle <i>operae</i> . . . . .	» 102
§ 71. <i>Jurata promissio</i> . . . . .	» 104
§ 72. Conseguenze . . . . .	» 106
§ 73. <i>Dona</i> — <i>munera</i> — <i>bona</i> — <i>tutela</i> . . . . .	» 107
§ 74. Repressione degli oneri imposti ai liberti . . . . .	» 109
§ 75. Continua . . . . .	» 111
§ 76. <i>Admissio in societatem</i> . . . . .	» 113
§ 77. Promessa di non sposarsi . . . . .	» <i>ibid.</i>
§ 78. Diritto di successione . . . . .	» 114
§ 79. Cessazione del patronato . . . . .	» 115
§ 80. <i>Jus anulorum aureorum</i> — <i>restitutio natalium</i> . . . . .	» 116
§ 81. <i>Adtributio, delegatio liberti</i> . . . . .	» 117
§ 82. Il liberto nel diritto pubblico . . . . .	» <i>ibid.</i>
§ 83. Figure intermedie fra la libertà e la schiavitù — <i>liber homo b. f. serviens</i> . . . . .	» 118
§ 84. <i>Lex Barbarius Philippus</i> . . . . .	» 119
§ 85. Continua sul liber h. b. f. s. . . . .	» 121
§ 86. <i>Persona in Mancipio</i> . . . . .	» 122
§ 87. <i>Redemptus</i> . . . . .	» 123
§ 88. <i>Addicti</i> . . . . .	» 124
§ 89. <i>Auctorati</i> . . . . .	» 125
§ 90. <i>Coloni</i> . . . . .	» 128

Status civitatis.

§ 91. <i>Cives — latini — peregrini</i> — I latini come peregrini . . . . .	pag. 129
§ 92. Lo <i>ius Quiritium</i> come caratteristica della posizione giuridica del cittadino . . . . .	» 130
§ 93. Il nome . . . . .	» 132
§ 94. <i>Commercium</i> . . . . .	» 133
§ 95. <i>Legis actio</i> . . . . .	» 134
§ 96. <i>Sponsio</i> . . . . .	» 136
§ 97. <i>Conubium</i> . . . . .	» 137
§ 98. Come si diventa cittadini . . . . .	» 138
§ 99. <i>Latini — veteres — coloniarii</i> . . . . .	» 139
§ 100. <i>Latini Iuniani</i> . . . . .	» ibid.
§ 101. Come da latini si diventa <i>cives - peregrini</i> . . . . .	» 141
§ 102. Legge che regola la condizione dei <i>peregrini</i> . . . . .	» 142
§ 103. Come i <i>peregrini</i> acquistano la cittadinanza . . . . .	» 143
§ 104. Perdita della cittadinanza — <i>postliminium</i> . . . . .	» 144
§ 105. Continua . . . . .	» 145

Status familiae.

§ 106. Il diritto della famiglia e la sua storia — <i>personae sui iuris</i> e <i>alieni iuris</i> . . . . .	» 146
§ 107. Eterismo . . . . .	» 148
§ 108. Fotemismo — l'unione monogamica . . . . .	» 149
§ 109. Origine del potere del capo di famiglia — <i>gens — agnatio — familia</i> . . . . .	» 150
§ 110. La <i>gens</i> . . . . .	» 152
§ 111. <i>Familia iure proprio</i> e <i>f. iure communi</i> . . . . .	» 153
§ 112. Continua . . . . .	» 154
§ 113. Agnazione e cognazione . . . . .	» 156
§ 114. Continua . . . . .	» 158
§ 115. Continua . . . . .	» 160
§ 116. Esame delle fonti in proposito . . . . .	» 161
§ 117. Ancora sul significato di <i>familia</i> . . . . .	» 162
§ 118. Continua . . . . .	» 164

Patria potestas.

§ 119. Specialità romana? — Gai I. 55 . . . . .	» 166
§ 120. Concetto politico — giuridico — configurazione pratica — <i>ius ritae et necis</i> . . . . .	» 167

§ 121. Continua — Diritto di vendere . . . . .	pag. 169
§ 122. Continua — Diritto di esposizione . . . . .	» 170
§ 123. Carattere giuridico della <i>patria potestas - a. in rem</i> . . . . .	» 172
§ 124. L'avente podestà non ha obblighi . . . . .	» 175
§ 125. Capacità del <i>filius familias</i> — diritto pubblico . . . . .	» 176
§ 126. <i>Conubium</i> — <i>manus</i> sulla moglie . . . . .	» 178
§ 127. <i>Patria potestas</i> sui figli del <i>f. familias</i> . . . . .	» 179
§ 128. <i>Commercium</i> . . . . .	» 182
§ 129. Capacità di obbligarsi . . . . .	» 183
§ 130. Capacità di essere convenuto in giudizio . . . . .	» 185
§ 131. Continua . . . . .	» 186
§ 132. Continua . . . . .	» 188
§ 133. La <i>restitutio in integrum</i> . . . . .	» 189
§ 134. Continua . . . . .	» 190
§ 135. Continua sulla capacità processuale . . . . .	» 191
§ 136. Continua . . . . .	» 193
§ 137. Continua . . . . .	» 194
§ 138. Continua . . . . .	» 195
§ 139. Continua . . . . .	» ibid.
§ 140. Continua . . . . .	» 197
§ 141. Continua . . . . .	» 198
§ 142. Continua . . . . .	» 200
§ 143. <i>S. C. Macedoniarum</i> . . . . .	» 202
§ 144. Capacità di agire in giudizio — alimenti . . . . .	» 203
§ 145. Dote e <i>donatio propter nuptias</i> . . . . .	» 204
§ 146. <i>Querella inofficiosi testamenti</i> . . . . .	» 205
§ 147. <i>Actio iniuriarum</i> . . . . .	» 207
§ 148. Esame del fr. 44. 7. 9 . . . . .	» 208
§ 149. Discussioni relative a questo punto . . . . .	» ibid.
§ 150. Esame del fr. 43. 24. 13, 1, 2 . . . . .	» 210
§ 151. Esame del fr. 19 eod. tit. . . . .	» 211
§ 152. Continua la discussione esegetica . . . . .	» 212
§ 153. Continua . . . . .	» 213
§ 154. Continua . . . . .	» 215
§ 155. <i>Actiones in factum</i> . . . . .	» 247
§ 156. Peculio — Peculio Castrense . . . . .	» 218
§ 157. Continua . . . . .	» 220
§ 158. Continua . . . . .	» 223
§ 159. Continua . . . . .	» 226
§ 160. Peculio quasicastrense . . . . .	» ibid.
§ 161. <i>Bona adventicia</i> . . . . .	» 227
§ 162. Continua . . . . .	» 228

§ 163. Diritto moderno . . . . .	pag. 229
§ 164. <i>Bona adventicia irregularia</i> . . . . .	» 231
§ 165. La capacità del <i>f. familias</i> nel dir. ultimo — donazioni del padre al figlio . . . . .	» 232
§ 166. Come sorge la <i>patria potestas</i> — <i>Iustae nuptiae</i> . . . . .	» 233
§ 167. La natura delle definizioni del matrimonio . . . . .	» 235
§ 168. L'evoluzione quanto alla consistenza del rapporto . . . . .	» 238
§ 169. I tre tipi del matrimonio romano . . . . .	» ibid.
§ 170. Origine del matrimonio <i>sine manu</i> . . . . .	» 240

**Sponsali.**

§ 171. Definizione fr. 23. 1. 1. . . . .	» 241
§ 172. Continua fr. 2. 3 eod. tit. . . . .	» 243
§ 173. Forma . . . . .	» 244
§ 174. Persone che intervengono negli sponsali . . . . .	» 245
§ 175. Età . . . . .	» 246
§ 176. Continua — Parallelismo tra sponsali e nozze . . . . .	» 247
§ 177. Continua. . . . .	» 249
§ 178. Effetti degli sponsali — Obbligatorietà . . . . .	» 250
§ 179. Continua. . . . .	» 252
§ 180. Continua. . . . .	» 254
§ 181. Continua. . . . .	» 255
§ 182. Rapporto di affinità . . . . .	» 257
§ 183. Come finiscono gli sponsali . . . . .	» ibid.

**Matrimonio.**

§ 184. Matrimonio <i>cum manu</i> e <i>sine manu</i> . . . . .	» 258
§ 185. Come si costituisce la <i>manus</i> — <i>Confarreatio</i> . . . . .	» ibid.
§ 186. <i>Coemptio</i> . . . . .	» 261
§ 187. <i>Usus</i> . . . . .	» 263
§ 188. Matrimonio c. d. libero — <i>affectio maritalis</i> . . . . .	» 266
§ 189. La donna a disposizione del marito . . . . .	» 267
§ 190. Il matrimonio è <i>res facti</i> . . . . .	» 268
§ 191. <i>Conubium</i> . . . . .	» 270
§ 192. Persone che debbono consentire . . . . .	» 271
§ 193. Impedimenti . . . . .	» 272
§ 194. Continua. . . . .	» 274
§ 195. Continua. . . . .	» 275
§ 196. Effetti del matrimonio — <i>cum manu</i> . . . . .	» 277

§ 197. Continua. . . . .	pag. 278
§ 198. Continua. . . . .	» 281
§ 199. Effetti del matrimonio <i>sine manu</i> . . . . .	» 283
§ 200. Obbligo della convivenza . . . . .	» 284
§ 201. Continua. . . . .	» 285
§ 202. Continua. . . . .	» 286
§ 203. Dovere della fedeltà. . . . .	» 288
§ 204. Prevalenza del marito . . . . .	» 290
§ 205. Continua. . . . .	» 292
§ 206. Continua. . . . .	» 295
§ 207. Eguaglianza fra i coniugi come regola . . . . .	» 297
§ 208. Continua. . . . .	» 298
§ 209. Continua. . . . .	» 300
§ 210. Continua. . . . .	» 301
§ 211. Continua. . . . .	» 303
§ 212. Continua. . . . .	» 304
§ 213. Continua. . . . .	» 305
§ 214. <i>Beneficium competentiae</i> . . . . .	» 306
§ 215. Divieto delle donazioni fra coniugi . . . . .	» 309
§ 216. Continua. . . . .	» 310
§ 217. Continua. . . . .	» 313
§ 218. Continua. . . . .	» 314
§ 219. Continua. . . . .	» 315
§ 220. Continua. . . . .	» 317
§ 221. Leggi moderne. . . . .	» 319
§ 222. Portata del divieto . . . . .	» 320
§ 223. Donazioni fra concubini . . . . .	» 321
§ 224. Donazione fra persone in matrimonio nullo. . . . .	» 323
§ 225. Criteri interpretativi. . . . .	» 324
§ 226. Presunzione Muciana . . . . .	» 327
§ 227. Incapacità della donna maritata in tema d' <i>intercessio</i> . . . . .	» 329
§ 228. Successione fra coniugi. . . . .	» 330
§ 229. Osservazione sull'ordine della trattazione . . . . .	» ibid.
§ 230. Cessazione del vincolo coniugale — Morte . . . . .	» 331
§ 231. <i>Capitis deminutio maxima</i> . . . . .	» ibid.
§ 232. Continua. . . . .	» 332
§ 233. Continua. . . . .	» 334
§ 234. <i>Capitis deminutio media e minima</i> . . . . .	» 335
§ 235. Malattia mentale di un coniuge. . . . .	» 337
§ 236. Divorzio e ripudio . . . . .	» 338
§ 237. Continua. . . . .	» 341
§ 238. Continua. . . . .	» 342

§ 239. Continua . . . . .	pag. 343
§ 240. Continua . . . . .	» 345
§ 241. Continua . . . . .	» 346
§ 242. Continua . . . . .	» 348
§ 243. Continua . . . . .	» 349
§ 244. Continua . . . . .	» 350
§ 245. Conseguenze dello scioglimento del matrimonio . . . . .	» 352
§ 246. Continua . . . . .	» 353

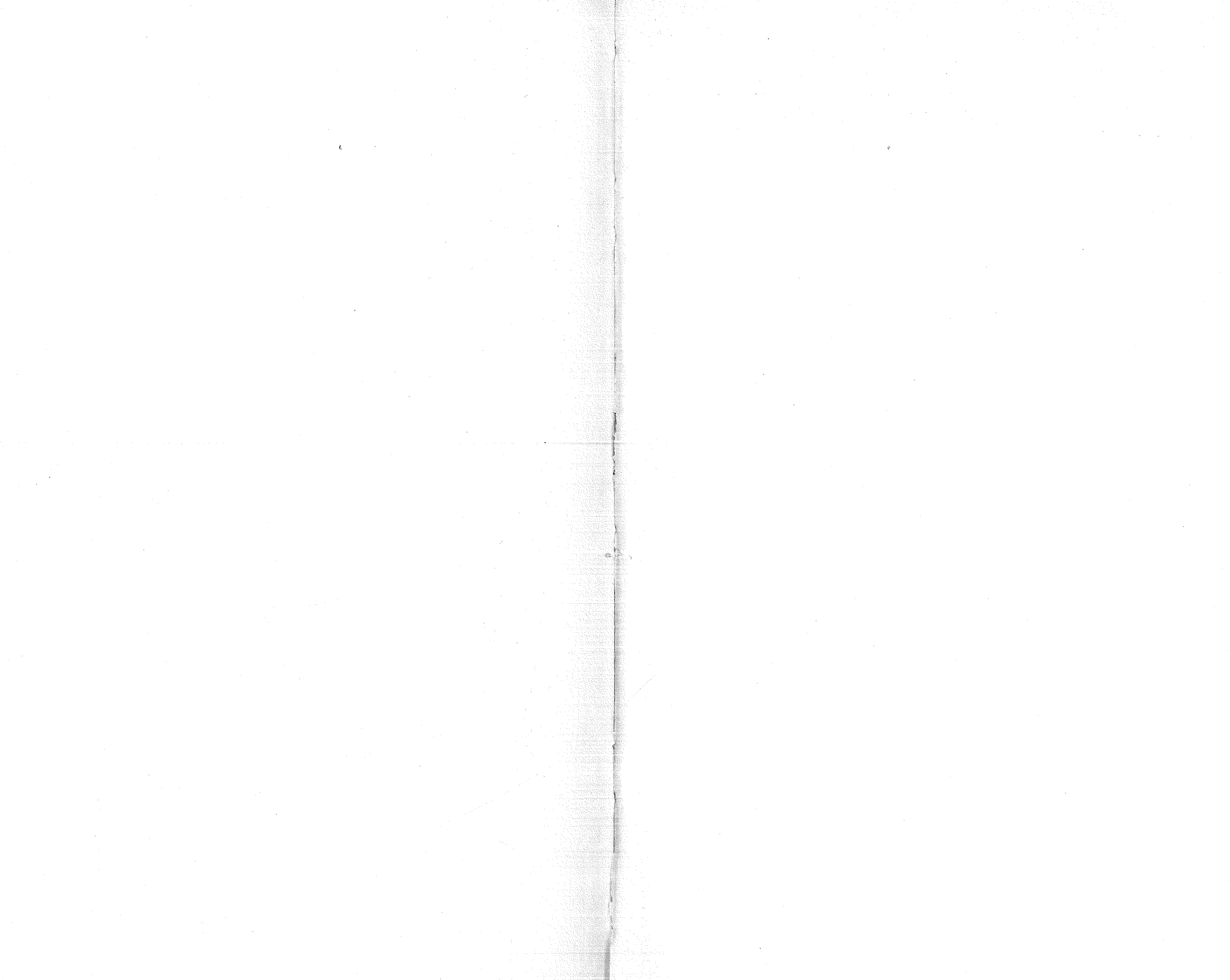
**Concubinato.**

§ 247. Terminologia . . . . .	» 354
§ 248. Concetto . . . . .	» 356
§ 249. Rilevanza giuridica . . . . .	» 358
§ 250. Continua . . . . .	» 359
§ 251. Esame esegetico . . . . .	» 360
§ 252. Continua . . . . .	» 362

**La dote.**

§ 253. L'apporto della donna alla famiglia . . . . .	» 364
§ 254. Continua . . . . .	» 365
§ 255. La dote e gli <i>onera matrimonii</i> . . . . .	» 366
§ 256. Continua . . . . .	» 369
§ 257. Tempo della costituzione di dote . . . . .	» 370
§ 258. Continua . . . . .	» 371
§ 259. Dote e matrimonio . . . . .	» 374
§ 260. Opinione del BECHMANN . . . . .	» ibid.
§ 261. Perpetuità della dote . . . . .	» 377
§ 262. <i>Dos e conventio in manum</i> . . . . .	» 378
§ 263. Obbligo della donna di costituirsi una dote? . . . . .	» 380
§ 264. Obbligo del <i>pater familias-mater</i> . . . . .	» 382
§ 265. Se sia obbligato il fratello germano . . . . .	» 383
§ 266. Criteri sull'ammontare della <i>dos necessaria</i> . . . . .	» 385
§ 267. Destinatario della dote . . . . .	» 386
§ 268. <i>Dos profecticia, adventicia, recepticia</i> — figlia emancipata . . . . .	» 387
§ 269. Continua . . . . .	» 388
§ 270. Diritto giustiniano . . . . .	» 390
§ 271. Cose che possono formare oggetto della dote — <i>nuda proprietas</i> — <i>b. f. possessio</i> . . . . .	» 391
§ 272. Usucapione per parte del marito . . . . .	» 392

§ 273. Diritti reali speciali . . . . .	pag. 394
§ 274. Rinunzia . . . . .	» 396
§ 275. Diritto di credito . . . . .	» 397
§ 276. Liberazione . . . . .	» 400
§ 277. Altra figura di rinunzia . . . . .	» 402
§ 278. Patrimonio . . . . .	» 404
§ 279. <i>Cautio rei uxoriae - aestimatio</i> . . . . .	» 406
§ 280. Continua . . . . .	» 408
§ 281. <i>Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur</i> . . . . .	» 411
§ 282. Riforma Teodosiana . . . . .	» 413
§ 283. Costituzione di dote per atto di ultima volontà . . . . .	» 415





**REV15**

ÚK PrF MU Brno



3129S04208