

CORSO DI DIRITTO ROMANO

I do 34

GIOVANNI PACCHIONI

Professore ord. di diritto civile nella R. Università di Torino.

CORSO

DI

DIRITTO ROMANO

VOLUME TERZO

DELLE OBBLIGAZIONI

DIRITTO DI FAMIGLIA - SUCCESSIONE EREDITARIA

LEGATI E FEDECOMMESSI

CENNI DI PROCEDURA CIVILE ROMANA

Ristampa della prima edizione consentita dall'Autore



Inv. cis: 3.
Sign: 1

1922

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE

(già DITTA POMBA)

ROMA — TORINO — NAPOLI

PROPRIETÀ LETTERARIA



INDICE DELLE MATERIE

DELLE OBBLIGAZIONI

SEZIONE I.

Le teorie generali.

CAPITOLO I.

Origini, definizioni e partizioni delle obbligazioni.

- § 1. Le prime origini dell'*obligatio* romana. — § 2. La *lex Poetelia* e il trapasso dal concetto originario al concetto moderno dell'obbligazione. — § 3. Le definizioni dell'epoca classica. — § 4. Gli elementi costitutivi delle obbligazioni. Terminologia pag. 1-9

CAPITOLO II.

Dei subbietti dell'obbligazione.

- § 1. Delle obbligazioni ambulatorie. — § 2. Delle obbligazioni parziarie, solidali e indivisibili. — § 3. Dell'essenza della solidarietà. — § 4. Delle fonti della solidarietà. — § 5. Dei modi di estinzione delle obbligazioni solidali. — § 6. Della mora e della colpa nelle obbligazioni solidali. — § 7. Dell'azione di regresso nelle obbligazioni solidali. — § 8. Della distinzione fra correalità e solidarietà pag. 10-29

CAPITOLO III.

Oggetto delle obbligazioni.

- § 1. Dei requisiti che deve avere l'oggetto della obbligazione in generale. — § 2. Delle obbligazioni alternative. — § 3. Delle obbligazioni generiche. — § 4. Delle obbligazioni divisibili e indivisibili. — § 5. Dell'obbligazione di risarcire i danni. — § 6. Dell'interesse della prestazione . . . pag. 30-49

CAPITOLO IV.

Del «vinculum iuris».

- § 1. Nozioni generali. — § 2. Dell'obbligazione naturale. — § 3. Degli effetti dell'obbligazione naturale. — § 4. Delle singole obbligazioni naturali. — § 5. Delle obbligazioni naturali improprie. pag. 50-63

CAPITOLO V.

Delle fonti delle obbligazioni.

- § 1. Partizioni romane delle obbligazioni in riguardo alle loro fonti. — § 2. Il sistema romano dei contratti e la sua formazione storica. — § 3. Teoria del contratto e sue partizioni secondo la dottrina pandettistica. — § 4. I contratti a favore di terzi. — § 5. Restrizioni al principio della nullità fra le parti. — § 6. Eccezioni arrecate al principio della nullità per il terzo. — § 7. Delle cosiddette azioni «adiecticiae qualitatis». — § 8. Estensione utile delle azioni «institoria» e «de in rem verso». — § 9. Dei modi di rafforzare le obbligazioni sorgenti da contratto. — § 10. Dei delitti. — § 11. Dei quasi-contratti e dei quasi-delitti . . . pag. 64-91

CAPITOLO VI.

Modificazioni delle obbligazioni.

- § 1. Obblighi del debitore. — § 2. Del dolo e della colpa. — § 3. Dei gradi della colpa. — § 4. «Culpa in faciendo» e «culpa in omittendo». — § 5. «Culpa in abstracto» e «culpa in concreto». — § 6. «Culpa lata dolo aequiparatur». — § 7. Della validità del «pactum de non praestanda culpa lata». — § 8. Dei vari gradi e tipi di colpa per la quale si è tenuti nei singoli rapporti obbligatori. — § 9. Della custodia. — § 10. Della responsabilità per la colpa altrui. — § 11. Del caso fortuito. — § 12. Della «vis maior». — § 13. Della «mora debitoris». — § 14. Della «mora creditoris» pag. 92-112

CAPITOLO VII.

Garanzie delle obbligazioni.

- § 1. Della intercessione in generale. — § 2. «Sponsores, fideipromissores, fideiussores». — § 3. Della fideiussione: requisiti ed effetti. — § 4. Della confideiussione. — § 5. Dell'azione di regresso del fideiussore che ha pagato contro il debitore principale e gli altri fideiussori. — § 6. Del «constitutum debiti alieni». — § 7. Del mandato qualificato. — § 8. Della intercessione delle donne. pag. 113-126

CAPITOLO VIII.

Cessione delle obbligazioni.

- § 1. Svolgimento storico. — § 2. Cessione volontaria e cessione necessaria. — § 3. Quali obbligazioni non si possano cedere. — § 4. Effetti della cessione pag. 127-136

CAPITOLO IX.

Dei modi di estinzione delle obbligazioni.

- § 1. Nozioni generali. — § 2. Modi di estinzione formali. — § 3. Del pagamento. — § 4. «Datio in solutum». — § 5. Del «beneficium competentiae». — § 6. Del concordato. — § 7. Tempo e luogo del pagamento. Prova del medesimo. — § 8. Dell'imputazione dei pagamenti. — § 9. Della novazione. — § 10. «Animus novandi». — § 11. La novazione condizionale. — § 12. Estinzione delle garanzie dell'obbligazione novata. — § 13. Delegazione. — § 14. Dell'espromissione. — § 15. Della «litis contestatio». — § 16. Della compensazione. Cenni storici. — § 17. Requisiti della compensazione secondo il diritto giustiniano. — § 18. In quali casi non sia opponibile la compensazione. — § 19. Altri modi di estinzione «ipso iure». — § 20. Altri modi di estinzione «ope exceptionis» pag. 137-167

SEZIONE II.

Le singole obbligazioni.

CAPITOLO I.

«Pollicitatio votum e nexum».

- § 1. Delle promesse unilaterali. — § 2. Del «nexum» pag. 163-174

CAPITOLO II.

Contratti verbali.

- § 1. Origini della «stipulatio». — § 2. Requisiti della stipulazione e loro attenuamento. — § 3. La stipulazione scritta. — § 4. Oggetto della stipulazione e sue principali applicazioni. — § 5. La causa nella stipulazione. — § 6. Azioni sorgenti dalla «stipulatio». — § 7. Altri contratti verbali pag. 175-185

CAPITOLO III.

Contratti letterali.

§ 1. Nomina « transcripticia ». — § 2. Chirografi e singrafe pag. 186-192

CAPITOLO IV.

Contratti reali.

§ 1. Il mutuo. — § 2. Obbligazioni sorgenti dal mutuo. — § 3. Il mutuo ad interesse. — § 4. Dei mutui dei « filii familias ». — § 5. Del comodato. — § 6. Obbligazioni sorgenti dal comodato. — § 7. Il « precarium ». — § 8. Del deposito. — § 9. Obbligazioni sorgenti dal deposito. — § 10. Deposito necessario e sequestro. — § 11. Del deposito irregolare. — § 12. Del contratto di pegno. — § 13. Obbligazioni sorgenti dal contratto di pegno. — § 14. Dei contratti reali innominati. — § 15. Della permuta. — § 16. Effetti della permuta. — § 17. Altri contratti reali innominati pag. 193-222

CAPITOLO V.

Contratti consensuali.

§ 1. La compra-vendita. — § 2. Oggetto della compra-vendita. — § 3. Il prezzo. — § 4. Obbligazioni sorgenti dalla compra-vendita. — § 5. « Res perit emptori ». — § 6. Della responsabilità per evizione. — § 7. Della responsabilità del creditore per i vizi della cosa venduta. — § 8. Della locazione in generale. — § 9. Locazione di cose. — § 10. Responsabilità per colpa e caso fortuito. — § 11. Della « locatio operarum » in generale. — § 12. « Locatio operarum » e « locatio operis ». — § 13. Casi nei quali la « locatio-conductio operis » tende a confondersi coll'« emptio venditio ». — § 14. « Lex Rhodia de iactu ». — § 15. Della società. — § 16. I tipi originari della società. — § 17. Requisiti di ogni società. — § 18. Effetti della società fra le parti. — § 19. La società di fronte ai terzi. — § 20. Scioglimento della società. — § 21. Del mandato. — § 22. Effetti del mandato fra le parti. — § 23. Effetto del mandato di fronte ai terzi. — § 24. Estinzione del mandato. — § 25. Casi tipici di mandato. — § 26. Dei patti. pag. 223-267

CAPITOLO VI.

« Obligationes quasi ex contractu »

§ 1. « Negotiorum gestio ». — § 2. Dei « dominium negotii ». — § 3. L'« utiliter coeptum » e l'« animus negotia aliena gerendi ». — § 4. Obbligazioni del gestore. — § 5. Obbligazioni del « dominus ». — § 6. Della « Negotiorum gestio prohibente domino ». — § 7. Della gestione funeraria. — § 8. La c. d. « communio incidens ». — § 9. Dell'indebito arricchimento pag. 268-280

CAPITOLO VII.

« Obligationes ex delicto ».

§ 1. Del furto. — § 2. A chi spettava l'« actio furti ». — § 3. Delle varie specie di furto. — § 4. Contro chi compete l'« actio furti ». — § 5. Altre azioni eventualmente spettanti al proprietario della cosa rubata. — § 6. Della rapina. — § 7. Dell'« iniuria ». — § 8. « Damnum iniuria datum ». — § 9. Requisiti necessari al sorgere dell'« actio legis aquiliae ». — § 10. A chi spetta l'« actio legis aquiliae ». — § 11. Contro chi vada intentata l'« actio legis aquiliae ». — § 12. Contenuto dell'« actio legis aquiliae » e sua natura. — § 13. Obbligazioni sorgenti « quasi ex delicto ». — § 14. Obbligazioni sorgenti da altri fatti delittuosi. — § 15. Degli atti compiuti in frode ai creditori. — § 16. Dell'« actio Pauliana ». — § 17. Le azioni nossali pag. 281-309

CAPITOLO VIII.

Delle donazioni.

§ 1. Concetto di donazione e limiti alla facoltà di donare. — § 2. Varie specie di donazioni. — § 3. Della revoca delle donazioni pag. 310-317

DIRITTO DI FAMIGLIA

CAPITOLO I.

Il rapporto matrimoniale e la figliolanza.

§ 1. La famiglia agnatizia e la famiglia cognatizia. — § 2. Concetto del matrimonio romano. — § 3. Presupposti del matrimonio. — § 4. Della necessità del « consensus del

pater familias» alle nozze dei figli. — § 5. Degli impedimenti matrimoniali. — § 6. Come si costituiva il matrimonio. — § 7. La «*conventio in manu*». — § 8. Gli effetti del matrimonio nei rapporti personali fra i coniugi e di fronte alla prole. — § 9. La difesa pubblica del rapporto matrimoniale. — § 10. Il divieto delle donazioni fra coniugi. — § 11. Convalescenza delle donazioni fra coniugi. — § 12. Della parentela agnatizia e cognatizia, e dell'affinità. — § 13. Dei figli legittimi ed illegittimi. — § 14. La ricerca della paternità; la legittimazione. — § 15. Le promesse di matrimonio. — § 16. «*Arrae*» e «*largitiones sponsaliciae. Osculum interveniens*». — § 17. Effetti indiretti degli sponsali. — § 18. Del concubinato. — § 19. Del «*contubernium*». — § 20. Le seconde nozze *pag.* 318-347

CAPITOLO II.

Del divorzio.

§ 1. «*Repudium*» e «*divortium*». — § 2. Concetto del divorzio. Sue formalità. — § 3. I limiti posti alla libertà dei divorzi da Augusto a Giustiniano. — § 4. Dei figli nati prima e dopo il divorzio *pag.* 348-355

CAPITOLO III.

Dei rapporti patrimoniali fra coniugi.

§ 1. Dei vari regimi patrimoniali fra coniugi. — § 2. Della dote. — § 3. Chi poteva e chi doveva costituire la dote. — § 4. Come si costituiva la dote. — § 5. La dote durante il matrimonio. — § 6. Della restituzione della dote nel diritto classico. — § 7. Delle «*retentiones propter liberos*» e «*propter mores*». — § 8. Della restituzione della dote nel diritto giustiniano. — § 9. Della «*donatio propter nuptias*» *pag.* 356-370

SUCCESSIONE EREDITARIA

CAPITOLO I.

Concetti fondamentali.

§ 1. Successione universale e successione particolare. — § 2. Trattati fondamentali della «*hereditas*» romana. — § 3. Ipotesi sulla origine della «*hereditas*». — § 4. Il concetto della successione universale nel diritto classico e giustiniano. — § 5. Presupposti della successione ereditaria in generale *pag.* 371-380

CAPITOLO II.

Incapacità a succedere, incapacità di acquistare, indegnità.

§ 1. Della incapacità a succedere. — § 2. Dei tre momenti nei quali deve esistere la capacità di succedere. — § 3. Della capacità di succedere delle persone giuridiche e degli Dei. — § 4. Della «*incapacitas*» in senso tecnico. — § 5. Della distinzione fra incapacità di succedere e incapacità di acquistare. — § 6. Della «*indegnitas*». — § 7. Dell'acquisto dell'eredità *pag.* 381-392

CAPITOLO III.

«*Hereditas iacens*» ed «*Usucapio pro herede*».

§ 1. «*Hereditas iacens*». — § 2. Dell'«*usucapio pro herede*» *pag.* 393-398

CAPITOLO IV.

«*Hereditas*» e «*Bonorum possessio*».

§ 1. Svolgimento storico del sistema successorio romano. — § 2. Origini della «*bonorum possessio*». — § 3. Come si acquistava la «*bonorum possessio*». Varie specie di «*bonorum possessio*». Posizione giuridica del «*bonorum possessor*». — § 4. Altre differenze fra «*hereditas*» e «*bonorum possessio*». — § 5. Fusione della «*bonorum possessio*» colla «*hereditas*». *pag.* 399-411

CAPITOLO V.

Dei rapporti fra la successione testamentaria e «*ab intestato*».

§ 1. Cenni storici. — § 2. «*Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*». — § 3. Eccezioni alla regola «*nemo pro parte testatus*», ecc. *pag.* 412-419

CAPITOLO VI.

Della forma dei testamenti romani.

§ 1. Definizioni del testamento romano. Suo contenuto. — § 2. Storia del testamento romano. — § 3. I testamenti del diritto giustiniano: A) «*Testamentum privatum*»; B) «*Testamentum publicum*». — § 4. Del «*senatusconsultum Libonianum*». *pag.* 420-432

CAPITOLO VII.

Della istituzione ad erede e delle sue modalità.

- § 1. Della istituzione ad erede. — § 2. Della istituzione ad erede viziata da errore, violenza e dolo. — § 3. Della istituzione ad erede sotto condizione sospensiva e sospensiva-potestativa-negativa. — § 4. Istituzione sottoposta a condizione risolutiva. — § 5. Delle istituzioni ad erede a termine. — § 6. Dell' « institutio ex re certa ». — § 7. La istituzione ad erede ed il patrimonio ereditario . . . pag. 433-455

CAPITOLO VIII.

Delle sostituzioni.

- § 1. La sostituzione volgare. — § 2. Sostituzione pupillare. — § 3. Della sostituzione quasi-pupillare. — § 4. Del « ius ad crescendi » pag. 456-469

CAPITOLO IX.

Delle nullità dei testamenti.

- § 1. Delle nullità dei testamenti in generale. — § 2. Della revoca del testamento. — § 3. Apertura dei testamenti pag. 470-477

CAPITOLO X.

Della successione « ab intestato ».

- § 1. Della successione « ab intestato » in generale. — § 2. La successione intestata secondo l'antico « ius civile ». — § 3. La successione « ab intestato » secondo l'editto dei pretori. — § 4. Le riforme del diritto imperiale antegustiniano e il sistema delle Novelle. — § 5. Le successioni « ab intestato » secondo le Novelle giustiniane. — § 6. Dell'accrescimento fra coeredi « ab intestato ». — § 7. Della « successio graduum et ordinum ». — § 8. Della successione « ab intestato dei liberti » pag. 478-500

CAPITOLO XI.

Della successione contro il testamento.

- § 1. Nozioni generali. — § 2. Origini e fondamento della cosiddetta successione necessaria formale nell'antico diritto civile. — § 3. A favore di quali persone fosse ammessa

la c. d. successione necessaria formale secondo il « ius civile ». — § 4. Requisiti della « exheredatio ». — § 5. Della « praeteritio » e dei suoi effetti secondo il « ius civile ». — § 6. Della successione necessaria formale secondo il diritto pretorio. — § 7. La c. d. successione necessaria sostanziale. — § 8. Quali fossero i cosiddetti legittimari e i presupposti della querela. — § 9. Dell'« actio ad suppleendum legitimam ». — § 10. Della c. d. successione necessaria formale e sostanziale nella compilazione giustiniana fino alle Novelle 18, 115. — § 11. La c. d. successione necessaria formale dopo le Novelle. — 12. La Novella 115 e la querela « inofficiosi testamenti ». — § 13. Della querela « inofficiosae donationis » pag. 501-521

CAPITOLO XII.

Dell'acquisto della eredità.

- § 1. Nozioni generali. — § 2. Acquisto dell'eredità. — § 3. Forma dell'accettazione. — § 4. Tempo dell'accettazione. — § 5. Acquisto della « bonorum possessio ». — § 6. Della trasmissione ereditaria. — § 7. Degli effetti che produce l'acquisto dell'eredità. — § 8. Della « separatio bonorum ». — § 9. Del « ius abstinendi ». — § 10. Del « beneficium inventarii ». — § 11. Effetti dell'acquisto dell'eredità con pluralità di eredi. — § 12. Trasmissione, sostituzione e accrescimento. — § 13. Della collazione. — § 14. Delle azioni a difesa del diritto ereditario. — § 15. Del ripudio dell'eredità pag. 522-545

LEGATI E FEDECOMMESSI

CAPITOLO I.

Storia dei legati.

- § 1. Concetto del legato. — § 2. Origini dei legati. — § 3. Dei vari tipi di legato. — § 4. Fusione dei vari tipi di legato. — § 5. Il « legatum partitionis » pag. 546-555

CAPITOLO II.

Dei fedecommessi e loro fusione coi legati.

- § 1. Origini del fedecommesso. — § 2. Forma del fedecommesso. — § 3. Delle diversità intercedenti fra legato e fedecommesso. — § 4. Avvicinamento e fusione del legato col fedecommesso pag. 556-564

CAPITOLO III.

Dei soggetti del legato.

§ 1. Delle persone che figurano nel legato. — § 2. Il prelegato *pag.* 565-571

CAPITOLO IV.

Dell'oggetto dei legati.

§ 1. Nozioni generali. — § 2. « Legatum generis ». — § 3. « Legatum quantitatis ». — § 4. « Legatum optionis ». — § 5. « Legatum rei alienae ». — § 6. Legato di alimenti *pag.* 572-578

CAPITOLO V.

Costituzione ed estinzione dei legati.

§ 1. Della erezione dei legati. — § 2. Della sostituzione nei legati e fedecommissi. — § 3. Del legato a favore di più collegatari e del diritto di accrescimento fra i medesimi. — § 4. Della « regula Catoniana ». — § 5. Dell' « ademptio e translatio legati ». — § 6. Estinzione del legato per venir meno dell'onere. — § 7. Dei limiti alla facoltà di legare. — § 8. Computo della « quarta Falcidia ». — § 9. La « quarta Falcidia » nel diritto giustiniano *pag.* 579-594

CAPITOLO VI.

Dell'acquisto dei legati.

§ 1. « Dies cedens » e « dies veniens ». — § 2. Azioni a difesa del legatario *pag.* 595-598

CAPITOLO VII.

Dei fedecommissi universali.

§ 1. Storia del fedecommesso universale. — § 2. Teoria del fedecommesso universale. — § 3. Del « fideicommissum eius quod supererit ». — § 4. La « donatio mortis causa » *pag.* 599-606

CENNI DI PROCEDURA CIVILE ROMANA

§ 1. Nozioni generali. — § 2. I tre periodi storici della procedura civile romana. — § 3. Svolgimento « in iure » della procedura « per formulas ». — § 4. Della « litis contestatio ». — § 5. La procedura « in iudicio ». — § 6. Della « res iudicata ». — § 7. Esecuzione delle sentenze. — § 8. Delle singole « formulae ». — § 9. Delle singole parti costitutive delle « formulae ». — § 10. Delle « exceptiones ». — § 11. Delle varie specie di « actiones ». — § 12. Estinzione delle « actiones ». — § 13. Altri provvedimenti magistratuali *pag.* 607-634

DELLE OBBLIGAZIONI

SEZIONE I.

Le teorie generali.

CAPITOLO I.

Origini, definizioni e partizioni delle obbligazioni.

Sommario: § 1. Le prime origini dell'*obligatio* romana. — § 2. La *lex Poetelia* e il trapasso dal concetto originario al concetto moderno dell'obbligazione. — § 3. Le definizioni dell'epoca classica. — § 4. Gli elementi costitutivi delle obbligazioni. - Terminologia.

§ 1. *Le prime origini dell'«obligatio» romana* (1).

È certo in tema di obbligazione che la tecnica giuridica romana ha fatte le sue più splendide prove. Le teorie

(1) *Bibliografia:* BRINZ, *Der Begriff obligatio* (*Zeitschrift für das Privat und oeffentlichen Recht der Gegenwart*, vol. I, pagg. 1-41). — PACCHIONI, *Sul concetto dell'obbligazione* (Studi in onore di Francesco Schupfer, parte I, Torino, 1898, pagg. 203 e segg.) — ROBY, *Private Roman Law*, II, pagg. 296 e 299. — PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903. — CARUSI, *Sul concetto dell'obbligazione* (a proposito di un recente libro) negli Studi in onore di V. Scialoja, Prato, 1904. — SCHLOSSMANN, *Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren*, Leipzig, 1904. — SCHLOSSMANN, *Nexum, Nachträgliches zum altrömischen Schuldrecht*, Leipzig, 1904. Confr. inoltre le opere sul *Nexum* citate più avanti § *Del Nexum*.

romane sulle obbligazioni sono state raccolte, quasi intatte, dalle moderne legislazioni, e, non a torto, un geniale giurista e storico tedesco affermava che se la Grecia ha il merito di aver dato al mondo la statua, Roma ha quello, non minore, di avergli data l'obbligazione. Ma forse appunto in causa della grande perfezione, raggiunta dal sistema romano delle obbligazioni, non è a noi dato ricostruirne con sicurezza il processo di formazione, quasi che la grande luce dell'epoca classica renda più oscuro e impenetrabile il periodo delle origini. E vi è poi un'altra considerazione da fare: nel campo delle obbligazioni, più che in qualsiasi altra parte del diritto privato, si ripercossero violentemente le trasformazioni economiche e sociali per cui Roma, da modesta città latina che era ai suoi inizi, divenne, per rapidi trapassi, centro di un vasto e potente impero. Mentre nell'epoca classica o giustiniana si conservano ancora, nel diritto di famiglia e nelle successioni, le tracce delle più arcaiche strutture giuridiche, e l'eco di concezioni già da lungo tempo tramontate, il diritto delle obbligazioni ci si presenta tutto su nuove basi, per essersi avuta, in questa parte del sistema, una più rapida e completa sommersione dei concetti e delle istituzioni primitive.

Per quanto è a noi dato supporre, in base ai dati offerti dalla scienza del diritto comparato, l'obbligazione quale noi ora la concepiamo — come rapporto cioè in base al quale una persona (debitore) è tenuta ad eseguire una certa prestazione ad un'altra persona (creditore), — non era, nelle origini romane, un istituto giuridico. Dovettero certo, fin dalle origini, costituirsi dei rapporti obbligatori fra i capi delle famiglie, sia per delitto che per contratto; ma questi rapporti erano regolati soltanto dal *fas* e dal *mos*, e il trasgredirli non dava luogo che all'ira delle divinità invocate e alla privata vendetta. Fu solo in epoca relativamente recente, che dal campo della morale e della religione, essi trapassarono in quello del diritto, diventando *rapporti giuridici*.

Lo storico dovrebbe precisare come e quando si operasse questo trapasso. Ma, data la scarsezza dei documenti relativi, gli è questo compito arduissimo. La reazione

sociale contro la privata vendetta portò certo di buon ora all'abolizione delle più urtanti forme di rappresaglia, e si può pertanto ammettere che le prime obbligazioni giuridiche sieno state quelle *ex delicto*, che sostituivano una pena alla privata vendetta. Ma quando e come si ebbe il primo riconoscimento di un'obbligazione *ex contractu*? Può suppersi che il primo passo, in questa direzione, abbia consistito nel creare delle *garanzie giuridiche* a sussidio delle obbligazioni più importanti che si assumevano senza forme solenni. L'antico *nexum* sarebbe stato, secondo una vecchia ipotesi del Niebuhr rimessa ora in onore dal Mitteis, il negozio creativo di tale *garanzia* in quanto avrebbe appunto servito a costituire il debitore, o altri in sua vece, in ostaggio presso il creditore, finchè fosse estinto il debito. E così, in altri termini, come, nei rapporti internazionali la schiavitù era stata civile surrogato dell'uso più antico di uccidere il nemico vinto in guerra, così, nei rapporti privati fra *patres*, la prima *obligatio* avrebbe sostituita la originaria vendetta familiare.

Ma questo diritto del creditore di tenere il debitore, o altri per lui, in ostaggio, che costituiva l'obbligazione primitiva, era qualche cosa di ben diverso dalla successiva e moderna obbligazione. Era una garanzia e nulla più; una garanzia di quella che noi chiamiamo ora obbligazione del debitore e che, per evitare confusioni terminologiche, possiamo nell'epoca antica chiamare suo *debito* o *dovere*. In questo stadio primitivo dunque il *debito* o *dovere* non era ancora *giuridico* ma solo *sociale*; *giuridico* era invece il potere accordato al creditore sulla persona del debitore per determinarlo a soddisfare il proprio *debito*; e questo potere costituiva la *obligatio* primitiva (2).

(2) Spetta al BRINZ, Mon. cit., il merito di avere, per il primo, messa in evidenza la distinzione concettuale fra il *dover prestare* (*schulden*) e l'essere tenuto affinché la prestazione avvenga (*haften*). Il Brinz ritiene che, anche nell'epoca classica, l'obbligazione consistesse in una signoria del creditore sul debitore, considerato come soggetto di un dato patrimonio. Vedi PACCHIONI, op. cit., e i raffronti ivi fatti col diritto germanico.

§ 2. La « *lex Poetelia* » e il trapasso dal concetto originario al concetto moderno dell'obbligazione.

Tale sistema poteva bastare nell'epoca primitiva: e se le XII tavole non consideravano che il *nexum* come fonte di obbligazioni contrattuali, si può ritenere che il *nexum* bastasse. Ma si comprende facilmente che esso non dovesse più sembrare soddisfacente in una epoca di progrediente civiltà. Finchè si trattava di *obblighi* sorgenti da delitti, la prigionia del debitore nulla aveva in sè di eccessivo e di urtante, ma quando invece trattavasi di *obblighi* sorgenti da contratto — in ispecie da mutui — essa poteva sembrare, e sembrò infatti, strumento crudele di dominazione della classe più ricca sulla classe più povera. Noi sappiamo che la questione dei *nexi*, cioè dei prigionieri per debiti, fu una delle più ardenti nella storia antica di Roma e gli scrittori che ce ne parlano, ci dicono che l'abolizione del *nexum* (che era il negozio mediante il quale tale prigionia si costituiva), per opera della *lex Poetelia* venne salutata come una conquista politica e civile ad un tempo. Ora tutto questo entusiasmo per l'abolizione del *nexum* ben si spiega con la ipotesi che vede appunto nel *nexum* l'autopignoramento contrattuale del debitore al creditore, *dum solvat*, mentre invece riesce alquanto enigmatico colla dottrina tuttora dominante che vede in esso un contratto obbligatorio munito di clausola esecutiva, giacchè gli è fuori di dubbio che anche dopo la *lex Poetelia* si poteva, in via esecutiva, arrivare all'arresto del debitore che non eseguisse la condanna e che non avesse beni sui quali il creditore potesse soddisfarsi.

Certo è, ad ogni modo, che se il *nexum* aveva in origine il carattere e la funzione che noi gli abbiamo qui attribuito, non può facilmente concepirsi che esso venisse abolito senza che contemporaneamente si provvedesse in qualche modo a surrogarlo. E a noi sembra si possa congetturare che tale surrogato consistesse nel riconoscere l'*obbligo* del debitore verso il creditore, per lo innanzi considerato come puramente sociale, come un vero e proprio *obbligo giuri-*

dico, appositamente regolato e garantito. La *lex Poetelia* abolendo il *nexum* aveva stabilito che non più la persona del debitore (o di altri per lui) dovesse essere obbligata (*obnoxia*) ma *i beni del debitore* (3). Ciò equivaleva a dire: il creditore potrà d'ora innanzi rivolgersi contro i beni del debitore, in quanto vi sia un debito *giuridicamente valido*.

Ma quali saranno stati allora i debiti giuridicamente validi? A questa domanda le fonti non rispondono. Ma si può forse tentare una risposta col solo aiuto che proviene dall'avvicinamento di alcuni dati storici. Noi non sappiamo quando venisse introdotta in Roma la *stipulatio*, che è il contratto, per eccellenza, del diritto romano; ma se ammettiamo che prima dell'abolizione del *nexum*, essa non fosse necessaria, ci sentiremo facilmente tratti ad ammettere che la sua introduzione sia appunto contemporanea o successiva a tale abolizione. Noi neppure sappiamo con precisione quando venisse introdotta la procedura colla quale si potevano fare valere le obbligazioni aventi per oggetto una somma certa di denaro (*actio certae creditae pecuniae*); ma se consideriamo che questa procedura presuppone un riconoscimento giuridico indipendente di quelle obbligazioni di denaro delle quali, prima della *lex Poetelia*, si poteva forse solo in via indiretta ottenere l'esecuzione, mediante *nexum*, ci sentiremo incoraggiati a supporre una relazione intima fra questi fatti, relazione di cui non è possibile precisare la natura, ma che potrebbe segnare una delle date più memorande della storia dell'obbligazione: il riconoscimento cioè della *obligatio*, come *vinculum iuris* per il quale si concede ad una determinata persona (*creditore*) di soddisfarsi sui beni di un'altra determinata persona (*debitore*), qualora questa non eseguisca una determinata prestazione, dovuta in base a *stipulatio* o ad altra forma solenne di convenzione riconosciuta dal diritto civile.

(3) Vedi LIVIO, VIII, 28. « *Pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset* ».

§ 3. *Le definizioni dell'epoca classica* (4).

Nelle nostre fonti ci sono conservate due definizioni dell'obbligazione. In una (che va forse attribuita al giurista Modestino) la obbligazione ci è definita come un rapporto giuridico in base al quale una persona (*debitore: reus debendi*) è tenuta ad eseguire una certa prestazione ad un'altra persona (*creditore: reus credendi*). Nell'altra il giurista Paolo, ci dice che l'essenza dell'obbligazione (*substantia obligationis*) non è di attribuire una cosa ad una persona (*ut aliquod corpus nostrum faciat*), ma di far sì che una data persona (*debitore*) eseguisca una data prestazione ad un'altra (*creditore*) (5). Nè l'una nè l'altra di queste due definizioni ci dice in che senso il vincolo obbligatorio sia un vincolo giuridico: ma noi apprendiamo altrimenti che in tanto il vincolo è giuridico in quanto dà luogo ad un procedimento giudiziario (*actio*) pel quale viene reso possibile al creditore di soddisfarsi sul patrimonio del debitore. Quello poi che da entrambe le definizioni risulta si è che l'obbligazione non costituisce un rapporto diretto di signoria di una persona sopra una cosa o sopra un'altra persona e che, per tal motivo, si distingue da quei diritti che attribuiscono una tale signoria, cioè dai diritti reali.

Esiste dunque un fondamentale contrapposto concettuale fra l'obbligazione e la proprietà. La proprietà (e ogni altro diritto reale) dà, a chi ne è investito, una signoria diretta

(4) Vedi fr. 3, pr. Dig. 44, 7. *Paulus libro secundo institutionum*. « Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum »; pr. *Inst.* III, 13; « Obligatio est vinculum iuris quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum iura nostrae civitatis ». Il PEROZZI, op. cit., pag. 8, nota 1, ritiene che il primo di questi due testi sia interpolato, ma senza serio fondamento. Cfr. GAIUS, IV, 1-4 e CARUSI, op. cit., pagg. 21-32. Sui vari tentativi di ricostruzione giuridica dell'obbligazione, cfr. WINDSCHEID, *Pandekten*, §§ 250-251. — WENDT, *Pandekten*, pagina 433. — SCHLOSSMANN, op. cit. pag. 47, nota 3.

(5) Fr. 108, Dig. 50, 16. *Modestinus libro nono differentiarum*. « Debitor intelligitur is a quo invito exigi pecunia potest ».

sopra una cosa; l'obbligazione invece non dà alcuna signoria sulla persona del debitore, e neppure sull'oggetto dell'obbligazione, ma crea semplicemente, a favore del creditore, la legittima aspettativa di potere realizzare il valore della prestazione che costituisce l'oggetto dell'obbligazione sul patrimonio del debitore (6).

Al diritto di proprietà (e in generale a tutti i diritti reali) corrisponde un obbligo negativo di tutti i consociati, l'obbligo cioè di non intervenire intralciando o limitando l'esercizio della signoria che ne costituisce il contenuto: e perciò non si può concepire una lesione del diritto di proprietà che in base ad atti di positivo intervento da parte dei terzi. Al diritto di obbligazione corrisponde invece un obbligo positivo ma di una sola persona (*il debitore*), l'obbligo cioè di eseguire la prestazione che costituisce il contenuto dell'obbligazione. Chi fa valere in giudizio una obbligazione dice al proprio creditore *aio te mihi dare oportere*; chi fa valere in giudizio il proprio diritto di proprietà dice: *hunc ego hominem meum esse ex jure quiritium aio*.

Come si può concepire il sorgere successivo di più diritti reali sulla stessa cosa, così può ammettersi anche il sorgere successivo di più obbligazioni della stessa persona. Ma mentre pei diritti reali vale il principio *prior in tempore potior in iure*, per le obbligazioni vale invece, per regola, il principio del concorso dei successivi creditori sul patrimonio del comune debitore.

(6) Il PEROZZI, op. cit. e *Istituzioni*, nega propriamente la distinzione affermando che tutti i diritti subbiettivi corrono veramente solo fra uomini e non fra uomini e cose. È più che altro questione di parole; v. retro vol. II, §§ 7-8. Vi sono dei diritti misti: reali — personali? « Quaedam actiones mixtam causam optinere videntur tam in rem quam in personam, qualis est familiae erciscundae actio, quae competit coheredibus de dividenda hereditate: item communi dividundo, quae inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur: item finium regundorum, quae inter eos agitur qui confines agros habent, in quibus tribus iudiciis permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus ex bono et aequo adiudicare et, si unius pars praegravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare ». Cfr. POLACCO, *Le obbligazioni*, I, pagg. 24-27.

I diritti reali infine non possono cadere che su cose materiali: le obbligazioni invece non hanno propriamente un oggetto: essi tendono semplicemente ad una prestazione.

§ 4. *Elementi costitutivi delle obbligazioni. - Terminologia (7).*

Tre sono gli elementi costitutivi di ogni obbligazione.

1° Almeno due persone; almeno cioè un *creditore* e un *debitore*.

2° Un vincolo giuridico fra queste due persone: cioè un rapporto riconosciuto sufficiente a far ritenere che l'una di esse sia obbligata verso l'altra.

3° Una prestazione da eseguirsi al creditore.

Noi analizzeremo successivamente questi tre elementi toccando vari problemi che sorgono in riguardo a ciascuno di essi.

Qui è intanto opportuno premettere alcune osservazioni sulla terminologia. L'obbligazione si presenta in tre aspetti diversi, a seconda che la si consideri dal punto di vista del debitore, del creditore, o di entrambi.

Dal punto di vista del debitore essa viene generalmente indicata come *debitum*, *debere*, parole che esprimono l'aspettativa legittima della esecuzione da parte del creditore. Essa viene detta anche *obligatio* (in ricordo forse del tempo in cui il debitore si costituiva prigioniero del suo creditore),

sebbene, nell'epoca storica, non si possa più parlare di *obligatio* e di *obligatus* che in senso traslato e relativamente al patrimonio del debitore.

Dal punto di vista del creditore l'obbligazione viene spesso indicata come *creditum*, da *credere* o dare a credito. Questa terminologia è impropria, perchè ristretta; ma nelle fonti romane non ne troviamo altra più adeguata ad indicare che, per il creditore, l'essenza della obbligazione consiste in ciò che egli ne può esigere l'adempimento.

La parola *obligatio* trovasi anche usata ad indicare il rapporto obbligatorio (come valore patrimoniale), e la causa, o fatto generatore, dell'obbligazione.

(7) Vedi fr. 10, Dig. 50, 16. *Ulpianus libro sexto ad edictum*. « *Creditorum* accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario, sive pure sive in diem vel sub condicione. *quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum*, sed si non sit mutua pecunia, sed contractus, *creditorum accipiuntur* ». *Gaius libro primo ad edictum provinciale*. « *creditorum* appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur ». *Ulpianus libro sexto ad edictum*. « ut si cui ex empto vel ex locato vel ex alio ullo debetur, sed et si ex delicto debeatur, *mih i videtur posse creditoris loco accipi*, quod si ex populari causa, ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse. Minus solvit, qui tardius solvit: nam et tempore minus solvitur »; cfr. fr. 1, Dig. 16, 2; fr. 3, Dig. 10, 2; fr. 1, Dig. 16, 2.

CAPITOLO II.

Dei subbietti dell'obbligazione.

Sommario: § 1. Delle obbligazioni ambulatorie. — § 2. Delle obbligazioni parziarie, solidali e indivisibili. — § 3. Dell'essenza della solidarietà. — § 4. Delle fonti della solidarietà. — § 5. Dei modi di estinzione delle obbligazioni solidali. — § 6. Della mora e della colpa nelle obbligazioni solidali. — § 7. Dell'azione di regresso nelle obbligazioni solidali. — § 8. Della distinzione fra correalità e solidarietà.

§ 1. Delle obbligazioni ambulatorie.

Ogni obbligazione presuppone almeno due soggetti: un creditore e un debitore. Questi due soggetti sono, per regola, determinati *individualmente* nel momento in cui l'obbligazione sorge. Ma può anche avvenire che tale originaria determinazione manchi, e che tuttavia l'obbligazione sorga, a favore o contro quella qualsiasi persona che verrà a trovarsi in una data situazione. Si parla, in tali casi, di obbligazioni ambulatorie o *in rem scriptae*. Tali sono (8):

1° L'obbligazione di risarcire il danno arrecato da un animale, o da uno schiavo, ecc. (o di consegnar questi al danneggiato stesso (*noxae deditio*), la quale incombe a quella qualsiasi persona che si trovi ad essere proprietaria dell'animale o dello schiavo nel momento in cui l'azione viene intentata (*noxae caput sequitur*) (9).

(8) Vedi fr. 9, § 8, Dig. 4, 2. *Ulpianus libro undecimo ad edictum*. « Cum autem haec actio in rem sit scripta nec personam vim facientis coerceat, sed adversus omnes restituit velut quod metus causa factum est: non in merito Iulianus a Marcello notatus est scribens, si fideiussor vim intulit, ut accepto liberetur, in reum non esse restituendam actionem, sed fideiussorem, nisi adversus reum quoque actionem restituat, debere in quadruplum condemnari, sed est verius, quod Marcellus notat: etiam adversus reum competere hanc actionem, cum in rem sit scripta », e confronta fr. 4, § 33, Dig. 44, 4.

(9) Vedi GAIUS, IV, 77. « Omnes autem noxales actiones caput sequuntur ». Cfr. § 5, *Inst.* IV, 8 e fr. 1, § 12, Dig. 9, 1. *Ulpianus libro*

2° L'obbligazione di pagare le imposte scadute, che incombe all'attuale proprietario del fondo, anche se, al momento in cui l'imposta era diventata esigibile, il fondo stesso si trovasse in proprietà d'altra persona. Lo stesso principio vale pel canone enfiteutico e pel *solarium* nella superficie (10).

3° L'obbligazione di *reficere parietem* nella *servitus oneris ferendi*, che incombe a chiunque si trovi ad essere proprietario del fondo servente, nel momento in cui le riparazioni vengono richieste, e che viceversa è a favore di chiunque si trovi ad essere, in tal momento, proprietario del fondo dominante (11).

4° L'obbligazione di restituire il profitto tratto da un negozio da altri concluso sotto la pressione della violenza (*actio quod metus causa*: vedi sopra) (12).

5° L'obbligazione imposta all'erede di consegnare una determinata cosa o somma di denaro a persona da determinarsi da un terzo (13).

Il diritto romano dunque, pur tenendo fermo il principio per cui l'obbligazione è un vincolo fra persone determinate, vi aveva arredate delle eccezioni. Più oltre si sono spinti il diritto romano comune e le moderne legislazioni coll'introduzione dei titoli al portatore.

octavo decimo ad edictum. « Et cum etiam in quadrupedibus noxa caput sequitur, adversus dominum haec actio datur, non cuius fuerit quadrupes, cum noceret, sed cuius nunc est ».

(10) Cfr. *lex Agraria*, I, 36; *Sentencia Minucioem*, I, 24. Cfr. fr. 7, Dig. 39, 4. *Papirius Iustus libro secundo de constitutionibus*. « Imperatores Antoninus et Verus rescripserunt in vectigalibus ipsa praedia, non personas conveniri, et ideo possessores etiam praeteriti temporis vectigal solvere debere eoque exemplo actionem, si ignoraverint, habituros. Item rescripserunt pupillo remittere se poenam commissi, si intra diem trigensimum vectigal intulisset ». Cfr. fr. 5, § 2, Dig. 50, 15; c. 2, 3, Cod. IV, 47; c. 2, Cod. X, 16.

(11) Vedi fr. 2, § 6, Dig. 8, 5.

(12) Vedi fr. 9, § 8, Dig. 4, 2.

(13) Cfr. §§ 25-27, *Inst.* II, 20.

§ 2. Delle obbligazioni parziarie, solidali e indivisibili.

Quando la prestazione che forma oggetto di una obbligazione è dovuta da più soggetti (o a più soggetti) si possono avere varie combinazioni che danno luogo a tre tipi di obbligazione: obbligazioni parziarie, solidali, e indivisibili. La combinazione più semplice è che i più creditori, o debitori, si trovino l'uno accanto all'altro in posizione completamente autonoma, e che l'oggetto della obbligazione sia divisibile: in tal caso l'obbligazione è parziaria. Tizio, Caio e Sempronio sono creditori, o debitori, della complessiva somma di L. 100. Qui apparentemente si ha una sola obbligazione di L. 100; in realtà si hanno tre obbligazioni di $33\frac{1}{3}$ ciascuna.

All'obbligazione parziale si contrappone l'obbligazione solidale, caratteristica della quale è l'unificazione di più creditori, o debitori, nel senso che ciascuno di essi possa esigere, o debba prestare, l'intera prestazione. Tizio, Caio e Sempronio sono ciascuno debitori, o creditori, della stessa intera prestazione.

Una terza combinazione è offerta dall'obbligazione indivisibile. Indivisibile (in contrapposto a solidale) è quella obbligazione il cui oggetto non è suscettibile di divisione. Anche qui si hanno più debitori e creditori che devono prestare, o possono esigere, l'intero oggetto della obbligazione, ma qui, *per il solo fatto di non potersi l'oggetto della obbligazione prestare pro parte*.

Quando l'oggetto è divisibile la pluralità di soggetti dà luogo, per regola, a parziarietà: la solidarietà è eccezionale (14).

(14) Che l'obbligazione parziaria sia la regola risulta dal fr. 11, §§ 1-2, Dig. 45, 2. *Papinianus libro vicensimo septimo quaestionum*. « Cum tabulis esset comprehensum 'illum et illum centum aureos stipulatos' neque adiectum 'ita ut duo rei stipulandi essent', virilem partem singuli stipulati videbantur. Et e contrario cum ita cautum inveniretur: 'tot aureos recte dari stipulatus est Iulius Carpus, spondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius', partes viriles deberi, quia non fuerat adiectum singulos in solidum spondisse, ita

§ 3. Dell'essenza della solidarietà (15).

Molto si è discusso, intorno alla vera essenza della solidarietà. Alcuni hanno sostenuto che essa consista nell'esservi un'obbligazione sola con più soggetti attivi o passivi; ma altri hanno obiettato che non può concepirsi una obbligazione sola con più soggetti, e che, ove siano più soggetti, devono necessariamente ammettersi più obbligazioni. Posta su questo terreno la discussione ha naturalmente dato luogo a sottigliezze non poche, sulle quali non occorre soffermarsi (16). Guardando alla realtà, delle cose, noi troviamo che ciò che costituisce la solidarietà è il fatto di dovere più persone *la stessa prestazione* ad un solo comune debitore (o di poterla esigere egualmente da

ut duo vei promittendi fierent»; c. 1, Cod. VIII, 31. *Impp. Valerianus et Gallienus A. A. Tauro*. « Manifesti et indubitati iuris est defuncto creditore multis relictis heredibus actionem quidem personalem inter eos ex lege XII tabularum dividi, pignus vero in solidum unicuique tenere » (a. 257). Il fatto che le XII tavole ordinavano espressamente la divisione dei debiti fra più eredi, non mi sembra dimostri che, originariamente, la solidarietà, nel caso di obbligazione con più debitori, fosse considerata come regola; la successione infatti costituisce una *causa unica* di debito per i più eredi e induce per ciò solidarietà fra i medesimi. La legge delle XII tavole ruppe qui il principio della solidarietà in un caso in cui esso era specialmente fondato. Vedi tuttavia le acute osservazioni di BONFANTE negli Studi in onore di V. Scialoja, vol. I, pagg. 568 e segg.

(15) Per la ricchissima bibliografia veggasi WINDSCHEID, *Pandekten*, II, § 253. Specialmente da consultarsi, fra le più recenti, sono le seguenti monografie: ASCOLI, *Sulle obbligazioni solidali*, Roma, 1890. — ASCOLI, *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, anno IV, 1891, pagg. 287-313. — BINDER, *Die Correalobligation im römischen und heutigen Recht*, Leipzig, 1899. — HRUZA, *Recensione dell'opera del Binder nella Kritische Vierteljahreschrift*, 1900, pagg. 174-202. — PACCHIONI, *Degli effetti della « litis contestatio » nelle obbligazioni solidali passive* (Atti della I. R. Accademia degli Agiati in Rovereto, serie III, vol. VI, 1900).

(16) Per le teorie della pluralità e della unità vedi: § 1, *Inst.* III, 16 e fr. 3, § 1, Dig. 45, 2 trascritti sopra; e fr. 1, § 4, Dig. 2, 10; fr. 9, Dig. 9, 4 e fr. 34, § 1, Dig. 46, 3; fr. 31, § 1, Dig. 46, 2; fr. 9, § 2, Dig. 45, 2; fr. 13; fr. 15 eod.

un solo comune debitore) in base ad una *medesima causa*. Per quanto sia concepibile, non occorre pertanto dire che in caso di solidarietà si ha un'unica obbligazione con più soggetti attivi o passivi; piuttosto, in omaggio alla realtà delle cose, deve dirsi che vi sono diverse obbligazioni ma connesse fra di loro in modo che il comune creditore possa rivolgersi, a suo piacimento, all'uno piuttosto che all'altro dei suoi debitori, o che ciascuno dei più creditori possa convenire, prevenendo gli altri, il debitore comune, avendosi questo effetto: che adempiuta l'obbligazione da parte di uno solo dei debitori o ad uno solo dei creditori, anche gli altri restino liberati, o relativamente privi del diritto di esigere.

Gli scopi pratici ai quali questa combinazione provvede sono facilmente rilevabili: l'obbligazione solidale passiva aumenta la probabilità di soddisfacimento del creditore: quella attiva facilita l'esazione (17).

§ 4. Delle fonti della solidarietà.

La solidarietà ha il suo fondamento o in un contratto o in un delitto o in un qualsiasi altro fatto riconosciuto dalla legge. Nell'epoca classica era la stipulazione che massimamente serviva a costituire la solidarietà. Occorreva, a tal fine, che i vari condebitori si obbligassero di fronte al comune creditore mediante una sola stipulazione, e che così pure facessero i più creditori di fronte al solo debitore. Questa è la cosiddetta *unitas actus* che esprime, nell'ordine formale, quella *unità di causa* che costituisce il vero fondamento della solidarietà (18).

(17) La prestazione resta sempre la stessa, anche quando i vari *correi* si obbligino con modalità diverse: per esempio a termine o sotto condizione. Cfr. fr. 7, Dig. 45, 2; § 2, *Inst.* III, 16 trascritto a nota seguente.

(18) Vedi pr. *Inst.* III, 16. « Et stipulandi et promittendi duo plures rei fieri possunt, stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat 'spondeo', ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat 'utrique vestrum dare spondeo': nam si prius Titio sponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia

Per diritto giustiniano si ammise che si potesse costituire solidarietà passiva anche mediante successive stipulazioni. Mentre cioè, per diritto classico, più stipulazioni successive aventi per oggetto la stessa prestazione, e contratte da diversi debitori, davano luogo o a cumulo o a novazione (a cumulo se l'identica prestazione veniva successivamente, ma indipendentemente, stipulata da più persone; a novazione se si stipulava da una seconda o terza persona la stessa prestazione già dovuta da una prima (*centum quos Titius mihi debet dari spondes? spondeo*), per diritto giustiniano — introdotto il requisito dell'*animus novandi* come essenziale per potersi aver novazione (19) — la stipulazione da un Secondo o Terzo di ciò che già

atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: 'Maevi, quinque aureos dare spondes? Sei, eosdem quinque aureos dare spondes?' respondeant singuli separatim 'spondeo'. Es huiusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur, in utraque tamen obligatione una res vertitur: et vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium peremit obligationem et omnes liberat. Ex duobus reis promittendi alius pure, alius in diem vel sub conditione obligari potest: nec impedimento erit dies aut condicio, quo minus ab eo qui pure obligatus est petatur»; fr. 8, Dig. 45, 2. *Ulpianus libro primo responsorum*. « His verbis: 'eaeque praestari stipulanti tibi spondimus' interesse, quid inter contrahentes actum sit: nam si duo rei facti sint, eum qui absens fuit non teneri, praesentem autem in solidum esse obligatum, aut si minus in partem fore obstrictum ». Che la solidarietà potesse crearsi con qualsiasi contratto risulta dal fr. 9, Dig. 45, 2. *Papinianus libro vicensimo septimo quaestionum*. « Eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione, conductione, deposito, commodato testamento ut puta si pluribus heredibus institutis testator dixit: Titius et Maevius Sempronio decem dato ». Cfr. fr. 1 §§ 43 e 44, Dig. 16, 3; fr. 21, § 1, Dig. 13, 6; fr. 5, § 15, Dig. eod.; c. 5, Cod. IV, 2; c. 9, Cod. eod.; fr. 47, Dig. 19, 2; fr. 13, § 9, Dig. 19, 2; fr. 52, § 3, Dig. 46, 1; fr. 59, § 3, Dig. 17, 1; fr. 16, Dig. 13, 5; fr. 38, Dig. 26, 7. Il PEROZZI, *Istituzioni*, II, pag. 106, n. 1, esclude la possibilità di solidarietà in base a contratto per l'epoca classica. Cfr. fr. 9, Dig. eod. e fr. 13, § 9, Dig. 19, 2.

(19) Vedi più avanti il paragrafo sulla *Novazione*.

era dovuto da un Primo, operava novazione, se avveniva coll'*animus novandi*, cumulo, se avveniva indipendentemente, senza richiamo cioè alla obbligazione di Primo o Secondo, solidarietà se avveniva senza *animus novandi* e con richiamo a questa obbligazione. Per diritto giustiniano dunque, in caso di stipulazioni successive della stessa prestazione contratte da diverse persone, dipendeva dalla volontà delle parti il decidere se si dovesse avere cumulo di obbligazioni indipendenti, oppure novazione, oppure infine solidarietà (20).

Quanto alle obbligazioni solidali attive l'*unitas actus* fu sempre richiesta, tanto per diritto classico che per diritto giustiniano: qui infatti non si trattava soltanto di interpretare la volontà delle parti contraenti, ma di non ledere il diritto del primo creditore ponendogliene accanto un secondo, un terzo e via dicendo, a parità di diritto.

La solidarietà, attiva e passiva, poteva anche venire costituita per atto di ultima volontà. Un testatore dopo avere istituito diversi eredi poteva obbligarli solidalmente a prestare un legato. Occorreva, all'uopo, si servisse della particella disgiuntiva *aut*. Per esempio: *Titius heres meus aut Caius heres meus Stichum servum Caio dato*. Per costi-

(20) Vedi fr. 8, § 5, Dig. 46, 2. *Ulpianus libro quadragesimo sexto ad Sabinum*. « Si ab alio promissam sibi dotem maritus ab uxore dotis nomine stipulatus sit, non duplari dotem, sed fieri novationem placet, [si hoc actum est; quid enim interest, ipsa an alius quilibet promittat? quod enim ego debeo si alius promittat, liberare me potest. si novationis causa hoc fiat: si autem non novandi animo hoc intervenit, uterque quidem tenetur, sed altero solvente alter liberatur, non tamen si quis stipuletur quod mihi debetur, aufert mihi actionem, nisi ex voluntate mea stipuletur: liberat autem me is qui quod debeo, promittit, etiamsi nolim] ». Questo testo è interpolato nella parte chiusa fra parentesi quadre. Cfr. BINDER, op. cit., pagg. 9 e segg.

Fr. 3, pr. Dig. 45, 2. *Ulpianus libro quadragesimo septimo ad Sabinum*. « In duobus reis promittendi frustra timetur novatio: nam licet ante prior responderit posterior etsi ex intervallo accipiatur, consequens est dicere pristinam obligationem durare et sequentem accedere: et parvi refert, simul spondeant an separatim promittant, cum hoc actum inter eos sit, ut duo rei constituantur: neque ulla novatio fiet ». Cfr. fr. 6, § 3, Dig. eod pure interpolato.

tuire invece un'obbligazione solidale attiva a favore di più legatari occorreva che egli assegnasse la scelta all'erede; per esempio: *Titius heres meus Caio aut Sempronio, utri ille velit, decem dato*. Se non attribuiva tale scelta all'erede la disposizione era di dubbia interpretazione: Giustiniano stabilì che il legato andasse diviso fra i due legatari (21).

La solidarietà passiva poteva infine sorgere *ex delicto*: quando, ad esempio, uno schiavo in condominio avesse arrecato un danno. La pluralità dei condomini faceva sì che sorgessero qui più obbligazioni; l'*unità dell'atto delittuoso* commesso dallo schiavo, e del danno con esso arrecato, determinava la solidarietà delle medesime (22). Lo stesso avveniva quando più persone libere avessero commesso un delitto, per esempio un furto, *in comune*: anche qui sorgevano tante obbligazioni quanti erano i ladri, ma l'*unità del furto e del danno* inducevano solidarietà (23).

(21) Vedi fr. 16, Dig. 31, e cfr. c. 4, Cod. VI, 38. *Celsus libro sexto decimo digestorum*. « Si Titio aut Seio, utri heres vellet, legatum relictum est, heres alteri dando ab utroque liberatur: si neutri dat, uterque perinde petere potest atque si ipsi soli legatum foret: nam ut stipulando duo rei constitui possunt, ita et testamento potest id fieri ». E confronta c. 4, pr. Cod. VI, 38. *Imp. Iustinianus A. Johanni pp.* « Cum quidam sic vel institutionem, vel legatum vel fideicommissum vel libertatem vel tutelam scripsisset: ' ille vel ille heres mihi esto ' vel ' illi aut illi do lego ', vel dari volo, vel ' illum aut illum liberum vel tutorem esse volo vel jubeo ', dubitabatur utrumne inutilis sit huiusmodi institutio et legatum et fideicommissum et libertas et tutoris datio, an occupantis melior condicio sit, an ambo in huiusmodi luca vel mania nocentur et an secundum aliquem ordinem admittantur, an uterque omnimodo, cum alii primum in institutionibus quasi institutum admitti, secundum quasi substitutum alia in fideicommissis posteriorem solum accepturum fideicommissum existimaverunt, quasi recentiare voluntate testatoris utentem... ». § 1 melius itaque nobis visum est omnis huiusmodi verbositate explosa, coniunctionem ' aut ' pro ' et ' accipi, ut videatur copulativo modo esse prolata et magis sit *παράδιὰ ἐνξίς*, ut et primam personam inducat et secundam non repellat.

(22) Vedi fr. 5, 8, 17, Dig. 9, 4; fr. 1, § 14, Dig. 9, 1; fr. 8, Dig. 11, 1.

(23) Vedi fr. 15, § 2, Dig. 43, 24. *Ulpianus libro septuagesimo ad edictum*. « Et si communi consilio plurium id factum sit, licere vel cum uno vel cum singulis experiri: *opus enim quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare* ».

§ 5. *Dei modi di estinzione delle obbligazioni solidali.*

Essendo le obbligazioni solidali fondate sopra *una stessa ed identica causa*, ed avendo per oggetto *la stessa prestazione*, si comprende facilmente come il pagamento da parte di uno solo dei condebitori (o a uno solo dei concreditori) operi liberazioni per tutti gli altri. Non è già che, pur essendo operato da uno solo, esso vada considerato come fatto anche a nome degli altri; ma gli è piuttosto che eseguita l'unica prestazione che formava il contenuto di tutte le obbligazioni solidali, queste cadono naturalmente nel nulla. Ma, accanto al pagamento, si hanno molti altri modi di estinzione delle obbligazioni, e perciò si domanda quali effetti questi producano quando siano stati attuati da uno solo dei condebitori (o di fronte ad uno solo dei concreditori solidali). Si suole risolvere questo quesito con una formula generale: ogni obbligazione, si dice, è composta di elementi soggettivi ed oggettivi; considerata da un certo aspetto essa si presenta come un'entità oggettiva, mentre da un altro non è che un rapporto fra due soggetti. Ora, dato ciò, è naturale che, in caso di solidarietà, quei modi di estinzione che colpiscono l'entità obbiettiva dell'obbligazione sieno liberatori per tutti i condebitori e di fronte a tutti i concreditori (tale entità obbiettiva essendo la stessa per tutte le obbligazioni), e che quelli invece che colpiscono il rapporto subbiettivo di uno solo dei condebitori o dei concreditori operino solo a suo riguardo. Così dunque, ad esempio, il pagamento opererà per tutti, perchè estingue l'obbligazione nel suo contenuto obbiettivo: invece il *pactum de non petendo*, o il *contrarius consensus*, opereranno solo per quelli che lo hanno conchiuso o dato. Questa dottrina non è accettabile (24). Non è infatti possibile separare, nella obbligazione, l'elemento obbiettivo da quello subbiettivo: la distinzione introdotta da questa dottrina non spiega, ma piuttosto esprime, il diverso effetto attribuito nelle fonti ai vari modi di estinzione delle obbligazioni, in caso di soli-

(24) Vedi e. g. BARON, *Pandekten*, § 427.

darietà; essa si risolve, in sostanza, in una petizione di principio. Bisogna dunque esaminare i testi e ricercare, caso per caso, la ragione delle decisioni in essi contenute.

1° È fuori di dubbio che l'*acceptilatio* (25) fatta dal creditore a favore di uno fra più condebitori solidali, opera liberazione per tutti gli altri; come pure opera per tutti i concreditori la *acceptilatio* fatta da uno solo di essi al comune debitore. Il fondamento di questo effetto obbiettivo, attribuito all'*acceptilatio*, è chiaramente accennato nei testi: esso riposa sulla equiparazione della *acceptilatio* al pagamento.

2° Per la novazione la soluzione non era concorde fra gli stessi giuristi classici (come non è fra i moderni romanisti). Essendo la novazione sostituzione di un nuovo debito ad un debito vecchio che si vuol estinguere e sostituire, si sarebbe potuto decidere che essa non abbia ad operare obbiettivamente. Prevalse tuttavia il concetto economico-sociale che considera la novazione come un mezzo di pagamento, e (almeno per diritto giustiniano) si ammise che la novazione estinguesse l'obbligazione per tutti, quando fosse stata rivolta a questo fine (26).

(25) Vedi fr. 16, Dig. 46, 4. *Ulpianus libro septimo disputationum*. « Si ex pluribus obligatis uni accepto feratur, non ipse solus liberatur sed et hi, qui secum obligantur: nam cum ex duobus pluribusque eiusdem obligationis participibus uni accepto fertur, ceteri quoque liberantur, non quoniam ipsis accepto latum est, sed quoniam velut soluisse videtur is, qui acceptilatione solutus est. Si iudicati fideiussor sit datus acceptus eique accepto latum sit, liberabitur et iudicatus ». Fr. 2, Dig. 45, 2. *Iavolenus libro tertio ex Plautio*. « Cum duo eandem pecuniam aut promiserint aut stipulati sunt, ipso iure et singuli in solidum debentur et singuli debent: ideoque petitione acceptilatione unius tota solvitur obligatio ». Confronta fr. 13, § 12, Dig. 46, 4; fr. 3, § 3, Dig. 34, 3; fr. 12, § 3, Dig. 5, 2; fr. 82, § 5, Dig. 30; fr. 29, Dig. 34, 3. — BINDER, opera citata, pagg. 175 e segg. — HRUZA, Recensione citata, pagg. 181 e 201.

(26) Il testo fondamentale è il fr. 31, § 1, Dig. 46, 2. *Venuleius libro tertio stipulationum*. « Si duo rei stipulandi sint, an alter ius novandi habeat, quaeritur et quid iuris unusquisque sibi adquisierit, fere autem convenit et uni recte solvi et unum iudicium petentem totam rem in litem deducere, item unius acceptilatione peremi utriusque obligationem: ex quibus colligitur unumquemque perinde sibi adquisisse, ac si solus

3° Della compensazione opposta da uno dei condebitori convenuto i testi non fanno cenno: può tuttavia ammettersi che essa pure venisse equiparata al pagamento, in base alla definizione stessa della compensazione. Ma poteva un condebitore solidale, convenuto dal comune creditore eccepire, in via di compensazione, i crediti spettanti ad un altro condebitore verso il creditore stesso? Lo poteva, ma solo ove fosse *socius* del condebitore del quale eccepiva i crediti (27).

4° Analoga decisione veniva data per il *pactum de non petendo in rem*, quando fra i coobbligati poteva aver luogo regresso. Qui furono decisive due considerazioni: la prima

stipulatus esset, excepto eo quod etiam facto eius, cum quo commune ius stipulantis est, amittere debitorem potest, secundum quae si unus ab aliquo stipuletur. *novatione quoque liberare eum ab altero poterit [cum id specialiter agit, eo magis cum eam stipulationem similem esse solutioni existimemus]*, alioquin quid dicemus, si unus delegaverit creditori suo communem debitorem isque ab eo stipulatus fuerit? aut mulier fundum iusserit doti promittere viro, vel nuptura ipsi doti eum promiserit? nam debitor ab utroque liberabitur » che è interpolato per la parte fra parentesi quadre. Confrontasi tuttavia il fr. 27, Dig. 2, 14. *Paulus libro tertio ad edictum*. « Si unus ex argentariis sociis cum debitore pactus sit, an etiam alteri noceat exceptio? Neratius Atilicinus Proculus, nec si in rem pactus sit, alteri nocere: tantum enim constitutum, ut solidum alter petere possit, idem Labeo: *nam nec novare alium posse, quamvis ei recte solvatur: sic enim et his, qui in nostra potestate sunt, recte solvi quod crediderint, licet novare non possint, quod est verum, idemque in duobus rei stipulandi dicendum est* ». Cfr. MANNA, *Sul fr. 27 pr., Dig. 2, 14*, e FERRINI, *Pandette*, p. 562; cfr fr. 8, § 11, Dig. 16, 1; fr. 13, § 1, Dig. 14, 3. — BINDER, *op. cit.*, pagg. 214 e segg. — Per la solidarietà passiva vedi fr. 20, Dig. 16, 1. *Africanus libro octavo quaestionum*. « Si pro uno reo intercessit mulier, adversus utrumque restituitor actio creditori »; e fr. 13, § 1, Dig. 14, 3. *Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*. « Meminisse autem oportebit institoria dominum ita demum teneri, si non novaverit quis eam obligationem vel ab institore vel ab alio novandi animo stipulando »; cfr. anche fr. 33, § 1, Dig. 45, 3. Nelle fonti la novazione è spesso paragonata al pagamento; v. fr. 21, § 3, Dig. 33, 1; fr. 19, § 4, Dig. 39, 5; fr. 31, § 1, Dig. 46, 2. Ma bisogna notare che di *solutio* le fonti parlano ora in senso stretto (soddisfazione) ora in senso lato (liberazione del debitore); cfr. fr. 54, Dig. 46, 3.

(27) Fr. 10, Dig. 45, 2. *Papinianus libro trigesimo septimo quaestionum*. « Si duo rei promittendi socii non proderit alteri quod stipulator alteri reo pecuniam debet ».

è che se si fosse ammesso non avere il patto di uno effetto anche per gli altri condebitori solidali, esso avrebbe mancato allo scopo anche per colui che l'aveva concluso. Il comune creditore infatti avrebbe potuto convenire gli altri condebitori, e questi avrebbero poi potuto agire in regresso contro il debitore che aveva concluso il patto. La seconda considerazione è che il *pactum de non petendo in rem* presuppone una controprestazione, e questa equivale a pagamento (28).

5° Nel diritto classico la *litis contestatio* con uno dei condebitori o concreditori solidali era liberatoria per tutti. Ora la *litis contestatio* non viene mai paragonata, e certo non è un equivalente del pagamento; ma qui l'effetto obbiettivo era dovuto ad un principio di diritto pubblico: *bis de eadem re ne sit actio*. Giustiniano abrogò l'effetto obbiettivo della *litis contestatio* per le obbligazioni solidali passive; lo lasciò invece sussistere per quelle attive (29).

(28) Per il *pactum de non petendo in rem*, vedi: fr. 21, § 5; fr. 22, 23, 27 pr. 40, 57; fr. 24 e fr. 25, Dig. 2, 14 trascritto sopra; fr. 3, § 3, Dig. 34, 3; fr. 34, § 11, Dig. 46, 3; fr. 5, § 1, Dig. 34, 3; fr. 34, Dig. 4, 8.

(29) Per la *litis contestatio* v. c. 28, Cod. VIII, 40. *Imp. Iustinianus A. Joanni P. P.*: « Generaliter sancimus, quemadmodum in mandatoribus statutum est, ut contestatione contra unum ex is facta, alter non liberetur, ita et in fideiussoribus observari. Invenimus enim et in fideiussorum cautionibus plerumque ex pacto huiusmodi causae esse prospectum: et ideo generali legi sancimus, nullo modo electione unius ex fideiussoribus, vel ipsius rei alterum liberari, vel ipsum reum fideiussoribus, vel uno ex his electo liberationem mereri, nisi satisfiat creditori: *sed manere ius integrum, donec in solidum ei pecuniae persolvantur, vel alio modo satis ei fiat*. Idemque in duobus reis promittendi constituimus, ex unius rei electione praeiudicium creditori adversus alium fieri non concedentes: sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, *donec per omnia ei satisfiat*. Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur, et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur, ut nec simplicitas suscipientium contractus est quacunque causa possit ius creditoris mutilare? *Dat. XV. K. nov. Constantinopoli post Consulatum Lampadii et Orestis, VV. CC. [531]*. Che anche dopo questa riforma giustiniana la *litis contestatio* avesse effetto obbiettivo in caso di solidarietà attiva, risulta anche dai fr. 2, 16, Dig. 45, 2; fr. 5, Dig. 46, 1; fr. 31, § 1, Dig. 46, 2.

6° La distruzione fortuita della cosa dovuta da più debitori in solido, o che più creditori hanno il diritto di esigere solidariamente, libera tutti i debitori, ed estingue il diritto di tutti i creditori. Qui viene in applicazione il principio: *impossibile nulla obligatio*.

7° Il giuramento decisorio sulla esistenza della obbligazione ha pure effetto obbiettivo. Ma anche qui i giuristi romani operavano apertamente coll'analogia del pagamento *quid in locum solutionis succedit* (30).

8° La interruzione della prescrizione operata dal creditore contro uno solo dei condebitori, o contro il debitore unico da parte di un solo concreditore ha effetto, a termini d'una apposita costituzione di Giustiniano, per tutti e contro tutti. Anche qui però siamo di fronte ad una decisione che non discende punto dalla natura della solidarietà, ma piuttosto da considerazioni di convenienza e opportunità. E lo stesso è a dirsi per la prescrizione (31).

I modi di estinzione di cui ci siamo occupati fin qui, hanno tutti effetto obbiettivo, ma per ragioni diverse, e cioè: o per essere, in conformità alla presumibile volontà delle parti, o agli scopi della legge cui la solidarietà è dovuta, equiparabili al pagamento; o per altri motivi di

(30) Per il giuramento decisorio, fr. 28, §§ 1-3, Dig. 12, 2: « Quod reus iuravit, etiam fideiussori proficit, a fideiussore exactum iusiurandum prodesse etiam reo Cassius et Iulianus aiunt: *nam quia in locum solutionis succedit. hic quoque eodem loco habendum est*: si modo ideo interpositum est iusiurandum, et de ipso contractu et de re, non de persona iurantis ageretur. Si ei, qui debitorem meum in iudicium exhibere promisit, iusiurandum detulerim isque iuraverit se omnino exhibitionem eius non promississe, prodesse debitori meo id non debet; si vero iuraverit se nihil mihi praestare oportere. distinguendum sit et replicatione emendandum, utrum ideo iuraverit an quia post promissionem exhibuerit an vero quia solverit; quod et in fideiussorem debiti distinguendum est ». Cfr. HRUZA, Rec. cit. sopra, pagg. 180-181: e fr. 42, § 1, Dig. 12, 2.

(31) Per la prescrizione vedi c. 4, [5] Cod. VIII, 39 [40]. Per la sentenza condannatoria non si può avere effetto obbiettivo, perchè riconosce. Per la sentenza liberatoria tutto dipende dai motivi sui quali essa viene fondata: se questi non sono personali al convenuto, essa opera obbiettivamente.

ordine generale, quali ad esempio, il rispetto della regola *bis de eadem re ne sit actio*, e il principio informatore della prescrizione; o infine per la considerazione dei rapporti intercedenti fra i vari condebitori e concreditori.

Vi sono però dei modi di estinzione che non hanno mai effetto obbiettivo. Così:

1° Quando uno dei condebitori diventa erede del comune creditore gli è solo la sua obbligazione che si estingue per la confusione dei patrimoni dell'erede con quello del defunto. Lo stesso vale pel caso in cui uno fra i più concreditori solidali diventi erede dell'unico debitore (32).

2° Lo stesso vale in caso di *capitis deminutio* di un solo condebitore o concreditore (33).

3° Lo stesso vale, infine, per la *in integrum restitutio*, *beneficium* accordato *ad personam* (34).

4° Per il *pactum de non petendo in personam* (35).

5° Per il *contrarius consensus*.

Mentre nel trattamento fatto ai modi di estinzione sopra esaminati, prevalendo l'elemento unificatore della solida-

(32) Vedi fr. 71, Dig. 46, 1. *Paulus libro quarto quaestionum*. « Sed cum duo rei promittendi sint et alteri heres extitit creditor, iusta dubitatio est, utrum alter quoque liberatus est, ac si soluta fuisset pecunia, an persona tantum exempta confusa obligatione. et puto aditione hereditatis confusione obligationis eximi personam: sed et accessiones ex eius persona liberari propter illam rationem, quia non possunt pro eodem apud eundem obligati esse, ut quemadmodum incipere alias non possunt, ita nec remaneant. igitur alterum reum eiusdem pecuniae non liberari et per hoc nec fideiussorem vel mandatum eius, plane quia is mandati iudicio eligere potest vel creditorem, competituram ei exceptionem doli mali, si coeperit conveniri. cum altero autem reo vel in solidum, si non fuerit societas, vel in partem, si socii fuerunt, posse creditorem agere, quod si creditor fideiussori heres fuerit vel fideiussor creditori, puto convenire confusione obligationis non liberari reum ».

(33) Vedi fr. 19, Dig. 45, 2. *Pomponius libro trigensimo septimo ad Quintum Mucium*. « Cum persona liberatur manente obligatione, alter durat obligatus: et ideo si aqua et igni interdictum est, alicuius fideiussor postea ab eo datus tenetur ».

(34) Per la *in integrum restitutio*, v. fr. 48, Dig. 4, 4 e fr. 3, § 4, eod.

(35) Per il *pactum de non petendo in personam*, v. fr. 25, § 1, Dig. 2, 14. *Paulus libro tertio ad edictum*. « Idem in duobus reis promittendi et duobus argentariis sociis. *Personale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad heredem, Labeo ait* ».

rietà, si ha estinzione dell'obbligazione, o del credito, di tutti in seguito all'estinzione della obbligazione o del credito di un solo condebitore, o concreditore, nel trattamento fatto a questi ultimi modi d'estinzione prevale invece l'elemento individuale. Gli è che i condebitori o concreditori si trovano bensì in un rapporto di dipendenza reciproca; ma questo rapporto non è tale da sopprimerne la individualità. La *capitis deminutio* e la *in integrum restitutio* sono avvenimenti ai quali le parti contraenti, o la legge, non hanno riguardo quando costituiscono un rapporto di solidarietà, e che restano quindi al di fuori del medesimo. Il *pactum de non petendo in personam* e il *contrarius consensus* hanno il loro fondamento nella libertà delle contrattazioni; sono negozi indipendenti che non si trovano che in un rapporto di giustapposizione colla obbligazione solidale, ed è quindi naturale che non producano effetto obbiettivo.

§ 6. *Della mora e della colpa nelle obbligazioni solidali* (36).

La mora e la colpa non sono cause di estinzione della obbligazione, ma piuttosto cause modificatrici del suo contenuto (vedi oltre capo VI). In caso di obbligazioni solidali, si domanda se la mora o la colpa di uno solo fra i più condebitori o concreditori solidali modifichi anche l'obbligazione degli altri. Per la mora i testi rispondono in senso negativo (37); per la colpa invece in senso affermativo (38). Questa diversità di decisione ha molto affaticato gli interpreti che, in diversi modi, hanno tentato di toglierla di

(36) Vedi LONGO A., *Sulla ragione dei diversi effetti della mora e del fatto del correo* (Studi giuridici per il XXXV anno di insegnamento di Filippo Serafini, pagg. 341-351, Firenze, 1892) e BINDER, op. cit., pag. 263 e segg.

(37) Vedi fr. 32, § 4, Dig. 22, 1. « Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet »; fr. 173, § 2, Dig. 50, 17. « Unicuique sua mora nocet, quod et in duobus reis promittendi observatur ».

(38) Vedi fr. 18, Dig. 45, 2. *Pomponius libro quinto ex Plautio*. « Ex duobus reis eiusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet ».

mezzo. Che gli effetti della mora in cui venga costituito uno dei condebitori solidali non debbano estendersi agli altri, si può spiegare considerando che la mora viene costituita dal creditore mediante la *interpellatio*, la quale, avendo luogo contro uno solo dei vari condebitori, è naturale che produca il suo effetto solo di fronte ad esso. Non è invece altrettanto facile spiegare perchè in caso di colpa di uno dei condebitori resti perpetuata anche l'obbligazione degli altri condebitori. La colpa è essenzialmente personale, e sembrerebbe logico ammettere dover essa produrre i suoi effetti solo per chi vi è incorso, dimodochè — divenendo impossibile la prestazione per colpa di un solo dei più condebitori solidali — tutti gli altri avessero ad essere liberati, come se la prestazione fosse divenuta impossibile per caso fortuito. Mossi da queste, o da simili considerazioni, taluni autori hanno cercato di far violenza al testo negando l'effetto obbiettivo della colpa. Conviene peraltro riconoscere che il testo è chiaro e che, come tale, va accolto, anche ove non sembri persuasivo. Forse l'idea in esso dominante è che la solidarietà non permetta, per la sua stessa natura, che si consideri come dovuta a caso fortuito la impossibilità dovuta a colpa di uno dei correi. Alla stessa conclusione sembra sospingere, del resto, anche la considerazione della finalità pratica cui sopperisce la solidarietà passiva, che è di aumentare le garanzie del creditore (39).

(39) Con simili considerazioni si spiega anche il trattamento fatto alla colpa del fideiussore in rapporto al debitore principale, e del principale in rapporto al fideiussore. L'intervento del fideiussore è a beneficio del debitore principale ed è quindi naturale che non gli debba mai riuscire dannoso; che il fideiussore possa invece restare danneggiato per colpa del debitore principale è conforme alla natura e agli scopi della fideiussione. I testi relativi sono: fr. 32, 5, Dig. 22, 1. « Item si fideiussor solus moram fecerit, non tenetur, sicuti si Stichum promissum occiderit: sed utilis actio in hunc dabitur »; fr. 88, Dig. 45, 1. *Paulus libro sexto ad Plautium*. « Mora rei fideiussori quoque nocet, sed si fideiussor servum obtulit et reus moram fecit, mortuo Sticho fideiussori succurrendum est. sed si fideiussor hominem occiderit, reus liberatur, fideiussor autem ex stipulatione conveniri potest »; e fr. 91, § 1, Dig. 45, 1. « Sed si sit quidem res in rebus humanis, sed dari non possit, ut fundus religiosus puta vel sacer factus vel servus manu-

§ 7. *Dell'azione di regresso nelle obbligazioni solidali.*

La solidarietà non è, come si è visto, che una *forma giuridica* la quale può coprire una grande varietà di rapporti. Può essere che i vari condebitori solidali siano soci, che l'uno di essi sia intervenuto come garante, spontaneamente, o per incarico avutone, o per soddisfare un debito suo proprio verso gli altri condebitori. Tutto ciò è di somma importanza per decidere se in caso di pagamento totale da parte di un solo condebitore, questi abbia azione di regresso contro gli altri. Quest'azione non gli compete, per il semplice fatto della solidarietà, ma può competergli in base ai rapporti interni suoi con gli altri condebitori. La medesima distinzione va fatta in caso di solidarietà attiva: non è detto che il concreditore solidale che ha esatto l'intera prestazione dall'unico debitore, sia senz'altro tenuto di fronte agli altri concreditori solidali a restituire *pro parte* la somma esatta: ciò dipenderà dai loro rapporti interni. Tale obbligo, in altri termini, vi sarà, se i più concreditori si trovino in un rapporto di società o di mandato in riguardo al credito solidalmente stipulato; e non invece nel caso contrario (40).

missus, vel etiam ab hostibus si capiatur, culpa in hunc modum diiudicatur, ut, si quidem ipsius promissoris res vel tempore stipulationis vel postea fuerit et quid eorum acciderit, nihilo minus teneatur, idemque fiat et si per alium, posteaquam ab hoc alienatus sit id contigerit, sin autem alienus fuit et ab alio tale quid accidit, non tenetur, quia nihil fecit, nisi si posteaquam moratus est solutionem, aliquid huiusmodi acciderit: quam distinctionem et Iulianus sequitur. item si homo, qui fuit promissoris, ex praecedenti causa ablati ei fuerit, quod statuliber fuit, perinde habendus sit, ac si alienum promisisset, quia sine facto ipsius desiit eius esse ».

(40) Vedi fr. 62, Dig. 35, 2. *Ulpianus libro primo ad legem Iuliam et Papiam.* « In lege Falcidia hoc esse servandum Iulianus ait, ut, si duo rei promittendi fuerint vel duo rei stipulandi, *si quidem socii sint in ea re, dividi inter eos debere obligationem, atque si singuli partem pecuniae stipulata essent vel promisissent: quod si societas inter eos nulla fuisset, in pendentem esse in utriusque bonis computari oporteat et quod debetur vel ex cuius bonis detrahi* »; c. 1 [2] Cod. VIII, 39: *Imp.*

Il condebitore che paga l'intero debito avendo azione di regresso può garantirsi anche facendosi cedere le azioni del creditore al quale paga (41).

§ 8. *Della distinzione fra correalità e solidarietà.*

Nella dottrina romanistica del secolo scorso era dominante una teoria che distingueva due specie di obbligazioni solidali, che venivano dette correali e solidali, o anche solidali proprie e solidali improprie. Il fondamento di questa distinzione era massimamente riposto nel diverso effetto attribuito nelle fonti romane alla *litis contestatio*. Mentre infatti da alcuni testi risulta che la *litis contestatio* contro uno solo dei condebitori solidali opera liberazione per tutti, in altri si richiede invece a tale fine l'effettivo soddisfacimento. Si suppose allora che questa diversità di effetti, attribuiti alla *litis contestatio*, avesse il suo fondamento in una diversa natura dei casi di solidarietà contemplati nei testi relativi, e ci si pose alla ricerca di un criterio differenziatore. Il Ribbentrop, svolgendo un'idea già accennata dal Keller, sostenne ingegnosamente che la ragione del diverso trattamento dovesse ricercarsi in ciò: che in alcuni casi di solidarietà si ammetteva dai giuristi romani esservi

Diocletianus et Maximianus AA. Diogeni. « Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi eiusdem pecuniae, a quo velit. Et ideo si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciae iuvare te adversus eum cum quo *communiter* mutuum pecuniam accepisti, non cunctabitur. PP. v. k. Mart., *Diocletiano III et Maximiano, AA. cons.* (a. 287).

(41) Vedi fr. 65, Dig. 21, 2. *Papinianus libro octavo quaestionum.* « Rem hereditariam pignori obligatam heredes vendiderunt et evictionis nomine pro partibus hereditariis sponderunt: cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit: quaerebatur an uterque heredum conveniri possit? Idque placebat propter indivisam pignoris causam, nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei qui pecuniam creditori dedit praestarentur, *quia non duo rei facti proponerentur*, sed familiae erescundae iudicium eo nomine utile est: nam quid interest, unus ex heredibus in totum liberaverit pignus an vero pro sua dumtaxat portione? cum coheredis neglegentia damnosa non debet esse alteri »; cfr. fr. 47, Dig. 19, 2; c. 13, Cod. IV, 63.

una sola obbligazione con più soggetti, e in altri invece tante obbligazioni quanti soggetti, ma collo stesso oggetto. Con questa sottile costruzione il Ribbentrop credeva spiegare come solo in taluni casi si attribuisse effetto obbiettivo alla *litis contestatio*. Dove si ha una sola obbligazione con più soggetti è naturale, ragionava egli, che la *litis contestatio* operi per tutti: appunto perchè l'obbligazione è una, distrutta che sia, lo è necessariamente per tutti. Invece dove si hanno più obbligazioni distinte per quanto aventi lo stesso oggetto, è naturale che la *litis contestatio* che estingue una di tali obbligazioni resti senza effetto per le altre. I casi della prima categoria avrebbero costituita la *correalità*, o *solidarietà propria*; quelli della seconda la semplice solidarietà o solidarietà impropria. Il Keller e il Ribbentrop non si chiesero, a quanto sembra, perchè mai nei casi della prima categoria i Romani avrebbero ammessa *unità* di obbligazioni e in quelli della seconda invece *pluralità*: la distinzione venne accettata senza discussione, e considerata come causa della diversità di effetti attribuiti nei testi alla *litis contestatio*, mentre invece, a ben vedere, essa ne era piuttosto conseguenza, essendo stata escogitata ad esprimere ed a giustificare teoricamente quella diversità.

È merito della dottrina romanistica più recente l'aver dimostrato che la distinzione fra *correalità* e *solidarietà* non ha seria base concettuale, e che è semplicemente dovuta ad una errata esegesi delle fonti. Il punto di partenza della teoria del Ribbentrop, cioè la diversità di effetto attribuita alla *litis contestatio* in diversi casi di solidarietà passiva, non ha l'importanza che ad essa attribuiva questo scrittore. Il vero è che nell'epoca classica la *litis contestatio* produceva sempre effetto obbiettivo; essa estingueva cioè sempre l'obbligazione per tutti i condebitori. Fu Giustiniano che, colla sua cost. 27, Cod. VIII, 40, abolì per le obbligazioni solidali passive questo principio di diritto classico, stabilendo che non bastasse più la *litis contestatio* contro uno dei condebitori per liberare gli altri, ma che fosse all'uopo necessaria la effettiva soddisfazione del creditore. Non è dunque il caso di estinguere fra obbligazioni *correali* e

solidali, ma piuttosto bisogna distinguere fra epoca classica e giustiniana. Nell'epoca classica la *litis contestatio* aveva sempre effetto obbiettivo, nell'epoca giustiniana non avrebbe dovuto averlo mai nelle obbligazioni solidali passive, in quanto tutti i testi classici nei quali si attribuiva effetto obbiettivo alla *litis contestatio* contro un solo condebitore, avrebbero dovuto dai compilatori giustinianeî venir corretti in modo da armonizzare colla riforma introdotta mediante la cost. 28 citata. O in altri termini: se i compilatori avessero scrupolosamente eseguite tutte le necessarie interpolazioni nessuna difficoltà esegetica avrebbe potuto sorgere in proposito, ed il Ribbentrop non avrebbe potuto escogitare la sua ingegnosa teoria. Avendo essi invece dimenticato di modificare qualche testo, ne risultò una diversità di trattamento che non si può certo negare nelle fonti giustiniane, ma che, essendo dovuta ad errore, non poteva costituire la base solida di una distinzione della solidarietà in due specie (42).

(42) I principali testi interpolati sono i seguenti: fr. 8, § 1, Dig. 30 (*et solutum*); fr. 4, Dig. 9, 3 (*perceptione non litis contestatione*); fr. 5, § 15, Dig. 16, 3 (*si praestiterit*); fr. 3 pr., Dig. 11, 6 (*si satisfecerit*); fr. 1, § 13, Dig. 43, 16 (*sic tamen praestita*); c. 1, Cod. IV, 8 (*ac tum liberari*); fr. 1, § 43, Dig. 16, 3; fr. 1, § 13, Dig. 27, 3 (*praestitisset*); fr. 15 eod. (*praestitisset*); fr. 38, § 1, Dig. 26, 7 (*non*); fr. 39, § 15, Dig. eod. (*praestitisset*); c. 2, Cod. V, 52; fr. 7, § 4, Dig. 27, 6 (*perceptione non electione*). Per altri testi vedi le monografie sopra citate di Ascoli, Eisele, Binder e Pachioni.

CAPITOLO III.

Oggetto delle obbligazioni.

Sommario: § 1. Dei requisiti che deve avere l'oggetto della obbligazione in generale. — § 2. Delle obbligazioni alternative. — § 3. Delle obbligazioni generiche. — § 4. Delle obbligazioni divisibili e indivisibili. — § 5. Dell'obbligazione di risarcire i danni. — § 6. Dell'interesse della prestazione.

§ 1. *Dei requisiti che deve avere l'oggetto dell'obbligazione in generale.*

Per oggetto dell'obbligazione si intende la prestazione che il creditore può esigere dal debitore. Questa può consistere in un *dare*, *facere*, o *prestare* (43) e cioè: o nel trasferimento della proprietà, o di un qualsiasi altro diritto reale, o anche del solo possesso di una cosa; o nella prestazione di un servizio o di un'opera qualsiasi: o nel risarcimento di un danno arrecato o nella garanzia di risarcire un danno che potrà verificarsi in seguito, per opera del debitore: *dolum*, *culpam*, *custodiam praestare*. I romanisti discutono sul significato da attribuirsi più propriamente a ciascuna delle tre espressioni sopra riportate; è però molto probabile che il giurista non intendesse indicare, con ciascuna di esse, una categoria a parte di prestazioni, ma indicare col cumulo di esse tutte le prestazioni che possono formare oggetto di una obbligazione.

La prestazione deve rivestire certi caratteri generali:

1° *Essa deve essere possibile* materialmente, giuridicamente, moralmente (44). Il diritto non può riconoscere

(43) Vedi fr. 3, Dig. 44, 7 trascritto sopra a pag. 6 nota 4. Cfr. fr. 37, Dig. 38, 1; GAIO, IV, 2, *lex Rubria*, cap. 22; e fr. 218, Dig. 50, 16.

(44) Vedi fr. 185, Dig. 50, 17. *Celsus libro octavo Digestorum*. « *Impossibilium nulla obligatio* », cfr. fr. 31, eodem.: vedi fr. 26, Dig. 45, 1. *Ulpianus libro quadragesimo secundum ad Sabinum*. « *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti* »; cfr. fr. 15, Dig. 28, 7 e c. 5, Cod. I, 14. Dalla impossibilità della prestazione va tenuta distinta la difficoltà della medesima, e la impossibilità relativa, per parte cioè del debitore; cfr. fr. 137, § 4, Dig. 45, 1 e fr. 34 *ibidem*.

possibile ciò che, in natura, è impossibile; esso non può ritenere una persona obbligata a compiere un atto legalmente proibito; non può prestare il proprio braccio a tutela di pretese immorali, mentre è, esso pure, tutore della morale pubblica (45). L'obbligazione che ha per oggetto una prestazione impossibile è dunque nulla: il che non toglie che l'atto rivolto a farla sorgere, possa raggiungere un altro effetto: quello cioè di obbligare chi l'ha compiuto a risarcire i danni con esso prodotti (*teoria dell'interesse negativo*).

2° *Deve avere un certo grado di determinatezza*, di modo che la libertà del debitore resti limitata. Nulla è quindi la obbligazione il cui oggetto sia completamente rilasciato all'arbitrio del debitore: *nulla obligatio potest consistere quae ex voluntate promittentis statum capit* (46). Non occorre tuttavia che la determinazione della prestazione si abbia nel momento stesso in cui l'obbligazione sorge: basta che in tal momento si abbia la certezza che potrà poi venir determinata nel momento dell'adempimento. Si può, pertanto, affidare la determinazione dell'oggetto dell'obbligazione ad un terzo, e per vero in due modi: o rilasciando cioè la determinazione al suo mero arbitrio; o affidandola al suo *arbitrium boni viri*. Se la determinazione della prestazione è rilasciata al *puro arbitrio* del terzo, l'obbligazione è condizionale: o sorge cioè col contenuto che il terzo le attribuisce, o non sorge affatto. Se essa è invece affidata all'*arbitrium boni viri* sorge incondizionatamente, e solo il suo contenuto dovrà essere determinato dal terzo, in base a *criteri oggettivi* controllabili ed eventualmente rettificabili dal giudice. Valida è pure, pei medesimi motivi, l'obbligazione che ha per oggetto una prestazione la cui determinazione sia affidata all'*arbitrium boni viri* dello stesso debitore (47).

(45) Vedi fr. 15, Dig. 28, 7.

(46) Vedi fr. 108, § 1, Dig. 45, 1. *Celsus libro decimo epistularum*: « *nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit* ». Cfr. fr. 115, eodem e confronta fr. 71, Dig. 30; fr. 69, § 4, Dig. 23, 3.

(47) La distinzione fra *arbitrium* ed *arbitrium boni viri* è mantenuta, in linea di principio, anche nel diritto giustiniano; vedi in

Inoltre, quando si abbia già *ab initio* un certo grado di determinatezza della prestazione, quale è necessario perchè l'obbligazione esista, l'ulteriore processo determinativo può venire (e viene anche frequentemente) rilasciato allo stesso debitore (48).

Un'applicazione di quest'ultimo principio si ha, nelle obbligazioni alternative e generiche delle quali conviene trattare a parte.

§ 2. Delle obbligazioni alternative.

È alternativa quella obbligazione in base alla quale il debitore è tenuto ad eseguire una fra due o più presta-

generale fr. 22, § 1, Dig. 50, 17. *Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum*. « In personam servilem nulla cadit obligatio. Generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei iudicii confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius condicio, *pro boni viri arbitrio hoc habendum esse* ». Cfr. per la società fr. 76-79. Dig. 17, 2; fr. 6, eod. Per ciò che riguarda la determinazione del prezzo della vendita si ebbe una grave controversia nell'epoca classica (v. GAIo, III, 140-143; cfr. fr. 2, § 1, Dig. 18, 1; fr. 7, § 1, Dig. eod.; fr. 35, § 1 eod.). Giustiniano tagliò corto, abolendo, per la vendita, e per la locazione, la distinzione in discorso: v. c. 15, Cod. IV, 38. *Imp. Justinian. A. Juliano P. P.* « Super rebus venundandis, si quis rem ita comparavit, *ut res vendita esset. quanti Titius aestimaverit*, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus: quam decidentes censemus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat, *quanti ille aestimaverit*, sub hac conditione stare venditionem, ut, si quidem ipse, qui nominatus est, pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi, et venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis, sive sine scriptis contractus celebretur: scilicet si huiusmodi pactum, cum (in) scriptis fuerit redactum, secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit. Sin autem vel ipse noluerit, vel non potuerit pretium definire tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto: *nulla coniectura (inmo magis divinatione) in posterum servanda, utrum in personam certam, an in viri boni arbitrium respiciente, contrahentes ad haec pacta venerint*: quia hoc penitus impossibile esse credentes, per huiusmodi sanctionem expellimus. Quod etiam in huiusmodi locatione locum habere censemus » (a. 530). Per la locazione v. fr. 35, Dig. 19, 2, corrispondentemente interpolato. Cfr. GRADENWITZ, *Interpolationen*, pagg. 4 e 67.

(48) Nel fr. 47, Dig. 44, 7 trovasi indicato un criterio generale di interpretazione applicabile al caso in discorso: cfr. fr. 32, § 3, Dig. 12, 6; fr. 99, Dig. 45, 1, e fr. 3, Dig. 12, 1.

zioni: *plures res sunt in obligatione una tantum in solutione*.

L'obbligazione alternativa va tenuta distinta:

a) *dalla obbligazione semplice con facultas (solvendi) alternativa*. Nella obbligazione alternativa si hanno più prestazioni *in obligatione*, mentre nei casi di *facultas alternativa, in obligatione* vi è una sola prestazione, ma al debitore è concesso di liberarsi eseguendone un'altra. La principale conseguenza pratica che discende da questa distinzione è che, se una delle prestazioni diventa impossibile per caso fortuito, l'obbligazione alternativa si concentra sulle altre, mentre, nei casi di *facultas alternativa*, se diventa impossibile per caso fortuito la prestazione *in obligatione*, il debitore resta liberato. Un esempio tipico di *facultas alternativa* si ha in caso di danni arrecati da animali o da persone soggette all'altrui podestà. Il proprietario, o il *pater familias*, è tenuto pel risarcimento; ma può anche liberarsi consegnando l'animale o il servo (*noxae deditio*).

b) *dalla obbligazione condizionale*, poichè in questa è incerto il sorgere o il perdurare del rapporto obbligatorio, mentre, in caso di obbligazione alternativa, l'obbligazione è certa, e solo è incerto in qual modo essa verrà soddisfatta: se cioè coll'una o l'altra delle prestazioni in essa dedotte.

c) *dalle obbligazioni generiche* (49) in quanto, nelle obbligazioni generiche, la scelta essendo fra un numero

(49) Vedi tuttavia fr. 66, § 3, Dig. 31. *Papinianus libro septimo decimo quaestionum*. « Non idem respondetur, cum duobus testamentis generatim homo legatur: nam qui solvente altero legatarii factus est quamvis postea sit alienatus, ab altero herede idem solvi non poterit: eademque ratio stipulationis est, hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet utque ab initio non consistit in his qui legatarii fuerunt, ita frustra solvitur cuius dominium postea legatarii adeptus est, tametsi dominus esse desinit ».

Cfr. in senso contrario fr. 72, § 4, Dig. 46, 3. *Marcellus libro vicensimo digestorum*. « Stichum aut Pamphilum stipulatus sum, cum esset meus Pamphilus: nec si meus esse desierit, liberabitur promissor Pamphilum dando: neutrum enim videtur in Pamphilo homine constitisse nec obligatio nec solutio, sed ei, qui hominem dari stipulatus est, unum etiam ex his, qui tunc stipulatoris servi erant dando promissor

indeterminato di oggetti, l'attenzione delle parti è tutta concentrata sulla qualità della prestazione, piuttosto che sulla prestazione stessa individualmente considerata.

Nell'obbligazione alternativa l'oggetto dell'obbligazione è indeterminato finchè non venga operata la scelta (50). Questa spetta per regola al debitore; può tuttavia venire attribuita al creditore, mediante convenzione delle parti, o dalla legge cui la obbligazione alternativa debba la sua origine. La determinazione dell'oggetto può anche essere dovuto al caso fortuito. Se una delle prestazioni *in obligatione* diventa impossibile per caso fortuito, la obbligazione si concentra sulle altre: se tutte le prestazioni *in obligatione*, meno una, diventano impossibili per caso fortuito, l'obbligazione diventa semplice (51); se diventano impossibili tutte il debitore resta liberato.

liberatur: vi quidem ipsa et hic ex his dari stipulatus est, qui eius non erant fingamus ita stipulatum: 'hominem ex his, quos Sempronius reliquit, dare spondes?', cum tres Sempronius reliquisset, eorumque aliquem stipulatoris fuisse: num mortuis duobus, qui alterius erant, supererit ulla obligatio, videamus, et magis est deficere stipulationem, nisi ante mortem duorum desierit esse reliquus servus stipulatoris »; e fr. 67, Dig. eodem.

(50) Cfr. sul *ius variandi*, WINDSCHEID, *Pandekten*, § 255, n. 9, e c. 10 § 2, Cod. IV, 5.

(51) Veggansi tuttavia i seguenti testi, fr. 47, § 3, Dig. 30. *Ulpianus l. 22 ad Sabinum*. « Sed si Stichus aut Pamphilus legetur et alter ex his vel in fuga sit vel apud hostes, dicendum erit praesentem praestari [aut absentis aestimationem]; totiens enim electio est heredi committenda, quotiens moram non est facturum legatario, qua ratione placuit et, si alter decesserit, alterum omnimodo praestandum, [fortassis vel mortui pretium], sed si ambo sint in fuga, non ita cavendum, ut, 'si in potestate ambo redirent', sed 'si vel alter', et 'vel ipsum vel absentis aestimationem praestandam' »; e fr. 95, § 1, Dig. 46, 3. *Papinianus*. « Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aequae peti poterit, enimvero si factus debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, [neque defuncti offerri aestimatio potest], si orte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est, tamen, si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem, sane quoniam impunita

Altrimenti si è quando l'impossibilità di una, o di tutte le prestazioni, sia dovuta a dolo o a colpa del debitore o del creditore (52).

§ 3. Delle obbligazioni generiche.

Generica è l'obbligazione il cui oggetto non è individualmente determinato, ma solo mediante indicazione del genere al quale appartiene. Per poter dire quale obbligazione sia generica e quale no, occorre quindi determinare che cosa si debba intendere per *genere* in contrapposto a *species* o *individuo*. Noi abbiamo già visto che il concetto di *genere* è dato dall'astrazione di certe qualità *o naturalmente, o economicamente, o socialmente* (53) che si trovano presso una certa quantità di cose, e per le quali può ritenersi che, in generale, l'una di esse equivalga all'altra. Chi vuole procurarsi simili cose, non fissa, generalmente, la sua attenzione e la sua volontà sopra una di esse individualmente, ma piuttosto sulle qualità e sulle soddisfazioni che possono ottenersi mediante una qualsiasi di esse: e cioè, in altri termini, non su di una cosa *in specie*, ma, come si dice, su di una cosa qualsiasi *in genere*.

Anche nell'*obbligazione generica* si ha quindi, fino a un certo punto, *indeterminatezza* dell'oggetto, e in ciò essa assomiglia alla obbligazione *alternativa*; ma essa costituisce tuttavia un tipo di obbligazione con effetti suoi proprii.

non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur: alite quam in persona fideiussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fideiussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset ». Sulla interpolazione di questi due frammenti v. FERRINI, *Pandette*, pag. 531, n. 2. — SCIALOJA, *Tribonianismi in materia di obbligazioni alternative e generiche*, (Buletino dell'Istituto di Diritto Romano, vol. XI, pagg. 61 e segg.). — Cfr. WENDT, *Pandekten*, pag. 463.

(52) In tali casi occorre distinguere a seconda che la colpa o il dolo provengano, o meno, da colui cui spetta la scelta. Si confrontino i seguenti frammenti: fr. 34, § 6, Dig. 18, 1; fr. 95, pr. Dig. 46, 3; fr. 105, Dig. 45, 1; fr. 72, § 4 e fr. 55, Dig. 9, 2.

(53) Vedi fr. 67, Dig. 46, 3; e confr. fr. 72, § 4, Dig. eod. cit. a pag. 33.

Nell'*obligatio alternativa* infatti *plures sunt res in obligatione*; l'obbligazione, in altri termini, ha più oggetti determinati *individualmente* sebbene *alternativamente*; cade cioè *su questo o su quell'oggetto*; nell'obbligazione generica invece l'obbligazione non cade sopra una o più cose individualmente considerate ma, per così dire, *sul genere intiero*, ed è, per regola, solo al momento della *solutio*, che essa si determina in riguardo ad un certo oggetto.

Una conseguenza pratica importante di questa diversa natura dell'obbligazione generica di fronte a quella alternativa consiste in ciò che se al momento della stipulazione, uno degli oggetti in essa dedotti alternativamente trovasi in proprietà dello stipulante, l'obbligazione si concentra sull'altro (o sugli altri), di modo che il debitore non può più liberarsi prestando quell'oggetto che al momento della *stipulatio* era nella proprietà dello stipulante, anche se, *medio tempore*, ne fosse uscito. E ciò in base a due principii: 1° che la *stipulatio* della cosa propria è nulla; 2° che *quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convallescere*. Altrimenti si è invece quando la *stipulatio* ha per oggetto una cosa *in genere*. L'obbligazione avendo qui per oggetto non le singole cose del genere, ma, per così dire, il genere in astratto, non può mai dirsi che lo stipulante si sia fatto promettere la cosa sua propria, e il debitore può quindi liberarsi anche consegnando una cosa di quel genere che al momento della stipulazione fosse in proprietà dello stipulante.

Il contrapposto che esiste fra obbligazione generica e di specie si manifesta poi evidente anche nel diverso trattamento ad esse fatto in tema di caso fortuito. Nelle obbligazioni generiche il caso fortuito che distrugge le singole *res* del genere è sopportato dal debitore (*genus perire non censetur*): nelle obbligazioni di specie invece esso è sopportato dal creditore (*peremptio rei certae debitor liberatur*) (54).

(54) Vedi fr. 34, § 6, Dig. 18, 1; fr. 35, § 7, Dig. 18, 1; fr. 5 e 15, Dig. 18, 6.

Nell'applicare la prima di queste due regole bisogna però sempre tener presente la volontà delle parti contraenti le quali possono avere ristretta la sfera del genere con ulteriori determinazioni: contrattando, per esempio, un cavallo da corsa di un dato allevamento. Inoltre deve anche ammettersi, sebbene sia difficile, che il *genus* può perire (possono, ad esempio, perire tutti gli animali di una certa razza, tutte le azioni di una certa emissione, ecc.).

La scelta della *species* entro il *genere* spettava, per regola, al debitore, il quale, per diritto classico (55) poteva dare anche la peggiore purchè non uscisse dal genere come anormale. Nel *legatum generis* tuttavia la scelta era, per diritto giustiniano, attribuita al legatario, in base a ciò che, nel diritto classico, avveniva per il *legatum per vindicationem* (56).

Avvenuta la scelta, l'obbligazione si concentra dal *genus* sulla *species*, e quindi il *periculum* passa al creditore. Ma è qui controversia circa il determinare quando possa dirsi effettuata la scelta: 1° se cioè solo mediante esecuzione (*teoria della consegna*); 2° o se invece anche mediante separazione della *species*, operata allo scopo dell'esecuzione (*teoria della separazione*).

(55) Vedi fr. 110, Dig. 30. *Africanus libro octavo quaestionum*. « Si heres generaliter servum quem ipse voluerit dare iussus sciens furem dederit, isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait. [sed quoniam illud verum est heredem in hoc teneri, ut non pessimum det ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet et hunc pro noxae deditum relinquat]. FERRINI, *Pandette*, 537, rileva la interpolazione dell'ultima parte di questo testo: cfr. fr. 37, pr. Dig. 30; fr. 33, § 1, Dig. 46, 3, pure interpolati e specialmente c. 3, § 16, Cod. VI, 43. Vedi anche fr. 4, Dig. 33, 6; fr. 52, Dig. 17, 1.

(56) Ciò risulta dal § 22, *Inst.* II, 20. « Si generaliter servus, vel alia res legetur, electio legatarii est ». Si esclude tuttavia generalmente che il legatario possa scegliere la *species* migliore: tale facoltà gli è solo riconosciuta quando oggetto del legato sia la scelta stessa, *c. d. optio legata*. Cfr. c. 35, §§ 1-2, Cod. VIII, 53 e, più avanti, il paragrafo sul *legatum generis*.

§ 4. *Delle obbligazioni divisibili e indivisibili.*

Per decidere se una obbligazione sia divisibile o indivisibile bisogna aver riguardo alla natura della prestazione che ne forma oggetto. Se questa è divisibile (se può cioè aver luogo per frazioni senza cambiar natura e conservando proporzionalmente l'originario valore) l'obbligazione è divisibile, e si scompone, per regola, in tante obbligazioni quanti sono i soggetti attivi e passivi ai quali essa fa capo; se invece la prestazione dovuta non ha tale proprietà l'obbligazione è indivisibile e resta *una* per tutti, nel senso che ogni creditore o debitore, che in essa figure può esigerla o deve adempierla per intero. Sono divisibili le obbligazioni che hanno per oggetto un *dare* in quanto la proprietà e gli altri diritti reali si possono costituire per quote (57). Così l'obbligazione di dare un oggetto ereditario,

(57) Vedi fr. 2, pr. e § 1, Dig. 45, 1. *Paulus libro duodecimo ad Sabinum*. « Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt. Et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur: quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam iter actum stipulamur: quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor aut lancem aut quodlibet vas: nam si Stichus pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed ut statim repeti potest aut in pendenti est, donec alius detur, eiusdem conditionis est haec stipulatio: 'Stichum aut Pamphilum dari?' »; e cfr. fr. 85, Dig. 45, 1. *Paulus libro septuagesimo quinto ad edictum*. « In executione obligationis sciendum est quatuor causas esse: nam interdum est aliquid, quod a singulis heredibus divisum consequi possumus: aliud, quod totum peti necesse est nec divisum praestari potest: aliud quod pro parte petitur, sed solvi nisi totum non potest: aliud, quod solidum petendum est, licet in solutionem admittat secutionem. § 1. Prima species pertinet ad promissorem pecuniae certae: nam et petitio et solutio ad portiones hereditarias spectat. § 2. Secunda ad opus, quod testator fieri iusserit: nam singuli heredes in solidum tenentur, quia operis effectus in partes scindi non potest. § 3. Quod si stipulatus fuero: 'per te heredemve tuum non fieri, quo minus eam agam; si adversus ea factum sit, tantum dari?' et unus ex pluribus heredibus promissoris me prohibeat, verior est sententia existimantium unius facto omnes teneri, quoniam, licet ab uno prohibeor, non tamen in partem prohibeor sed ceteri familiae ereiscundae iudicio sarcient damnum. § 4. Pro parte

imposta per legato a più eredi, si divide fra di loro, in quanto ciascuno può trasferire la sua quota ideale sull'oggetto medesimo: non si può invece costituire, per quote ideali, un diritto di servitù, e sarebbe quindi indivisibile l'obbligazione a ciò rivolta (58).

Per regola indivisibili sono pure le obbligazioni che hanno per oggetto un *facere* perchè i fatti dell'uomo sono generalmente indivisibili. Un quadro si può fare o non fare, ma non lo si può fare per frazioni, perchè il quadro finito è una cosa diversa da ciò che sono tutti i fatti preparatori: possono essere gli ultimi tocchi a dare l'impronta al quadro e, per così dire, a crearlo (fr. 80, § 1, Dig. 35, 2).

autem peti, solvi autem nisi totum non potest, veluti cum stipulatus sum hominem incertum: nam petitio eius scinditur, solvi vero nisi solidus non potest, alioquin in diversis hominibus recte partes solventur: quod non potuit defunctus facere, nec quod stipulatus sum consequar, idem iuris est, et si quis decem milia aut hominem promiserit. § 5. In solidum vero agi oportet et partis solutio adfert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus: nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt omnesque debent subsistere et quolibet defugiente omnes tenebuntur, sed unicuique pro parte hereditaria praestatio iniungitur. § 6. Item si ita stipulatio facta sit: 'si fundus Titianus datus non erit, centum dari?', nisi totus detur, poena committitur centum nec prodest partes fundi tradere cessante uno, quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere. § 7. Quicumque sub conditione obligatus curaverit, ne condicio existeret, nihilo minus obligatur»; fr. 72, pr. Dig. 45, 1. *Ulpianus libro vicensimo ad edictum*. « Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium. idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. Celsus tamen libro trigensimo octavo digestorum refert Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici iusta aestimatione facti dandam esse petitionem »; e fr. 2, § 2 e segg.; fr. 3; fr. 4; fr. 54; e vedi ARNÒ, *Le obbligazioni indivisibili*, Modena, 1901. — SEGRÈ, *Note esegetiche sui legati*, negli Studi in onore di V. Scialoja, I, p. 256, n. 3. — Cfr. fr. 26, §§ 13-14, Dig. 12, 6; fr. 2, § 3, Dig. 45, 1; fr. 85, § 4, eodem; fr. 17, Dig. 46, 4; fr. 54; fr. 117, Dig. 45, 1; fr. 25, § 10, Dig. 10, 2.

(58) Vedi fr. 1, § 36, Dig. 16, 3 [interpolato]; fr. 14, eod. [interpolato]; fr. 22, eod.; fr. 81, § 1, Dig. 46, 3; fr. 54, § 1, Dig. 45, 1.

Vi sono tuttavia dei *fatti* di indole generica che vengono in considerazione quantitativamente: e questi sono divisibili. Le obbligazioni che hanno per oggetto fatti di tale indole sono divisibili. Così è divisibile l'obbligazione di fare un certo numero di cose fungibili, o un certo numero di metri di fossato, di muro, ecc. La linea di separazione fra fatti divisibili e indivisibili è piuttosto incerta: per decidere i casi pratici bisogna aver riguardo anche alla intenzione delle parti e allo scopo dei relativi contratti.

Ciò che abbiamo detto dell'obbligazione di *facere*, vale anche per quella di *non facere*: anche queste obbligazioni sono, per regola, indivisibili.

La prestazione indivisibile non può venir esatta nè prestata parzialmente: in ciò appunto si manifesta praticamente la specialità delle obbligazioni indivisibili. Se più sono i debitori ciascuno di essi può e deve essere convenuto per il tutto, e può e deve prestare il tutto, salvo a rivalersi in regresso contro gli altri (59): se più sono i creditori ciascuno di essi può e deve esigere il tutto, salvo a prestar cauzione al debitore che non sarà più convenuto dagli altri.

Ove però, in seguito ad inadempimento della prestazione, abbia luogo condanna pecuniaria del debitore, questa si divide di modo che ad ogni creditore, che poteva chiedere l'intera prestazione in natura, non spetta più che la sua quota nell'equivalente pecuniario della medesima: *pro parte... condemnationem fieri oportet*.

L'indivisibilità non crea un rapporto di solidarietà fra i vari debitori e creditori e perciò i modi di estinzione dell'obbligazione che operano in rapporto ad uno di essi (per es. compensazione, novazione, ecc.) non producono alcun effetto per tutti gli altri. Lo stesso vale per la colpa e per la mora.

(59) Vedi fr. 3, § 3, Dig. 16, 3; fr. 22, Dig. 16, 3 (interpolato) e testi citati nella nota precedente.

§ 5. Dell'obbligazione di risarcire i danni.

Tutte le obbligazioni che hanno per oggetto il risarcimento di un danno, siano esse originariamente sorte *ex delicto* o *quasi ex delicto*, o siano invece dipendenti dalla inesecuzione, o dalla tarda e inadeguata esecuzione, di una obbligazione contrattuale, hanno un tratto comune per cui se ne può trattare nella parte generale delle obbligazioni, e questo tratto consiste nell'aver esse un oggetto *a priori* indeterminato. Affinchè questa indeterminatezza sia tolta occorre che abbia luogo la stima o valutazione del danno per cui il debitore è tenuto responsabile. Questa si opera mediante il confronto dello stato patrimoniale attuale del creditore collo stato patrimoniale del medesimo, quale sarebbe se non fosse avvenuto l'atto delittuoso del debitore, o se il debitore, avesse esattamente adempiuto la sua obbligazione contrattuale. La differenza risultante da questo confronto costituisce il danno da risarcirsi. In pratica si ha, in questa materia, una grave difficoltà che proviene da ciò che non vi è un criterio assolutamente sicuro per poter dire quale entità avrebbe attualmente il patrimonio del creditore se non si fosse verificato l'atto colposo (contrattuale o extra-contrattuale) del debitore. Occorre qui la distinzione fra *damnum emergens* e *lucrum cessans*. Il *damnum emergens* consiste nella *effettiva diminuzione* del patrimonio del creditore: esso è di sicura constatazione, Il *lucrum cessans* consiste invece nel *non aumento* del patrimonio del creditore ed è spesso di difficile constatazione (60).

(60) Vedi fr. 21, § 3, Dig. 19, 1. « Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit; neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia eius fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur, nec maior fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit, merito, quia sive datum esset, haberem emptor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est quod

Nelle fonti romane per indicare il *damnum emergens* è tecnica la parola *damnum*, ed è fuor di dubbio che, in origine, solo di esso tenevasi conto (61): ma, in seguito, si finì per ammettere che il debitore potesse essere tenuto a risarcire anche il così detto *lucrum cessans* (*quantum mihi abest quantumque lucrari potui*) (62). Non si ebbe tuttavia una teoria completa in proposito: le fonti ci offrono varie decisioni, alcune delle quali escludono, mentre altre ammettono la valutazione del *lucrum cessans* (63). La riluttanza

iam olim dari oportuit»; e fr. 20, Dig. 18, 6. *Hermogeniatus libro secundu iuris epitomarum*. «Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit, usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit»; e confr. fr. 2, § 8, Dig. 13, 4. «...an et lucri ratio habeatur non solus damni? puto et lucri habendam rationem,»; e fr. 29, § 3, Dig. 9, 2. *Ulpianus*. «Item Labeo scribit, si, cum vi ventorum navis impulsisset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis piscatorum inciderat, aestimarunt. plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non piscium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. idemque et in venatoribus et in aucupibus probandum». La ratio di quest'ultima decisione era forse riposta in ciò che la *lex Aquilia* imponendo, in ogni caso, l'obbligo di pagare il maggior prezzo raggiunto dallo schiavo o animale ucciso fissava a priori il massimo del risarcimento dovuto. Certo non può spiegarsi la decisione del frammento affermando che i giuristi romani ritenessero impossibile la valutazione del lucro cessante, poichè ciò non è esatto, come risulta dai seguenti frammenti: fr. 12, Dig. 19, 1; fr. 3, Dig. 9, 1; fr. 7, Dig. 9, 3; § 1, *Inst.* IV, 5. — Cfr. DERNBURG, *Pandekten*, II, pag. 145.

(61) Vedi fr. 3, Dig. 39, 2. *Paulus libro quadragesimo septimo ad edictum*. «*Damnum et damnatio ab ademptione et quasi diminutione patrimonii dicta sunt*».

(62) Vedi fr. 13, Dig. 46, 8.

(63) Vedi fr. 21, Dig. 9, 2. *Ulpianus libro octavo decimo ad edictum*. «Ait lex: 'quanti is homo in eo anno plurimi fuisset', quae clausola aestimationem habet damni, quod datum est. I. Annus autem retrorsus computatur, ex quo quis occisus est: quod si mortifere fuerit vulneratus et postea post longum intervallum mortuus sit, inde annum numerabimus secundum Iulianum, ex quo vulneratus est, licet Celsus

dei giuristi romani ad ammettere la valutazione del *lucrum cessans* si può, forse, spiegare colla considerazione che nei casi nei quali tale valutazione è più necessaria (e sono i casi di obbligazioni *ex delicto* o *quasi ex delicto*) si era, per diritto romano, provvisto altrimenti vuoi con pene, vuoi con metodi di larga stima a priori.

Da non confondersi colla distinzione fra *damnum emergens* e *lucrum cessans* è la distinzione fra *danno diretto* e *danno indiretto*. Il danno indiretto è quel danno che non si sarebbe verificato se non si fosse verificato un primo distinto danno, sebbene non si possa dire che sia esclusivamente ad esso dovuto. Se veniva ucciso uno schiavo, a tenore della legge Aquilia, l'uccisore doveva pagare al proprietario il maggior prezzo dallo schiavo stesso raggiunto nell'anno precedente all'uccisione: questo era il danno diretto subito dal proprietario. Ma come decidere se il proprietario si fosse impegnato a consegnare lo schiavo ucciso ad un terzo, sotto una grave penalità superante il valore dello schiavo stesso? Qui il proprietario veniva a subire un danno indiretto: un danno cioè che non si sarebbe verificato senza la circostanza estrinseca della pattuita pena di fronte al terzo, ma che potendo tuttavia venir considerato come conseguenza del fatto colposo del debitore doveva essere risarcito (64).

La risarcibilità del *danno indiretto* era ammessa anche in caso di colpa contrattuale. Ma Giustiniano vi pose un limite legislativo stabilendo che l'*id quod interest* non

contra scribit. 2. Sed utrum corpus eius solum aestimamus, quanti fuerit cum occideretur, an potius quanti interfuit nostra non esse occisum? et hoc iure utimur, ut eius quod interest fiat aestimatio.

Vedi fr. 22 eod. *Paulus libro vicesimo secundo ad edictum*. «Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc iudicium. 1. Item causae corpori cohaerentes aestimantur, si quis ex comoedis aut symphoniacis aut gemellis aut quadriga aut ex pari mularum unum vel unam occiderit: non solum enim preempti corporis aestimatio facienda est, sed et eius ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt».

(64) Cfr. fr. 13, Dig. 19, 1 e fr. 2, § 8, Dig. 13, 4.

potesse mai superare il doppio del valore obbiettivo della mancata prestazione (65).

§ 6. *Dell'interesse della prestazione* (66).

In riguardo a questo requisito si è avuto nella dottrina romanistica un vivo dibattito. Tutti sono d'accordo nell'esigere un serio interesse del creditore: ma si è avuta grave divergenza di opinioni circa la determinazione della natura di tale interesse. Gli antichi commentatori sostenevano che dovesse essere sempre patrimoniale fondandosi massimamente sopra un famoso frammento del Digesto (67).

(65) V. cost. un. § 1, Cod. VII, 47. *Imp. Justinianus. A. Johanni pp.* « Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productat sunt melius nobis visum est huiusmodi prolixitatem prout possibile est in angustum coartare. Sancimus etaque in omnibus casibus qui certam habent quantitatem vel naturam veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus hoc quod interest dupli quantitatem non excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, iudices qui causas dirimendas suscipiunt, per suam subtilitatem requirere, ut, quod re vera inducitur damnum et non ex quibusdam machinationibus et immodicis perversionibus in circuitus inextricabiles redigatur, ne, dum in infinito computatio reducitur pro sua impossibilitate, cadat, cum scimus esse naturae congruum eas tantummodo poenas exigi, quae cum competenti moderatione proferentur vel a legibus certo fine conclusae statuntur ». È probabile che Giustiniano si riferisse al caso in cui il danno fosse stato preventivamente stimato; cfr. fr. 44-45, Dig. 19, 1. Dubbio è se la costituzione qui trascritta sia da riferirsi anche alle obbligazioni *ex delictu*. V. in proposito WENDT, *Pandekten*, p. 473 e scrittori ivi citati.

(66) Veggasi: JHERING, *Gesammelte Aufsätze*, vol. III, pag. 87 e segg. — WINDSCHEID, *Pandekten*, § 250, nota 3. — KOHLER (*Archiv für die civ. Praxis*, 1896, vol. XII, pagg. 1, 88). — PERNICE, *Labeo*, III, I, pag. 172 e segg. — HELLWIG (*Archiv für die civ. Praxis*, vol. 86, 1896). — SCIALOJA, *Riassunto dello studio del Jhering* (Archivio giuridico, vol. 25). — FERRINI, *Pandette*, pagg. 407-409. — COVIELLO (*Giurisprudenza Italiana*, 1897, pag. 689, e segg.). — FILANGIERI, vol. 22, 1897, pagg. 664 e segg. — BONFANTE, *Lezioni sulle obbligazioni*, parte II, pagg. 5 e segg.

(67) Fr. 9, § 2, Dig. 40, 7: « Illud tractatum est, an liberatio contingat ei qui noxae dederit statuliberum. et Octavenus putabat liberari: et idem dicebat et si ex stipulatu Stichum deberet eumque statuliberum solvisset: nam et si ante solutionem ad libertate pervenisset,

Alcuni romanisti e civilisti moderni si sono invece sforzati di dimostrare che tale interesse pecuniario non era richiesto dal diritto romano, e che tanto meno va poi richiesto per diritto moderno (68). Altri ancora hanno sostenuto che il diritto romano si atteneva strettamente al requisito dell'interesse pecuniario per le obbligazioni *stricti iuris*, considerando invece sufficiente un interesse non pecuniario, o di affezione, per le obbligazioni *bonae fidei*. Accettando questa dottrina si viene naturalmente a bandire dal diritto civile moderno il requisito dell'interesse pecuniario o patrimoniale, poichè tutte le obbligazioni sono oggidi considerate *bonae fidei* (69).

Per ottenere chiarezza in questa vessata controversia bisogna premettere alcune considerazioni che ne fissino, sulla scorta delle più recenti ricerche, i veri termini.

1° Anzitutto è stato opportunamente osservato (70) che una causa grave di confusione, nel campo di diritto romano, è dovuta al fatto di essersi invocati molti testi che sono estranei alla questione. Questa riguarda soltanto le obbligazioni sorgenti da contratto. In riguardo alle obbligazioni sorgenti dalla legge, o fondate sull'*imperium* del magistrato, è del tutto ozioso ricercare se fossero fondate sopra un interesse pecuniario o non pecuniario. Generalmente vi sarà stato, anche in tali casi, un interesse pecuniario del creditore, ma esso restava, per così dire, coperto da quell'interesse pubblico che aveva determinato la legge o il magistrato a creare in quelle date circostanze un rapporto obbligatorio con un determinato contenuto.

2° Nel campo delle obbligazioni sorgenti da contratto è poi opportuno distinguere fra *interesse della prestazione*

extingueretur obligatio tota; ea enim in obligationem consistere, quae pecunia lui praestarique possunt, libertas autem pecunia lui non potest nec reparari potest, quae sententia mihi videtur vera ».

(68) Specialmente JHERING e KOHLER nelle Monografie citate.

(69) Così e g. BARON, *Pandekten*, § 209 ad 3. — ZIMMERMANN, *Stellvertretende Negotiorum Gestio*, pag. 51 e segg. — GIRARD, *Manuel*, pag. 444 (4ª edizione).

(70) Dal PERNICE, loc. cit.

e *interesse alla prestazione* (71). Per *interesse della prestazione* si intende il valore della medesima. L'interesse della prestazione è quindi pecuniario o meno a seconda che essa abbia o non abbia un valore di mercato: per *interesse alla prestazione* si intende l'interesse che il creditore ha all'esecuzione della prestazione: questo interesse può essere pecuniario o meno, indipendentemente dall'essere pecuniaria o meno la prestazione. Il creditore può, in altri termini, avere un interesse pecuniario all'esecuzione di una prestazione non valutabile in danaro (come sarà, ad esempio, quando egli si sia impegnato a pagare ad altri una data somma per il caso che quella data prestazione, per sè non pecuniaria, non venga eseguita) e, viceversa, egli può avere semplicemente un interesse morale (cioè non pecuniario) all'esecuzione di una prestazione per se stessa pecuniaria, in quanto egli ne abbia stiputato l'esecuzione a favore di un terzo.

3° Questa distinzione fra *interesse della prestazione* e *interesse alla prestazione* ha molto contribuito a chiarire i termini della controversia. Bisogna tuttavia riconoscere che, dal punto di vista pratico, essa non ha grande importanza. E infatti: o si ammette che per la validità dell'obbligazione basta che essa abbia per oggetto una prestazione di interesse comunque non pecuniario, e allora è del tutto superfluo occuparsi della natura che può avere l'*interesse alla prestazione*; oppure invece si ritiene che occorra che la prestazione offra un interesse pecuniario e, in questo caso, sarà generalmente superfluo indagare la natura dell'interesse ad una tale prestazione da parte del creditore, in quanto sarà esso pure necessariamente pecuniario. Solo in tema di contratti a favore di terzi la distinzione conserva la sua importanza pratica, potendo qui avvenire che l'*interesse alla prestazione* sia *non pecuniario* (come è ad esempio nei contratti di assicurazione sulla vita a favore di terzi), pecuniario essendo l'*interesse della prestazione* (somma dovuta dall'assicuratore al beneficiario). Qui dunque,

(71) Vedi DERNBURG, *Pandekten*, II, § 17 e SCIALOJA, *Lezioni sulle obbligazioni* citate da BONFANTE, *Lezioni* citate.

data la validità del contratto a favore di terzi, si avrebbe il riconoscimento di una obbligazione in base ad un interesse non pecuniario. Conviene però subito osservare: 1° che il diritto romano non riconosce, in linea di principio, la validità dei contratti a favore di terzi neppure fra le parti contraenti; 2° che quando anche riconoscesse tale validità, non sarebbe tuttavia conveniente generalizzare la decisione data per questo istituto, in vista della sua singolarità.

Premesse queste considerazioni, e ritornando alla discussione del problema fondamentale sopra proposto, noi riteniamo che il diritto romano abbia tenuto fermo il principio della pecuniarietà dell'interesse. A ciò siamo indotti massimamente dalle seguenti considerazioni (72): 1° dal-

(72) I testi dai quali può desumersi il requisito della pecuniarietà sono i seguenti: fr. 7, Dig. 19, 5. *Papinianus libro secundo quaestionum*. « Si tibi decem dederò, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut, si nihil interest condicam tibi, ut decem reddas ». Qui bisogna supporre che colui che ha dato lo schiavo avesse un interesse pecuniario alla sua manomissione. Fr. 95, Dig. 45, 1. *Marcellus libro quinto digestorum*. « Qui insulam fieri stipulatur, ita demum acquirit obligationem, si apparet, quo in loco fieri insulam voluerit; si et ibi insulam fieri interest eius ». Questo testo è incompleto; forse è interpolato (cfr. PERNICE, *Labeo*, III, I, pag. 187) o corrotto (cfr. BONFANTE, *Lezioni* citate, pag. 25). Esso si riferiva, secondo ogni verosimiglianza, ad una *stipulatio sibi insulam fieri*. Cfr. fr. 97, pr. § 1, Dig. 45, 1. *Celsus libro vicen-simo sexto digestorum*. « Si ita stipulatus fuero: 'te sisti? nisi steteris, hippocentaurum dari?' proinde erit, atque 'te sisti' solummodo stipulatus essem. Possum utiliter a te ita stipulari: 'Titii nomine te soluturum? neque enim hoc simile est illi 'Titium daturum?': sed ex ea stipulatione, dum interest mea, agere possum, et ideo, si locuples sit Titius, nihil ex hac stipulatione consequi possum: quid enim mea interest id a te fieri, quod si non feceris, aequè salvam pecuniam habiturus sum? ». Fr. 8, § 6, Dig. 17, 1. *Ulpianus libro trigesimo primo ad edictum*. « Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius qui mandavit: ceterum si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit, quatenus interest, ut puta mandavi tibi, ut fundum emeris: si intererat, mea emi, teneberis: ceterum si eundem hunc fundum ego ipse emi vel alius mihi neque interest aliquid, cessat mandati actio. mandavi, ut negotia gereres: si nihil deperierit, quamvis nemo ges-

l'aver il diritto romano poste le obbligazioni nel novero dei diritti patrimoniali (fr. 49, Dig. 50, 16), e dovendo le medesime essere soddisfatte col patrimonio del debitore

serit, nulla actio est, aut si alius idonee gesserit, cessat mandati actio. et in similibus hoc idem erit probandum ».

I testi invocati contro le pecuniarietà dell'interesse sono:

Fr. 7, Dig. 18, 7. *Papinianus libro decimo quaestionum*. « Servus ea lege venit, ne in Italia esset: quod si aliter factum esset, convenit citra stipulationem, ut poenam praestaret emptor. vix est, ut eo nomine vindictae ratione venditor agere possit, acturus utiliter, si non servata lege in poenam quam alii promisit inciderit. huic consequens erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii praestare cogitur: quidquid enim excedit, poena, non rei persecutio est, quod si, ne poenae causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agitur. nec videntur haec inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem intersit hominis: enimvero poenae non inrogatae indignatio solam duritiam continet »;

Fr. 6, § 1, Dig. eod. *Papinianus libro vicensimo septimo quaestionum*. « Nobis aliquando placebat non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset, veluti quod poenam promississet: ceterum viro bono non convenire credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset, sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur »;

Fr. 54, Dig. 17, 1. *Papinianus libro vicensimo septimo quaestionum*. « Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. sed si in hoc mandatum intercessit ut servus manumitteretur nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor et affectus ratione mandati agatur: finge filium naturalem vel fratrem esse (*placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei iudiciis habendam*). quod si de suis nummis emptor pretium dederit (neque enim aliter iudicio venditi liberari potest), quaeri solet, an utiliter de peculio agere possit. et verius et utilius videtur praetorem de huiusmodi contractibus servorum non cogitasse, quo se ipsi mala ratione dominis auferrent. Si liber homo bona fide serviens redimi se mandaverit idque nummis emptoris factum sit, contraria mandati actione agi posse constat, ut tamen actiones praestentur, quas habet emptor adversus venditorem: finge non manumisisse liberam personam emptorem ». Ma le decisioni contenute nei primi due testi sono perfettamente conciliabili col requisito della pecuniarietà, in quanto vi è valutazione subbiettiva dell'interesse: chi vende uno schiavo col patto che venga allontanato a titolo di pena, o che non venga allontanato a titolo di premio, ponendo una limitazione alla piena disponibilità del compratore deve necessariamente vendere a un prezzo inferiore. Così va pure interpretato il fr. 54, Dig. 17, 1; cfr. infine fr. 71, Dig. 21, 2.

(*lex Poetelia*); 2° dall'essere stato, per tutta l'epoca classica, dominante il principio che ogni *condemnatio* dovesse essere *pecuniaria*: questo principio non poteva non ripercuotersi sulla teoria dell'interesse; che se si imponeva al giudice di condannare il debitore in danaro, bisognava, pure che in danaro fosse valutabile la prestazione dal medesimo dovuta; 3° dal richiedere i testi, in modo indubitabile, l'esistenza di un interesse pecuniario. Per pecuniarietà deve poi intendersi la valutabilità in danaro della prestazione che forma oggetto dell'obbligazione. Questa valutabilità può essere fondata su criteri oggettivi, e allora si ha un vero e proprio *valor di mercato della prestazione*; ma essa può anche essere determinata in base a criteri soggettivi in quanto cioè le parti contraenti, o esplicitamente o implicitamente, abbiano fissato il valore da esse attribuito ad una prestazione che non ha valore di mercato ma che per essere possibile e lecita può essere stimata. Quando il valore della prestazione dedotta *in obligatione*, non è oggettivamente determinabile nel mercato, può dunque soccorrere la stima preventiva delle parti; la *stipulatio* di una pena, per il caso di inadempimento, era considerato dai giuristi romani come mezzo sicuro di garantirsi contro il pericolo di nullità dell'obbligazione per mancanza di interesse pecuniario della prestazione.

CAPITOLO IV.

Del « *vinculum iuris* ».

Sommario: § 1. Nozioni generali. — § 2. Dell'obbligazione naturale. — § 3. Degli effetti dell'obbligazione naturale. — § 4. Delle singole obbligazioni naturali. — § 5. Delle obbligazioni naturali improprie.

§ 1. *Nozioni generali.*

Secondo l'ipotesi che abbiamo sopra adombrata, l'obbligazione romana era, nelle sue origini, la servitù di fatto di una persona a garanzia del soddisfacimento di un impegno suo proprio o d'altri. Abolito il *nexum* (che era la forma giuridica costitutiva di questo stato di asservimento), venne direttamente trasportato nella sfera del diritto il *rapporto di dovere* che antecedentemente non aveva per sè efficacia giuridica, e si ebbe la *obligatio civilis* come *vinculum iuris quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*: come un rapporto, cioè, in base al quale il creditore poteva invocare l'assistenza dello Stato per costringere il debitore ad eseguire la prestazione dovuta, o per soddisfarsi, in difetto di adempimento, sul patrimonio del debitore. Accanto alla obbligazione civile venne riconosciuta, nell'epoca classica, l'obbligazione naturale, la quale costituiva, al pari dell'obbligazione civile, un *vinculum iuris* ma se ne differenziava e per il suo fondamento e per la minore sua efficacia.

§ 2. *Dell'obbligazione naturale (73).*

Della obbligazione naturale si possono dare due diverse definizioni, a seconda che la si consideri dal punto di vista

(73) *Bibliografia*: SCHWANERT, *Die Naturalobligation des römischen Rechts*, Göttingen, 1861. — PERNICE, *Labes*, III, 1, pagg. 253 e segg. — BONFANTE, *Le obbligazioni naturali* (FORO It., anno XVIII, fasc. 3, 1893). —

del suo fondamento, oppure dal punto di vista degli effetti che produce (74). Considerata dal primo di questi due punti di vista, l'obbligazione naturale è quella obbligazione che non ha il suo esclusivo fondamento nei precetti del diritto civile, ma piuttosto nella natura stessa dei rapporti sociali e nei corrispondenti principii del *ius naturale*. Civile invece è l'obbligazione che ha il suo esclusivo fondamento nel diritto civile, sicchè non se ne potrebbe ammettere la esistenza indipendentemente da una speciale statuizione di legge. Anche le obbligazioni civili hanno, per regola, un fondamento naturale, poichè lo stesso diritto civile nel disciplinare i rapporti fra uomo e uomo si ispira alla natura delle persone e delle cose. Ma non sempre la disciplina data dal diritto civile ai singoli rapporti combacia colla disciplina loro secondo i principii del diritto naturale. Così, per esempio, secondo il diritto naturale, essendo tutti gli uomini eguali (senza distinzione cioè fra liberi e schiavi), essi sono tutti egualmente capaci di diritto; ma *iure civili* lo schiavo era dai romani considerato oggetto e non soggetto di diritto. Così ancora, passando dalla capacità giuridica alla capacità d'agire, gli uomini sono naturalmente capaci quando tali sono in realtà, indipendentemente dall'aver cioè raggiunta una certa età. Ma il diritto civile fissa dei termini e considera capaci soltanto quelli che li hanno superati. Così infine passando alla teoria degli atti giuridici: naturalmente perfetto è quel negozio giuridico che

GRADENWITZ, *Die Naturalobligation des Sklaven* (Festgabe für Schirmer, 1900, pagg. 134 e segg.). — DI MARZO, *L'obligatio naturalis del pupillo* (estratto dal Circolo Giuridico, vol. XXXII, Palermo, 1901). — BRINI, *Intorno alle obbligazioni naturali nel diritto romano privato*, Bologna, 1908 (Memoria inserita negli Atti della R. Accademia di Scienze dell'Istituto di Bologna). — PEROZZI, *Istituzioni*, vol. II, § 127, il quale generalizzando i risultati delle ricerche del GRADENWITZ e DI MARZO, ecc., afferma che tutti i casi di obbligazioni naturali, oltre a quello dello schiavo, ammessi nelle fonti sono di origine giustiniana.

(74) Vedi fr. 42, § 1, Dig. 44, 7. *Ulpianus libro vicensimo primo ad edictum*. « Creditores eos accipere debemus, qui aliquam actionem vel civilem habent, sic tamen, ne exceptione submoveantur, vel honorariam actionem, vel in factum »; fr. 10, Dig. 50, 16; cfr. fr. 108, Dig. 50, 14 sopra trascritto e fr. 16, § 4, Dig. 46, 1, e fr. 41, Dig. 15, 1.

esprime una volontà non difettosa di una o più persone che l'abbiano costituito. Ma il diritto civile richiede spesso, per la validità dei negozi giuridici, delle forme speciali.

Dal secondo dei punti di vista sopra accennati l'obbligazione naturale è quell'obbligazione che è bensì riconosciuta nell'ordinamento giuridico, ma non in modo completo. La caratteristica dell'obbligazione naturale risiede, da questo punto di vista, in un *minus* di effetti ad essa attribuito in confronto all'obbligazione civile. Mentre l'obbligazione civile è munita di azione; l'obbligazione naturale invece ne è priva, pur essendo riconosciuta come obbligazione giuridica per altri secondari effetti.

§ 3. Effetti dell'obbligazione naturale.

Se ora ci chiediamo se la giurisprudenza romana abbia formulato una teoria dell'obbligazione naturale, dobbiamo subito rispondere negativamente. La giurisprudenza romana, munita com'era di poteri quasi legislativi, ha dato carattere giuridico a talune obbligazioni semplicemente naturali, coll'attribuire loro effetti giuridici, ma non ha formulato una teoria generale. Il diritto romano conosce delle *obligationes naturales* ma non conosce l'*obligatio naturalis*. Più che un istituto, l'*obligatio naturalis* è quindi un fenomeno giuridico; è quel fenomeno cioè per cui si riconoscono per certi riguardi come obbligazioni giuridiche delle obbligazioni che non sono fondate sul diritto civile ma solo sul c. d. diritto naturale (*c. d. obligationes naturales tantum*).

Gli effetti attribuiti alle obbligazioni naturali sono:

1° La *soluti retentio*, cioè la facoltà accordata al creditore naturale di trattenere ciò che gli è stato pagato dal debitore naturale. Il pagamento di un debito naturale non è vero pagamento di debito, perchè *debitum* in senso proprio e tecnico, è solo il *debitum civile*; ma neppure può dirsi che sia pagamento d'indebito se avviene in base ad una obbligazione che, in qualche modo, cioè *iure naturali*, è riconosciuta: di qui l'esclusione della *condictio indebiti*,

anche nel caso in cui chi ha pagato credesse di essere obbligato civilmente. S'intende da sè che chi fa il pagamento deve essere capace di farlo: per tal motivo lo schiavo che paga un debito contratto da schiavo, essendo ancora tale, non paga validamente (75).

2° L'obbligazione naturale può venir opposta in compensazione (76).

3° Può venire validamente trasformata in una obbligazione civile, *novatione*, sia mediante stipulazione, sia mediante *transcriptio a re in personam* (vedi oltre) (77).

4° Può venire validamente garantita mediante fideiussione, pegno e ipoteca (78).

5° Della obbligazione naturale si può infine, da altri punti di vista, tener conto come di un'obbligazione civile, ad esempio nell'*actio de peculio*, nel computo della *quarta falcidia*, ecc. (79).

(75) Per la *soluti retentio* vedi fr. 16, § 4, Dig. 46, 1. *Julianus libro quinquagesimo tertio Digestorum*. « Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua [eorum] nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur [naturales debitores], per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse ». Questo testo è stato interpolato. Invece di *eorum* esso aveva *servorum*; invece di *naturales debitores*, *servi* riferendosi secondo ogni verosimiglianza alle obbligazioni naturali dei servi; cfr. fr. 64, Dig. 12, 6. Cfr. fr. 41, Dig. 12, 6. *Neratius libro sexto membranarum*. « Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est, quia nec natura debet ». Cfr. fr. 19, § 4, Dig. 39, 5; fr. 21, Dig. 35, 2.

(76) Vedi fr. 6, Dig. 16, 2. *Ulpianus libro trigensimo ad Sabinum*. « Etiam quod natura debetur venit in compensatione ». Sulla originaria portata di questo principio cfr. APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*. Paris, 1895, pagg. 97 e segg.

(77) Vedi fr. 1, § 1, Dig. 46, 2. *Ulpianus libro quadragesimo sexto ad Sabinum*. « Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis, an civilis, an honoraria, et utrum verbis an re an consensu, etc. ». Cfr. fr. 1, § 7, Dig. 13, 5: « debitum autem vel natura sufficit ».

(78) Cfr. fr. 60, Dig. 46, 1. *Scaevola libro primo responsorum*. « Ubi cumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum permaneat, teneri fidejussorem respondi »; fr. 16, § 3, eod.; fr. 5 pr., Dig. 20, 1.

(79) Vedi fr. 9, § 2, Dig. 15, 1. *Ulpianus libro vicensimo nono ad Edictum*. « Peculium autem deducto quod domino debetur computan-

Questi sono gli effetti che si trovano attribuiti a questa od a quella *obligatio naturalis tantum*. Non può tuttavia dirsi che essi abbiano luogo per tutte e per ciascuna di esse. La determinazione degli effetti da attribuirsi alle singole obbligazioni naturali era per diritto romano questione di interpretazione. I giuristi, ai quali è dovuto questo svolgimento di dottrina, procedevano liberamente, caso per caso, e noi dobbiamo seguirli in questa loro via contentandoci di segnalare per ogni singola *obligatio naturalis* gli effetti per essa ammessi nei testi a noi pervenuti.

§ 4. Delle singole obbligazioni naturali.

1° Il caso più importante di obbligazione naturale, è quello dello schiavo. *Iure civili* lo schiavo è una cosa, oggetto e non soggetto di diritto. Egli tuttavia non si differenzia *naturalmente* dagli altri uomini: vive, pensa, agisce e noi abbiamo già visto che lo stesso diritto civile teneva conto di ciò, in quanto, mentre gli negava la *capacità giuridica*, gli riconosceva la *capacità di agire* come organo del proprio *dominus*. Un passo ulteriore, in questa via, si ebbe col riconoscimento dell'obbligazione naturale dello schiavo pei contratti che egli avesse conchiuso con altri schiavi, o col *dominus*, o con terzi. Affinchè l'obbligazione naturale dello schiavo producesse i suoi effetti (*soluti retentio*, validità della *fideiussio* e del *pegno*), occorreva tuttavia che egli venisse manomesso. Occorreva inoltre che essa avesse avuto origine naturale, che non fosse cioè stata contratta colle forme proprie esclusivamente dei cittadini romani, poichè se allo schiavo si poteva naturalmente attribuire la medesima capacità come ad un uomo libero, non gli si poteva tuttavia, come schiavo, attribuire quella speciale capacità che era una conseguenza della *civitas* (80).

dum esse, quia praevenisse dominus et cum servo suo egisse creditur». Cfr. fr. 2, § 4; fr. 17, eod., e fr. 95, § 2, Dig. 46, 3; fr. 38, Dig. 12, 6; fr. 20, § 2, Dig. 40, 7.

(80) Vedi fr. 14, Dig. 44, 7. *Ulpianus libro septimo disputationum*. « Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed

2° Anche i figli di famiglia erano in origine incapaci di diritto, nulla potendo avere di proprio (81). La loro posizione si differenziava però notevolmente da quella degli schiavi, poichè mentre questi erano destinati a restare sempre tali (onde, fra altro, il concetto di *servus sine domino*), la incapacità giuridica dei figli di famiglia era *a priori* limitata nel tempo poichè, a prescindere dalla possibilità di emancipazione, essi diventavano necessariamente *sui iuris* alla morte del loro padre.

In riguardo alle obbligazioni contratte dai figli di famiglia bisogna quindi tenere ben distinte due ipotesi: l'ipotesi cioè di obbligazioni da essi contratte col *pater familias* o con altre persone pure soggette alla potestà di questi; e l'ipotesi di obbligazioni contratte con estranei.

Assai di buon'ora si ammise che i *filii familias* potessero obbligarsi, *civiliter*, di fronte agli estranei (82): e solo a tale principio si arrecò una notevole limitazione in materia di mutui di denaro (*exceptio S. C. Macedoniani*) (83). Quanto ai contratti conchiusi col *pater familias* o con altre persone soggette alla sua potestà si esclude invece che potessero produrre obbligazioni civili. La personalità del *pater familias* assorbe infatti quella dei *filii* soggetti alla sua potestà: *filius* e *pater* sono, per servirsi di una imma-

naturaliter et obligantur et obligant. denique si servo, qui mihi mutuum pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor»; fr. 13, Dig. 12, 6. *Paulus libro decimo ad Sabinum*. « Naturaliter etiam servus obligatur: et ideo, si quis nomine eius solvat vel ipse manumissus, ut Pomponius scribit, ex peculio, cuius liberam administrationem habeat, repeti non poterit: et ob id et fideiussor pro servo acceptus tenetur et pignus pro eo datum tenebitur et, si servus, qui peculii administrationem habet, rem pignori in id quod debeat dederit, utilis pignoratitia reddenda est. Item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit ». E cfr. fr. 64, Dig. 12, 6; fr. 49, § 2, Dig. 15, 1; fr. 16, § 4, Dig. 46, 1.

(81) Vedi *retro*.

(82) Vedi fr. 39, Dig. 44, 7. *Gaius libro tertio ad edictum provinciale*. « Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest ». Cfr. GIRARD, *Manuel EL.*, pag. 461, n. 2.

(83) Vedi più oltre pag. 60.

gine bizantina, *una persona*, e non può quindi ammettersi che sorgano fra di loro delle *obligationes civiles*. Ciò non toglie peraltro che, di fatto, essi possano contrarre, e se, dopo aver contratto, cessata comunque la *patria potestas*, essi eseguiscano le obbligazioni contratte, non si ammette *repetitio*. Anche qui l'obbligazione, nulla come *civilis*, è riconosciuta valida come *naturalis* (84).

3° Nei casi precedentemente esaminati il riconoscimento dell'*obligatio naturalis* costituisce una specie di surrogato per l'inammissibilità di una *obligatio civilis*. L'ipotesi inversa si ha nel caso della *capitis deminutio*. La *capitis deminutio*, anche minima, estingueva le obbligazioni di colui che ne veniva colpito. Nell'epoca classica si pose il quesito se essa le estinguesse anche *naturaliter*: e lo si

(84) Veggasi il famoso fr. 38, Dig. 12, 6. *Africanus libro nono quaestionum*. « Frater a fratre, cum in eiusdem potestate essent, pecuniam mutuatus post mortem patris ei solvit: quaesitum est, an repetere possit. respondit utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres exstisset, repetiturum, pro ea vero, qua frater heres exstiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset: *naturalem enim obligationem quae fuisset hoc ipso sublata videri, quod peculii partem frater sit consecutus*, adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio huius debiti a fratre ex eo fieret. idque maxime consequens esse ei sententiae, quam Iulianus probaret, si extraneo quid debuisset et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum iudicio eum familiae erescundae recipaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset. igitur et si re integra familiae erescundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem eius indemnitas a coerede praestetur: porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum. 1. Quaesitum est, si pater filio crediderit isque emancipatus solvat, an repetere possit. respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum: *nam manere naturalem obligationem argumento esse*, quod extraneo agente intra annum de peculio deduceret pater, quod sibi filius debuisset. 2. Contra si pater quod filio debuisset eidem emancipato solverit, non repetet: *nam hic quoque manere naturalem obligationem eodem argumento probatur*, quod, si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset computetur. eademque erunt et si extraneus heres exheredato filio solverit id, quod ei pater debuisset. 3. Legati satis accepi et cum fideiussor mihi solvisset, apparuit indebitum fuisse legatum: posse eum repetere existimavit ». E cfr. fr. 50, Dig. 15, 1.

decise negativamente. La *capitis deminutio* infatti non toglieva, nè poteva togliere, che il *capite deminutus* avesse, ad esempio, ricevuto a mutuo, o che avesse comperato, e vai dicendo: permanendo tali rapporti sembrò quindi logico ammettere che le obbligazioni da essi provenienti persistessero *naturaliter*, in quanto ciò fosse compatibile col rispetto della massima che le aveva annullate *civiliter tantum*.

Il pretore poi, in caso di *capitis deminutio minima*, si spinse anche più oltre e, accordando la *integrum restitutio*, salvò le obbligazioni del *capite deminutus* come *civili* (85).

4° Era principio dominante nella procedura civile romana che le azioni giudiziarie si consumassero mediante la *litis contestatio*. Dal momento cioè in cui il magistrato aveva formulato la controversia fra le parti, incaricando un giudice di risolverla, si considerava che la pretesa fatta valere fosse estinta, nel senso di non poter più essere accampata in un nuovo giudizio. L'attore, contestata la lite, poteva ottenere sentenza favorevole o contraria; ma se, per una causa qualsiasi, la sentenza non veniva pronunciata, egli non poteva più promuovere un nuovo giudizio. Nel caso tuttavia in cui la sentenza non venisse pronunciata non si poteva certo dire che l'obbligazione fosse stata adempiuta: essa era semplicemente privata dell'azione. La giurisprudenza ne ammise pertanto la persistenza come *obligatio naturalis tantum* (86).

(85) Vedi fr. 2, §§ 2-3, Dig. 4, 5. *Ulpianus libro duodecimo ad edictum*. « Hi qui capite minuuntur ex his causis, quae capitis deminutionem praecesserunt, *manent obligati naturaliter*: ceterum si postea, imputare quis sibi debeat cur contraxerit, quantum ad verba huius edicti pertinet. sed interdum, si contrahatur cum his post capitis deminutionem, danda est actio. et quidem si adrogatus sit, nullus labor: nam perinde obligabitur ut filius familias. *Nemo delictis exiit. quamvis capite minutus sit* ».

(86) Vedi fr. 60, Dig. 12, 6. *Paulus libro tertio quaestionum*. « Iulianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, *natura tamen debitor permanet*: similemque esse ei dicit, qui ita promisit, sive navis ex Asia venerit sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur. Ubi autem quis quod pure debet sub condizione [novandi animo]

5° Uno stato di cose assai simile si ha in caso di sentenza che assolva ingiustamente il debitore convenuto. Anche qui, in base al principio di diritto civile: « *res iudicata pro veritate habetur* », l'obbligazione è civilmente estinta. Ma non si può dire che sia estinta naturalmente, perchè l'errore del giudice non può distruggere l'esistenza reale della *causa obligationis* da lui erroneamente negata. Il diritto civile si trovava qui in conflitto col diritto naturale, e poteva quindi sembrare giusto ammettere che, malgrado la sentenza che lo assolveva, il debitore restasse obbligato naturalmente agli effetti della irrepibilità di ciò che, malgrado la sentenza assolutoria, egli avesse volontariamente pagato a soddisfacimento del suo debito. Nè un tale ristretto riconoscimento dell'obbligazione, dichiarata inesistente per errore del giudice, avrebbe urtato direttamente contro la massima: *res iudicata pro veritate habetur*, poichè lo scopo di tale massima era di evitare la ripetizione del processo per una causa già giudicata, e questo scopo lo si raggiungeva anche ammettendo l'obbligazione naturale. I testi a noi giunti sono peraltro di dubbia interpretazione (87).

6° Lo stesso è a dirsi per il caso di prescrizione (88). Anche la prescrizione è un istituto di puro diritto civile:

promisit, plerique putant pendente novatione solum repetere posse, quia ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit: idemque esse etiam, si diversas personas ponas eandem pecuniam pure et sub conditione [novandi animo] promississe, sed hoc dissimile est: in stipulatione enim pura et condicionali eundem debitorum certum est ». E confronta fr. 8, § 1, Dig. 46, 8; fr. 30, § 1, Dig. 9, 2.

(87) Vedi fr. 13, Dig. 20, 6. *Tryphoninus libro octavo disputationum*. « Si deferente creditore iuravit debitor se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si iudicio absolutus esset: nam et si a iudice quamvis per iniuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur » e fr. 28, Dig. 12, 6. *Paulus libro trigensimo secundo ad edictum*. « Judex si male absolvit et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest ». Cfr. BARON, *Pandekten*, § 97. Analogo è il caso di cui al fr. 3, § 7, Dig. 2, 2.

(88) A sostegno della tesi accolta nel testo si fa generalmente valere che l'*actio hypothecaria* si prescrive in 40 anzichè in 30 anni; ma questo argomento non è calzante. Errata sembrami tuttavia l'argomentazione che qualche eminente scrittore trae dal fr. 25, § 1, Dig. 46, 8. Infatti, anche ammettendo il persistere dell'obbligazione naturale dopo la

dal punto di vista del diritto naturale, chi deve dare deve finchè abbia dato. E solo per evitare il perpetuarsi delle controversie e per impedire che si accampino in giudizio pretese di origine troppo remota, il diritto civile statui che tutte le azioni non si potessero far valere che entro un certo spazio di tempo, che, nell'epoca giustiniana, è, per regola, di 30 anni. Anche qui pertanto poteva ammettersi che l'obbligazione prescritta civilmente, sopravvivesse come obbligazione naturale, almeno per gli effetti della irrepibilità di quanto fosse stato dal debitore volontariamente prestato a sua effettiva estinzione.

7° Il pupillo che avesse contratto *sine tutoris auctoritate* non si obbligava civilmente. Restava egli obbligato naturalmente? Se il diritto civile negava l'obbligazione del pupillo ciò era solo in quanto lo presumeva incapace. Questa presunzione corrispondeva, nel maggior numero dei casi, alla verità, ma non vi corrispondeva necessariamente in tutti i casi. Volendosi ammettere *obligatio naturalis* si sarebbe quindi dovuto, a rigore di logica, ammetterla solo, nei casi nei quali fosse stato possibile dimostrare che il pupillo che aveva contratto *sine tutoris auctoritate* era naturalmente capace. Ma anche questa soluzione, avrebbe presentato delle grandi difficoltà pratiche: poichè è ben difficile determinare la capacità naturale che una persona aveva in un'epoca già passata, mentre poi, indipendentemente da tale dimostrazione, non si sarebbe potuto sostenere l'esistenza di una qualsiasi obbligazione. Forse per tale considerazione alcuni giuristi negavano, in linea di principio, l'obbligazione naturale del pupillo che avesse contratto senza l'*auctoritas tutoris*. Altri invece l'ammettevano, o in linea di principio, o quanto meno nei limiti dell'*arricchimento* (89).

prescrizione non si avrebbe potuto nella fattispecie negare la ripetizione. L'obbligazione naturale, qualora fosse stata ammessa, avrebbe potuto rendere valido il pagamento che il debitore avesse eseguito dopo la prescrizione, e non già prima, come si suppone nel testo.

(89) Vedi da un lato il fr. 41, Dig. 12, 6. *Neratius libro sexto Membranarum*. « Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est, quia nec natura debet » e il fr. 58 (59), Dig. 44, 7,

8° Può avvenire che una obbligazione per sè valida, resti paralizzata da una *exceptio* accordata al debitore contro il creditore che lo abbia convenuto. Si domandava quale effetto si dovesse attribuire al pagamento col quale il debitore avesse adempiuto una tale obbligazione, e la risposta era che, per regola, se il pagamento aveva avuto luogo per errore (cioè nell'ignoranza della eccezione) poteva venire ripetuto. Alla regola tuttavia si arrecava un'eccezione per il caso in cui la *exceptio* fosse stata concessa non tanto per difendere il debitore, quanto per punire il creditore (*in odium creditoris*). La giurisprudenza romana interpretava qui la efficacia estintiva della *exceptio*, e ammetteva che fosse massima, — e distruggesse quindi completamente l'obbligazione, — quando lo scopo del legislatore, nel concedere la *exceptio* stessa, fosse stato di liberare totalmente il debitore; ammetteva che fosse invece minore, e lasciasse quindi sussistere l'*obligatio*, come *naturalis*, quando lo scopo del legislatore fosse stato soltanto di punire il creditore distogliendolo da quel dato genere di contrattazioni.

Nei testi romani si trovano chiaramente contrapposti due esempi: l'uno è offerto dall'*exceptio* concessa alle donne che avessero interceduto contro il divieto del S. C. Velleiano, e l'altro dall'*exceptio* accordata dal S. C. Macedoniano al figlio di famiglia contro colui che gli avesse dato a mutuo

che negano assolutamente l'obbligazione naturale del pupillo; dall'altro il fr. 13, § 1, Dig. 12, 6, che ammette l'obbligazione civile nei limiti dell'arricchimento, e il fr. 21 pr., Dig. 35, 2, che l'ammette senza limiti. *Paulus libro duodecimo quaestionum*. « Si pupillus, cui sine tutore auctore decem mutua data sunt, legatum a creditore meruerit sub hac condicione, si decem quae acceperit heredi reddiderit, una numeratione et implet condicionem et liberatur naturali obligatione, ut etiam in Falcidia heredi imputentur, quamvis non imputarentur, si tantum condicioni implendae causa data fuissent ». Cfr. fr. 25, § 1, Dig. 36, 2; fr. 95, Dig. 46, 3; fr. 42, Dig. 12, 2; fr. 21, Dig. 35, 2 e vedi DI MARZO, Mon. cit. Per le obbligazioni contratte dal prodigo interdetto e dal furioso, vedi fr. 6, Dig. 45, 1. *Ulpianus libro ad Sabinum*. « Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso » e cfr. fr. 25, Dig. 46, 1; fr. 40, Dig. 50, 17.

del denaro. Lo scopo del senatoconsulto Velleiano era di proteggere le donne che, per la leggerezza del sesso, sono inclini ad assumere impegni nell'avvenire, e quindi il giurista decideva che la donna che avesse pagato per errore (cioè ignorando di poter apporre l'*exceptio*) potesse sempre ripetere: nel secondo caso invece lo scopo del senatoconsulto era semplicemente di porre argine all'abuso dei debiti a babbo morto; e pertanto il giurista decideva che se il *filius familias* (fatto s'intende *sui iuris*) avesse volontariamente pagato, sia pure per errore (ignorando cioè di avere l'*exceptio*), non potesse più ripetere (90). L'*obligatio naturalis ex mutuo* del *filius familias* poteva inoltre venir novata e garantita con fideiussione e pegno.

9° Abbiamo già accennato che il diritto romano non è mai pervenuto a riconoscere, in linea di principio, la validità, della semplice convenzione o *pactum*. Ma produceva il *pactum* un'obbligazione naturale? Lo si ammette da molti, e questa opinione sembra fondata, poichè in un'epoca di civiltà avanzata quale era appunto l'epoca classica, l'elemento formale nei contratti doveva apparire tutto di convenienza civile. I testi a noi giunti tuttavia sembrano riconoscere l'obbligazione naturale solo in base ai patti di usure, partendo forse dalla considerazione che la prestazione delle usure ha un suo proprio fondamento naturale che viene a rafforzare e a mettere fuori di ogni dubbio il consenso ad esse relativo (91).

(90) Vedi fr. 40, Dig. 12, 6. *Marcianus libro tertio regularum*. « Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest: sed hoc non est perpetuum. nam si quidem eius causa exceptio datur cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatus consulto de intercessionibus: ubi vero in odium eius cui debetur exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filius familias contra Macedonianum mutuum pecuniam acceperit et pater familias factus solverit, non repetit ». Cfr. 9-11 e 18, Dig. 14, 6; fr. 26, § 9, Dig. 12, 6; fr. 2, Dig. 20, 3; c. 2, Cod. IV, 28.

(91) Questo è uno dei casi più controversi. Veggasi da ultimo in senso affermativo HELLMANN. *Naturalis obligatio ex pacto?* (Zeitschrift der Savigny Stiftung, vol. XII, pagg. 325-360, 1892). Sul *natura debendi*, in riguardo alla *usurae*, vedi BONFANTE, op. cit., pag. 7, e *Lezioni*.

§ 5. *Delle obbligazioni naturali improprie.*

Le obbligazioni naturali di cui ci siamo occupati nel paragrafo precedente, sono vere obbligazioni giuridiche, e si distinguono dalle obbligazioni giuridiche-civili, soltanto per non essere fondate sul *ius civile*, ma sul *ius naturale*, e per non produrre tutti gli effetti di quelle.

Ma nelle fonti romane vengono talvolta indicate come obbligazioni naturali anche delle obbligazioni che nulla hanno di giuridico, essendo esclusivamente fondate sui precetti della religione, della morale o del buon costume. Queste obbligazioni vanno tenute ben distinte dalle naturali giuridiche, sebbene abbiano con esse una apparente somiglianza in quanto anche per esse trovasi ammesso il principio della irrepibilità di ciò che sia stato pagato a loro soddisfacimento (92). Gli è che, se si guarda al fondamento, si vede facilmente che mentre le obbligazioni naturali giuridiche sono fuori del diritto civile, ma non fuori del diritto in generale, venendo appunto fondate sul diritto naturale, le obbligazioni che chiamiamo naturali improprie sono completamente fuori della sfera giuridica. Nè a ciò osta la irrepibilità. Quando si tratta di obbligazione naturale giuridica la irrepibilità di ciò che si è pagato ha il suo fondamento nella esistenza dell'obbligazione come rapporto giuridico: in caso di obbligazioni naturali improprie invece la irrepibilità ha tutt'altro fondamento: non si può ripetere perchè il ripetere è per sè immorale. Le obbligazioni naturali giuridiche e le obbligazioni naturali improprie, pur avendo in comune la irrepibilità si distinguono dunque nettamente per ciò che la irrepibilità stessa, ha nelle une e nelle altre, diverso fondamento.

I principali esempi di obbligazioni naturali improprie, ricordati nelle fonti, sono i seguenti:

1° obbligo della moglie di costituirsi una dote (93);

(92) Fr. 26 pr. e § 12, Dig. 12, 6; fr. 32, § 2, Dig. eod.

(93) Fr. 26, pr., § 12; fr. 32, § 2, Dig. 12, 6; fr. 46, § 2, Dig. 23, 3.

2° obbligo del liberto di prestare le opere al patrono (94), anche ove ne abbia fatta *iurata promissio*;

3° obbligo del donatario di una donazione remuneratoria;

4° obbligo degli alimenti verso certi congiunti;

5° obbligo di prestare le usure dei debiti di denaro, anche se non stipulate, nè pattuite;

6° obbligo di prestare l'intero legato, anche se lesivo della quarta falcidia (95).

(94) Dig. 38, 1, Cod. VI, 3; fr. 25, § 11, Dig. 5, 3; BARON, *Pandekten*, § 70.

(95) Fr. 5, § 5, Dig. 24, 1; fr. 19, 20, Dig. 42, 8.

CAPITOLO V.

Delle fonti delle obbligazioni.

Sommario: § 1. Partizioni romane delle obbligazioni in riguardo alle loro fonti. — § 2. Il sistema romano dei contratti e la sua formazione storica. — § 3. Teoria del contratto e sue partizioni secondo la dottrina pandettistica. — § 4. I contratti a favore di terzi. — § 5. Restrizioni al principio della nullità fra le parti. — § 6. Eccezioni arrecate al principio della nullità per il terzo. — § 7. Delle cosiddette azioni « adiecticiae qualitatis ». — § 8. Estensione utile delle azioni « institoria » e « de in rem verso ». — § 9. Dei modi di rafforzare le obbligazioni sorgenti da contratto. — § 10. Dei delitti. — § 11. Dei quasi-contratti e dei quasi-delitti.

§ 1. *Partizioni romane delle obbligazioni
in riguardo alle loro fonti.*

Come la proprietà, o qualsiasi altro diritto reale, non sorge che in quanto si sia verificato un avvenimento riconosciuto efficace a questo fine dal diritto positivo, così è pure delle obbligazioni. Alla teoria dei modi di acquisto della proprietà e degli altri diritti reali, fa riscontro la teoria delle fonti o *causae* delle obbligazioni.

I fatti ai quali il diritto positivo riconosce la efficacia di far sorgere una obbligazione sono molteplici e di indole svariata: due fra di essi hanno tuttavia una importanza predominante, e per la frequenza loro, e perchè rappresentano, per così dire, i due opposti poli del vivere sociale: il contratto e il delitto.

Per contratto s'intende l'accordo di due o più volontà, rivolto a far sorgere un'obbligazione fra due o più persone. Per delitto si intende un atto ingiustamente lesivo del diritto altrui e che, appunto per tal ragione, fa sorgere in chi l'ha compiuto una obbligazione di espiazione e risarcimento.

I delitti e i contratti furono le prime fonti di obbligazioni, ma, accanto ad esse, altre ne vennero successivamente

riconosciute, e nell'epoca classica troviamo già una partizione delle obbligazioni, relativamente alla origine loro, in tre grandi categorie: obbligazioni sorgenti *ex contractu*; obbligazioni sorgenti *ex delicto* e obbligazioni *quae... proprio quodam iure ex variis causarum figuris nascuntur* (96). Questa partizione era, dal punto di vista sistematico, difettosa, in quanto accanto a due categorie positivamente determinate (le categorie del contratto e del delitto), ne poneva una terza determinata solo negativamente, e destinata ad accogliere tutte quelle obbligazioni che non potevano venir collocate nelle prime due. Per ovviare a questo difetto, le *obligationes ex variis causarum figuris* vennero, in seguito, suddivise in due categorie, in una delle quali si posero quelle che sembravano avere maggiore affinità colle *obligationes ex contractu*, e nell'altra quelle che sembravano avere maggiore affinità colle *obligationes ex delicto*. E così

(96) Vedi GAIO, III, 88. « Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species deducitur; omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto ». Ma lo stesso GAIO, nel fr. 1, Dig. 44, 7, libro secundo aureorum, soggiunge: « aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris ». Nel fr. 5, Dig. 44, 7. Gaius libro tertio aureorum. « Si quis absentis negotia gesserit, si quidem ex mandatu, palam est ex contractu nasci inter eos actiones mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet. si vero sine mandatu, placuit quidem sane eos invicem obligari eoque nomine proditae sunt actiones, quas appellamus negotiorum gestorum, quibus aequè invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet. sed neque ex contractu neque ex maleficio actiones nascuntur: neque enim is qui gessit cum absente creditur ante contraxisse, neque ullum maleficium est sine mandatu suscipere negotiorum administrationem: longe magis is, cuius negotia gesta sunt, ignorans aut contraxisse aut deliquisse intellegi potest: sed utilitatis causa receptum est invicem eos obligari ». — § 1. Tutelae quoque iudicio qui tenentur non proprie ex contractu obligati intelliguntur (nullum enim negotium inter tutorem et pupillum contrahitur) sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. e fr. 5, § 4, Dig. eod. « Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudenciam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri ». E confronta § 2, Inst., III, 13; III, 27 e 28; IV, 5. THEOPHILI, Paraphrasis, III, 13, § 1; III, 27 pr., § 3 (Ed. FERRINI, pagg. 318 e 371).

si ebbe la quadruplicata partizione delle *obligationes ex contractu, quasi ex contractu, ex maleficio, quasi ex maleficio*.

Non risulta che questa partizione fosse universalmente ammessa nel diritto classico; da essa prescinde, ad esempio, il giurista Modestino; ma Giustiniano la accolse nelle sue istituzioni e da queste essa venne poi trasmessa alla scienza ed alle legislazioni moderne. Con tutto ciò non può certo dirsi che essa sia scientificamente esatta (97). Giustamente si è anzitutto osservato che non esaurisce tutte le possibili cause di obbligazioni; inoltre conviene riconoscere che taluna delle *c. d. obligationes quasi ex contractu* poco o nulla hanno di comune colle *obligationes ex maleficio* o sono casi di responsabilità per fatti altrui, o nulla hanno di comune colle *obligationes ex maleficio*. Non crediamo tuttavia conveniente abbandonarla, sia perchè non è facile sostituirla con una partizione migliore, sia perchè l'abbandonarla importerebbe profondi rimaneggiamenti nel sistema dal quale non è opportuno allontanarsi, specie in un trattato di indole elementare.

(97) Vedi le critiche ad essa mosse, fra altri, dal BARON, *Pandekten*, § 209, dal ROBY, *Roman Private Law*, vol. II, pagg. 2-5 e dal Perozzi, il quale attribuisce ai compilatori giustiniani la quadripartizione contenuta nel fr. 5, Dig. 44, 7, trascritto sopra in nota e ritiene pure interpolate le parole *aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris* nel fr. 1, Dig. 44, 7. Degna di speciale nota, sebbene scientificamente anche più criticabile, è la partizione delle obbligazioni di MODESTINO, nel fr. 52, Dig. 44, 7. *Modestinus libro secundo regularum*. « Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato. 1. Re obligamur, cum res ipsa intercedit. 2. Verbis, cum praecedat interrogatio et sequitur congruens responsio. 3. Re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogatio intercedit, consentientes in aliquam rem. 4. Ex consensu obligari necessario ex voluntate nostra videmur. 5. Lege obligamur, cum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis aut contra facimus. 6. Iure honorario obligamur ex his, quae edicto perpetuo vel magistratu fieri praecipuntur vel fieri prohibentur. 7. Necessitate obligantur, quibus non licet aliud facere quam quod praeceptum est; quod evenit in necessario herede. 8. Ex peccato obligamur, cum in facto quaestionis summa constitit. 9. Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit. 10. Sed et nutu solo pleraque consistunt ».

§ 2. Il sistema romano dei contratti: sua formazione storica (98).

L'anima dei contratti è costituita dalla concorde volontà delle parti contraenti, la quale ne determina il contenuto: e non vi è contratto che possa esistere se non per il concorso della volontà delle parti che lo pongono in essere. Tuttavia il diritto romano non ammise mai che la volontà delle parti contraenti bastasse — in linea di principio — a costituire il contratto (99). Nelle origini esso ritenne

(98) Sull'originario significato delle voci *contractus, contrahere, negotium contrahere, contractum negotii* e simili vedi: PERNICE, *Zur Vertragslehre der römischen Juristen* (Zeitschrift der Savigny Stiftung, vol. IX, 1888, pagg. 195-200). — FERRINI, *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*. — PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, pagg. 31-45 e BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del contractus* (estratto dai Rendiconti del Regio Istituto Lombardo di scienze e lettere, serie II, vol. 40, 1907). Tutti questi scrittori sono d'accordo nel ritenere che la parola *contractus* aveva nelle origini un significato più ampio di quello, che venne poi ad essa in seguito attribuito, di convenzione o contratto; e ciò in base a numerosi indizi terminologici, e per essere nelle fonti chiamata *contractus* la *negotiorum gestio*. Ma i pareri divergono circa il determinare quale fosse propriamente il più ampio originario significato della parola *contractus*. Il Ferrini ritiene che per *contractus* si intendesse « *ad un dipresso quello che noi intendiamo per atto giuridico* » cioè un atto lecito rivolto a produrre degli effetti giuridici. Il Perozzi sostiene invece che i romani intendevano per *contractus* qualsiasi « *affare* » avente o meno per base un accordo di volontà. Così egli spiega come potesse essere chiamata *contractus* la *negotiorum gestio*, e più ancora come non venisse considerata *negotium* la donazione (fr. 14, Dig. 43, 26); ma non spiega invece, bene osserva il Bonfante, come i romani parlassero di *contractus sponsaliorum* pur non essendo gli sponsali un affare, mentre, d'altra parte, essi non chiamano mai *contractus* la *manipatio*, la *traditio*, la *solutio*, ecc., che sono evidentemente degli *affari*. Per il Bonfante la parola *contractus* avrebbe avuto originariamente esclusivo riguardo al *vincolo*, fatta astrazione dalla volontà rivolta a costituirlo. « Il *contractus*, scrive egli, nelle sue *Istituzioni* (4^a ed.) pag. 354, consta di due elementi. Il primo di essi, originario, è la *causa* od il fatto obbiettivo, il *negotium contractum* che giustifica l'obbligazione. L'altro elemento, elaborato posteriormente nella giurisprudenza classica, è l'accordo delle parti, il *consensus* o la *conventio* ».

(99) Vedi fr. 7, § 4, Dig. 2, 14. *Ulpianus libro quarto ad edictum*. « Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non

essenziale che la volontà stessa venisse manifestata in forme solenni; in seguito riconobbe validamente conclusi certi contratti colla esecuzione da parte di uno dei contraenti eseguita a *titolo di credito*: da ultimo ammise infine che, per certi contratti, potesse eccezionalmente bastare anche il solo accordo dei consensi. La dottrina dell'epoca classica pertanto, tenendo fermo il principio che il solo consenso delle parti non basta a creare il contratto, ordinò il sistema dei contratti riconosciuti per categorie, in base alla diversità dell'elemento integratore dell'accordo delle volontà. Si ebbe così la partizione dei contratti in: contratti verbali (*stipulatio, dictio dotis, operarum iurata promissio*); contratti letterari (*nomina transcripticia, singrafe*); contratti reali (mutuo, comodato, deposito e pegno); contratti consensuali (vendita, locazione, mandato, società) (100).

Nei contratti verbali la *causa civilis* era riposta nell'uso delle parole prescritte in forma di domanda e risposta (*Spondesne centum dare? Spondeo*). Nei contratti letterali consisteva nella trascrizione nei libri, avvenuta in seguito ad operazioni giuridiche liberamente consentite dalle parti. Nei contratti reali nell'avere il debitore ricevuto una somma di denaro o di altra cosa a titolo di credito; l'obbligo di restituire conforme alla volontà delle parti trovava qui uno speciale fondamento nel fatto che se la restituzione

posse constitui obligationem: *igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*». Confronta PAOLO, III, 14, 1. Sulla teoria dei patti secondo il diritto romano, veggasi MANENTI, *Appunti critici sulla teoria generale dei patti* (Studi Senesi, Siena 1891), e FERRINI nel Filangieri, XVII, pagg. 65-92.

(100) Conviene tener presente che nei cosiddetti contratti reali la *res*, cioè il fatto della consegna della cosa, non era, e non poteva essere considerato, come una *formalità* e perciò non è esatto contrapporre i contratti reali ai consensuali allo stesso modo come i verbali o letterali. « Già per diritto romano, scrive WENDT, *Pandekten*, pag. 478, non è giusto contrapporre *res* e *consensus*. L'ordine dei contratti non è triplice: *forma, res, consensus*: ma piuttosto ai contratti formali si contrappone il gruppo dei contratti consensuali che è poi suddiviso secondo il punto di vista, *res* e *consensus* ». Cfr. specialmente PEROZZI, *Il contratto consensuale classico* negli Studi per Schupfer, p. 165 e seguenti.

non fosse avvenuta vi sarebbe stato non solo una violazione di promessa ma altresì un indebito arricchimento da parte del debitore. Infine nei contratti consensuali la così detta *causa civilis* consisteva nella speciale natura del rapporto che esigeva, che il contratto potesse perfezionarsi indipendentemente da ogni formalità per il solo accordo dei consensi. Impropiamente pertanto si suole insegnare che la *causa civilis* consiste qui nel consenso. Il consenso delle parti contraenti è indispensabile in tutti i contratti, e la specialità dei cosiddetti contratti consensuali consiste piuttosto in ciò che per essi si prescinde da qualsiasi altro elemento integratore del medesimo.

Nel corso dell'epoca classica altri contratti vennero man mano riconosciuti: in prima linea i così detti *contratti innominati*. Questi contratti vennero distinti in quattro categorie: *do ut des; do ut facias; facio ut des; facio ut facias*. La ragione del riconoscimento dato a questi contratti era originariamente riposta in ciò: che una delle parti aveva eseguito una prestazione, dietro promessa di una controprestazione. (Vedi più avanti il paragrafo sui *contratti innominati*).

Oltre ai contratti innominati testè menzionati (che contano fra i contratti reali) altri ne vennero successivamente riconosciuti nell'epoca classica e postclassica per opera dei pretori e degli imperatori: il *constitutum debiti proprii vel alienis*, cioè la promessa non formale di pagare un debito proprio od altrui in un dato giorno; il *pactum dotale*, cioè la promessa non solenne di costituire una dote; il *pactum donationis*, cioè la promessa di donare.

Questi nuovi contratti avrebbero dovuto essere classificati fra i contratti consensuali, ma non lo furono per non essere ancora riconosciuti all'epoca in cui venne primieramente elaborata la partizione sistematica dei contratti. I compilatori poi ricopiando la partizione da Gaio non pensarono di completarla, in modo da comprendere in essa tutti i nuovi contratti che erano stati riconosciuti dall'epoca classica fino a Giustiniano.

§ 3. *Teoria del contratto e sue partizioni secondo la dottrina pandettistica.*

Da quanto si è detto nel paragrafo precedente, risulta evidente che la giurisprudenza romana creò un sistema di contratti ma non assurse ad una *teoria generale del contratto*. Questa teoria è un prodotto della dottrina pandettistica. Tuttavia i germi di essa si trovano nelle stesse fonti romane, e più particolarmente nei testi riguardanti la *stipulatio*. Da questi testi può desumersi che i romani stessi consideravano contratto l'accordo di due o più persone *in una sola volontà (in idem placitum consensus)* (101), rivolto a creare un rapporto giuridico obbligatorio, salvo però che da tale accordo facevano sorgere un'azione solo ove esso fosse fondato sopra una *causa civilis*.

Quanto al momento in cui il contratto si perfeziona ove venga concluso fra assenti, si è avuto, nella dottrina pandettistica, un vivo dibattito. Secondo alcuni il contratto si perfeziona appena l'accettazione dell'offerta ha avuto luogo, appena cioè è stata manifestata da colui al quale è stata fatta l'offerta. È la cosiddetta *teoria della manifestazione*. Secondo altri invece occorre che la manifestazione della accettazione venga a conoscenza dell'offerente. È la cosiddetta *teoria della conoscenza*. Infine secondo altri ancora non occorre che l'offerente venga a cognizione dell'accettazione, ma basta che l'accettazione gli sia pervenuta in modo da potersi ritenere averne egli presa cognizione. È la cosiddetta *teoria del ricevimento*. La teoria della cognizione è la sola che abbia qualche appoggio nelle fonti (102).

(101) Vedi fr. 1, § 2, Dig. 2, 14. *Ulpianus libro quarto ad edictum*. « Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus ». Cfr. fr. 3, Dig. 50, 12. *Ulpianus libro quarto disputationum*. « Pactum est duorum conventio atque consensus pollicitatio vero offerentis solius promissum ». Sulla teoria dei patti, veggasi MANENTI, *Appunti critici sulla teoria generale dei pacta* (Studi Senesi, Siena 1893), e FERRINI, *La teoria dei pacta* nel Filangieri, XVII, 1, pagg. 65 e segg.

(102) Veramente i testi romani non trattano direttamente questo punto; ma un argomento a favore della tesi accolta viene dedotto dai

Delle molte partizioni dei contratti alcune hanno un valore massimamente storico, altre conservano tutta la loro importanza anche nel diritto moderno. Importanza massimamente storica ha la partizione dei contratti in *stricti iuris* e *bonae fidei*. *Stricti iuris* erano quei contratti il contenuto dei quali era formalmente fissato in modo da non lasciare al giudice arbitrio di sorta nel giudicare circa le obbligazioni da esso sorgenti.

Tali erano tutti gli antichi contratti del *ius civile*; nell'epoca giustiniana sopravvivono soltanto il *mutuum* e la *stipulatio*. *Bonae fidei* per contro erano quei contratti il cui contenuto non era fissato rigorosamente, ma che poteva invece venir determinato dal giudice in base all'apprezzamento delle circostanze di fatto. Questi contratti dovettero il loro riconoscimento al *ius gentium*; pochi in origine essi crebbero sempre in numero; per diritto moderno tutti i contratti sono *bonae fidei*.

Importanza, pure massimamente storica, ha la partizione dei contratti in solenni e non solenni. Contratti solenni erano il *nexum*, la *stipulatio*, la *litterarum obligatio*: contratti che o caddero in disusuetudine nel corso dell'epoca classica, o vennero sempre più perdendo il loro originario carattere. Non solenni erano tutti i contratti consensuali e reali.

Partizioni importanti anche per diritto moderno sono le seguenti:

I. *Contratti unilaterali e bilaterali*. — Questa partizione dei contratti non va confusa colla distinzione, che già abbiamo esaminata, fra negozi giuridici unilaterali e bilaterali. Il negozio giuridico unilaterale è quello che viene posto in essere dalla volontà di una sola parte: per es. il

frammenti nei quali si dichiara nulla la *stipulatio* del sordo, per non potere egli intendere la risposta del debitore alla sua domanda; fr. 4, § 15, Dig. 44, 7; fr. 1 pr., Dig. 45, 1; ULPIANO, 20, 13. I sostenitori della teoria del ricevimento osservano tuttavia che la ragione per cui in questo testo si dichiara nulla la stipulazione, non è tanto riposta nel non aver potuto il sordo aver cognizione della risposta quanto nel non averla affatto udita; il che equivale a non averla ricevuta.

testamento. Il contratto, presupponendo sempre la concorde volontà di due parti, è sempre e necessariamente un negozio giuridico bilaterale. Ma esso vien detto, in senso relativo, unilaterale quando è fonte di obbligazioni per una sola delle parti contraenti. Così, ad esempio, è contratto unilaterale il mutuo poichè da esso scaturisce soltanto l'obbligazione del mutuante, di restituire la somma mutuata; bilaterale è invece la compravendita poichè da essa scaturiscono delle obbligazioni per entrambe le parti contraenti: l'obbligazione cioè del venditore di trasferire la cosa venduta, e quella del compratore di pagarne il prezzo.

II. *Contratti bilaterali perfetti e contratti bilaterali imperfetti.* — Sono bilaterali perfetti quei contratti dai quali, *necessariamente*, scaturiscono delle obbligazioni per le due parti contraenti: tali sono, ad esempio, la locazione, la compravendita. Bilaterali imperfetti sono invece quei contratti dai quali, *necessariamente*, scaturisce una sola obbligazione, per una delle parti, e solo eventualmente (cioè nel concorso di circostanze che possono anche non verificarsi), delle obbligazioni per l'altra parte; tali sono, ad esempio, il mandato ed il comodato. Dal mandato scaturisce *necessariamente* una sola obbligazione: quella del mandatario di eseguire il mandato. Ma eventualmente può sorgere anche una obbligazione del mandante: per esempio l'obbligazione di risarcire i danni subiti dal mandatario in causa della esecuzione del mandato. Lo stesso dicasi del comodato, ecc.

III. *Contratti a titolo oneroso e contratti a titolo gratuito.* — Nel contratto a titolo oneroso l'obbligazione di una delle parti ha sempre la sua causa o in una prestazione ricevuta o in una corrispondente obbligazione assunta dall'altra parte. Così l'obbligazione del venditore, di consegnare la cosa venduta, ha la sua causa nel prezzo versato, o dovuto, dal compratore. L'obbligazione del mutuante di restituire la somma mutuata ha la sua *causa* nel fatto di avere egli antecedentemente ricevuto tale somma a prestito. Nel contratto a titolo gratuito la obbligazione di una delle parti non ha la sua causa in una prestazione già ricevuta

o in una corrispondente obbligazione, ma soltanto nello spirito liberale di colui che si obbliga.

IV. *Contratti obbligatori e contratti reali.* — Obbligatori diconsi i contratti che creano delle obbligazioni. Reali diconsi i contratti che trasferiscono dei diritti reali. Per diritto romano il contratto è, per regola, semplicemente obbligatorio. Per diritto moderno è indifferentemente obbligatorio o reale.

§ 4. *I contratti a favore di terzi* (103).

Per contratto a favore di terzi si intende un contratto col quale le parti contraenti convengono che la prestazione che ne forma oggetto abbia ad essere eseguita ad un terzo rimasto completamente estraneo alla conclusione del contratto stesso. Il diritto romano considerava tali contratti come assolutamente nulli (104) e sia cioè nei rapporti fra le parti che di fronte al terzo. Le ragioni di questa soluzione sono di intuitiva evidenza. Il contratto è, nella sua normale funzione, strumento di acquisto di diritti o di assunzione d'obblighi per le parti che lo pongono in essere. Si contrae per acquistare per sè, e non per altri; poichè, per regola, *ut alii detur nihil interest mea*. Il terzo poi che non ha partecipato al contratto, e che non è stato rappresentato nella conclusione del medesimo, non ha veste alcuna per domandarne l'esecuzione. Convieni anche notare che

(103) Vedi: TARTUFARI, *I contratti a favore di terzi*, Verona, Drucker e Tedeschi, 1889. — PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi secondo il diritto civile e romano*, Innsbruck, 1898, 2ª ediz., Milano, 1912. — HELLWIG, *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, Leipzig, 1899.

(104) Vedi fr. 38, § 17, Dig. 45, 1. *Ulpianus libro quadragensimo nono ad Sabinum*. «Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest; ceterum ut alii detur nihil interest mea. plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cuius nihil interest; poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis».

egli, per regola, neppure saprà del contratto a suo favore conchiuso, e già per questo motivo non si vede la necessità di accordargli un diritto suo proprio. Al rigoroso principio della nullità si arrecaronò tuttavia delle restrizioni, nei rapporti fra le parti, e delle eccezioni in riguardo al terzo.

§ 5. *Restrizioni al principio della nullità fra le parti.*

I giuristi romani riconobbero che sebbene sia vero che nessuno ha, per regola, interesse a concludere contratti a favore di terzi, può tuttavia avvenire che in date circostanze un tale interesse esista. Così è indubbiamente quando colui che si fa promettere una prestazione a favore di un terzo, sia egli stesso, per precedenti rapporti, obbligato a procurarla al terzo stesso (105). In questo caso, già nell'epoca classica, si ammise che il contratto fosse valido fra le parti contraenti (106).

Più tardi poi si formulò una regola generale: il contratto a favore di terzi, si disse, sarà valido, fra le parti, in base ad un qualsiasi interesse che lo stipulante abbia al suo

(105) Vedi fr. 38, §§ 20-24, Dig. 45, 1. « Si stipuler alii, cum mea interesset, videamus, an stipulatio committetur. et ait Marcellus stipulationem valere in specie huiusmodi. is, qui pupilli tutelam administrare coepit, cessit administratione tutori suo et stipulatus est rem pupilli salvam fore. ait Marcellus posse defendi stipulationem valere; *interest enim stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo, si aliter res cesserit.* Si quis insulam faciendam promiserit aut conduxerit, deinde ab aliquo insulam stipulatori fieri stipulatus sit: aut si quis, cum promisisset Titio fundum Maevium daturum aut, si is non dedisset, poenam se daturum, stipulatus a Maevio fuerit fundum Titio datu iri: item si quis id locaverit faciendum quod ipse conduxerit: constat habere eum utilem ex locato actionem. Si quis ergo stipulatus fuerit, cum sua interesset ei dari, in ea erit causa, ut valeat stipulatio. Unde et si procuratori meo dari stipulatus sum, stipulatio vires habebit: et si creditori meo, quia interest mea, ne vel poena committatur vel praedia distrahantur, quae pignori data erant ». Confronta fr. 128, § 2, Dig. 45, 1 e PACCHIONI, op. cit., pagg. 21 e segg.

(106) Vedi la seconda parte del fr. 38, § 17, Dig. 45, 1, sopra trascritto in nota e § 19, *Inst.* III, 19.

adempimento di fronte al terzo (107). Era questa una teoria piuttosto azzardata, e che, nella pratica, poteva dar luogo a difficoltà, poichè, in molti casi, può riescire assai difficile determinare e valutare l'interesse dello stipulante. Provvide pertanto la giurisprudenza, consigliando l'uso della *stipulatio poenae* colla quale, il contraente a favore di terzi, stipulava dal promittente una data somma, a titolo di pena, per il caso in cui la prestazione stipulata a favore del terzo (e che questi non poteva esigere per proprio conto) non gli venisse spontaneamente eseguita dal promittente (108).

Questa *stipulatio poenae* riusciva utile da due diversi punti di vista: anzitutto essa fissava *a priori* l'interesse che lo stipulante aveva all'esecuzione del contratto, e gli ne assicurava il risarcimento per il caso di inadempimento. E, a prescindere da ciò, riusciva poi a rendere quasi certa l'esecuzione al terzo, inquantochè, ove la pena convenuta fosse di un valore superiore a quello della prestazione al terzo, il promittente avrebbe sempre preferito eseguire questa, anzichè esporsi ad incappare in quella.

(107) Cost. 3, § 1, Cod. 8, 38 [39]. *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Isidoro.* « Ut inter absentes verborum obligatio contrahi non potest, ita alteri, cuius iuri subiectus non est, aliquid dari vel restitui, nisi sua intersit, nemo stipulari potest. Cum igitur, defuncta in matrimonio filia tua, superstitis filii nomine partem dimidiam dotis a marito detineri, alteram vero partem nepoti tuo vel, si in rebus humanis non esset, Juliano restitui per pactum convenisse proponas, praeventoque morte nepote etiam stipulationem ad Julianum factam ob absentiam eius non valuisse significes, ac propterea ex persona ac stipulatione tua, qua restitui cuncta iuxta pactorum tenorem provideras, reddi tibi desideres: super stipulatu tuo adi presidem provinciae, ut examinatis partium allegationibus, quantum constituerit, interesse tua, iuxta placiti fidem dotis portionem Juliano restitutam fuisse, ob incertae actionis effectum concludat condemnationem taxatae quantitatis » [a. 290].

(108) Vedi § 19, *Inst.* III, 19. « Alteri stipulari, ut supra dictum est, nemo potest; inventae sunt enim huiusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest... plane si quis velitu hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, nisi ita factum sit, ut comprehensum esset, committetur poenae stipulatio etiam ei cuius nihil interest; poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit eius, sed quae sit quantitas in condicione stipulationis ». Cfr. fr. 38, § 2, Dig. 45, 2, sopra citato.

§ 6. *Eccezioni arretrate al principio della nullità per il terzo.*

Anche in riguardo al terzo, la regola della assoluta nullità, che trovasi espressamente sancita in tanti testi classici (109), subì nel diritto giustiniano varie eccezioni, che ci limiteremo ad enumerare senza entrare in polemiche circa la loro valutazione.

1° Il venditore d'un fondo, già dato in locazione, conveniva col compratore che questi avesse a rispettare la locazione stessa, escludendo l'applicazione del principio romano per cui la vendita risolve la locazione; in base a tale convenzione il conduttore (terzo) poteva esigere dal compratore (promittente) il rispetto della locazione (110).

2° Se un padre, all'atto di costituzione della dote, ne stipulava la restituzione a vantaggio di terze persone, la *stipulatio* era, per diritto classico, nulla. In seguito tuttavia, per opera dei compilatori giustiniani, si ammise che i terzi potessero, in date condizioni (*pro qualitate personarum*) esigerne la restituzione (111).

(109) Vedi GAIO, II, 103, fr. 11, Dig. 44, 7; fr. 73, § 4, Dig. 60, 17; c. 3, Cod. VIII, 38; fr. 110, Dig. 45, 1; c. 3, Cod. VIII, 37; c. 26, Cod. V, 12; c. 1, Cod. IV, 47; fr. 42, Dig. 4, 8; fr. 1, Dig. 49, 14.

(110) Vedi fr. 25, § 1, Dig. 19, 2. *Gaius libro decimo ad edictum provinciale*. « Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactio et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto ». Cost. 9, Cod. IV, 65. *Imp. Alexander A. Aurelio Fusco militi*. « Emptori quidem fundi necesse non est stare colonum cum prior dominus locavit, nisi ea lege emit, verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei quod placuit parere cogitur ».

(111) Vedi fr. 45, Dig. 24, 3. *Paulus libro sexto quaestionum*. « Gaius Seius avus maternus Seiae nepti, quae erat in patris potestate, certam pecuniae quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit et instrumento dotali huiusmodi pactum et stipulationem complexus est: si inter Lucium Titium maritum et Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Seiae uxori vel Gaio Seio avo materno redderetur restituereturque quaero. cum Seius avus maternus statim vita defunctus sit et Seia postea sine culpa sua divorterit vivo patre suo, in cuius potestate est, an et cui actio ex hoc pacto et stipulatione

3° Se il creditore pignoratizio, nell'atto di vendere il pegno, pattuiva il diritto di riscatto a favore del proprietario, questi poteva far valere tale diritto contro il compratore (112).

4° Se il deponente o commodatario di una cosa ne pattuiva la restituzione al proprietario, questi poteva chiederne la restituzione in base al contratto, cioè indipendentemente dalla sua veste di proprietario (113).

§ 7. *Delle cosiddette azioni « adiecticiae qualitatis »* (114).

Abbiamo veduto come tutti i negozi giuridici di acquisto, compiuti dalle persone soggette ad un *pater familias* (c. d.

competat et utrum heredi avi materni ex stipulatu an nepti. respondi in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam, quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur: quod cum ita est, heredi stipulatoris, quandoque divorterit mulier actio competere videtur. sed dicendum est Seiae posse dotem solvi (quamvis actio ei [directo] non competat) ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset. sed permitendum est nepti ex hac avita conventionione, ne commodo dotis defruatur, utilem actionem: favore enim nuptiarum et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est ». Cost. 7, Cod. V, 14. *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Phileto*. « Pater, pro filia dotem datam genero ea prius in matrimonio defuncta nepotibus pactus restitui (licet) his actionem quaerere non potuit, (tamen utilis eis ex aequitate accomodabitur actio) » [a. 294].

(112) Fr. 13 pr., Dig. 13, 7. *Ulpianus libro trigensimo octavo ad edictum*. « Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Julianus et est rescriptum ob hanc conventionem pignoratiticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. [sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere] ».

(113) Vedi Cost. 8, Cod. III, 42. *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Photino*. « Si res tuas commodavit aut deposuit is, cuius precibus meministi, adversus tenentem ad exhibendum vel vindicatione uti potes. Quod si pactus sit, ut tibi restituantur, si quidem ei qui deposuit successisti, jure hereditario depositi actione uti non prohiberis: si vero nec civili nec honorario jure ad te hereditas eius pertinet, intelligis nullam te ex eius pacto contra quem supplicas actionem [stricto jure] habere: (utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depositi actio) » [a. 293]. Bas., lib. XV, tit. 4, XXVIII, II, pag. 178, ed. Heimbach.

(114) *Bibliografia*: MANDRY, *Das gemeine Familiengüterrecht, etc.*, 2 vol., 1871-1876. — BARON, *Die adjecticischen Klagen*, 1882.

personae alieni iuris) producevano i loro effetti direttamente a favore di questi.

Pei negozi giuridici obbligatori invece, in ispecie pei contratti valeva il principio opposto: il *pater familias* non restava per essi obbligato. Questo principio tuttavia, per quanto introdotto a beneficio del *pater familias*, finiva per riuscirgli dannoso; poichè nessuno doveva sentirsi disposto a contrattare con degli schiavi o figli di famiglia in base alla sola fiducia di uno spontaneo riconoscimento delle obbligazioni da questi contratte da parte del padre, o nella speranza del futuro loro diventar liberi o *sui iuris*. Vennero pertanto introdotte delle parziali eccezioni al principio: si ammise che il terzo che avesse contrattato con uno schiavo, con un *filius familias*, potesse, entro certi limiti ed a certe condizioni, chiedere l'adempimento del contratto anche al *dominus* o *pater*.

Le azioni che il pretore introdusse a questo fine, vengono chiamate *adiecticiae qualitatis* in quanto, come espressamente spiegano i testi, non si trattava di tenere direttamente obbligato il *pater familias*, ma di accordare ai terzi, entro certi limiti ed a date condizioni, un'azione anche contro di lui: *actio non trasfertur sed adiicitur* (fr. 5, § 1, Dig. 14, 1). Le *actiones adiecticiae qualitatis* sono: l'*actio de peculio, tributaria, de in rem verso, quod iussu, exercitoria, institoria* (115).

(115) Vedi GAI, IV, 70-74. « In primis itaque si jussu patris dominive negotium gestum erit, in solidum praetor actionem in patrem dominumve comparavit; et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servire fidem sequitur. 71. Eadem ratione comparavit duas alias actiones, exercitoriam et institoriam. Tunc autem exercitoria locum abet, cum pater dominusve filium servumve magistrum navi praeponerit, et quid cum eo ejus rei gratia cui praepositus fuerit, (negotium) gestum erit. Cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum et in solidum actionem in eum dari. Quin etiam licet extraneum quisque magistrum navi praeponerit sive servum sive liberum, tamen ea praetoria actio in eum redditur. Ideo autem exercitoria actio appellatur, quia exercitor vocatur is ad quem cottidianus navis quaestus pervenit. Institoria vero formula tum locum habet, cum quis tabernae aut cuilibet negotiationi filium servumve aut quemlibet extraneum sive servum sive liberum praeponerit, et quid cum eo ejus rei gratia cui praepo-

I. ACTIO DE PECULIO. — Il padre di famiglia soleva, come già abbiamo accennato, concedere ai proprii figli (e servi) la libera amministrazione di un certo limitato patrimonio che dicevasi appunto *peculium*. Il *peculium*, a stretto rigore di diritto, restava in proprietà del *pater familias*, e i poteri, relativamente al medesimo, accordati al *filius* (o *servus*) erano puramente *di fatto*. Il pretore peraltro ritenne equo accordare ai terzi che avessero contrattato col *filius* (o col *servus*) nei limiti dell'amministrazione peculiare, un'azione contro il *pater* che aveva concesso il *peculium*, in quanto in tale concessione era implicito un affidamento e, per così dire, una tacita garanzia per i terzi stessi. Questa responsabilità del *pater familias* venne da

situs est, contractum fuerit. Ideo autem institoria vocatur, quia qui tabernae praeponitur, institor appellatur. Quae et ipsa formula in solidum est. 72. Praeterea tributaria quoque actio in patrem dominumve constituta est, cum filius servusve in peculiari merce sciente patre dominove negotietur. Nam si quid ejus rei gratia cum eo contractum fuerit, ita praetor jus dicit, ut quidquid in his mercibus erit quoque inde receptum erit, id inter patrem dominumve, si quid ei debetur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur. (Seguono 21 righe illeggibili). 73. Cum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante deducitur quod patri dominove quique in ejus potestate sit, a filio servove debetur, et quod superest, hoc solum peculium esse intellegitur. Aliquando tamen id quod ei debet filius servusve qui in potestate patris dominive sit, non deducitur ex peculio, velut si is cui debet in huius ipsius peculio sit. 74. Ceterum dubium non est, quin et is, qui jussu patris dominive contraxit cuique exercitoria vel institoria formula competit, de peculio aut de in rem verso agere possit. Sed nemo tam stultus erit ut qui aliqua illarum actionum sine dubio solidum consequi possit, in difficultatem se producat probandi habere peculium eum cum quo contraxerit, exque eo peculio posse sibi satisfieri, vel id quod persequitur in rem patris dominive versum esse. Is quoque cui tributaria actio competit de peculio vel de in rem verso agere potest. Sed huic sane plerumque expedit hac potius actione uti quam tributaria; nam in tributaria ejus solius peculii ratio habetur, quod in his mercibus est quibus negotiatur filius servusve quodque inde receptum erit; at in actione peculii, totius. Et potest quisque tertia forte aut quarta vel etiam minore peculii negotiari, maximam vero partem, peculii in aliis rebus habere; longe magis si potest adprobari, id quod dederit is qui cum filio servove contraxit, in rem patris dominive versum esse, ad hanc actionem transire debet; nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur».

prima riconosciuta soltanto per quei contratti che erano stati conchiusi dal *filius* dopo la concessione del *peculium*; ma, in seguito, questa restrizione venne abbandonata e si ammise l'*actio de peculio* anche pei contratti conchiusi anteriormente (116).

La responsabilità del padre era contenuta entro i limiti del *peculium*, al momento in cui aveva luogo la *condemnatio*. Egli poteva inoltre prelevare dal *peculium* tutto ciò che a lui fosse dovuto *naturaliter* dal figlio o dal servo stesso (117).

L'*actio de peculio* poteva venir intentata, per un anno utile, anche dopo l'estinzione della *patria potestas* (*actio de peculio annalis*) (118).

II. ACTIO TRIBUTORIA (119). — Questa non è che una applicazione particolare dell'*actio de peculio*. Essa aveva

(116) Vedi fr. 18, § 5, Dig. 49, 17. *Maecianus libro primo fidecomisorum*. « Sed nec cogendus est pater aes alienum, quod filius peculii nomine, quod in castris adquisiit, fecisse dicetur, de peculio actionem pati: et, si sponte patiat, ut quilibet defensor satisfacere filium in solidum, non peculio tenus defendere debet, sed et eius filii nomine non aliter movere actiones potest, quam si satis dederit eum ratam rem habiturum »; fr. 42, Dig. 15, 1. *Ulpianus libro duodecimo ad edictum*. « In adrogatorem de peculio actionem dandam quidam recte putant, quamvis Sabinus et Cassius ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam existimant »; fr. 27, § 2, Dig. 15, 1. « Si servus alienatus sit, quamvis in eum, qui alienaverit, intra annum praetor de peculio actionem polliceatur, tamen nihilo minus et in novum dominum actio datur, et nihil interest, aliud apud eum adquisierit peculium an quod pariter cum eo emerit vel ex donatione acceperit eidem concesserit ». Confronta fr. 5, § 7, Dig. 14, 4; fr. 14, Dig. 3, 5; fr. 49, Dig. 44, 7; fr. 7, Dig. 26, 1; fr. 3, § 5, Dig. 15, 1.

(117) Vedi fr. 30 pr., Dig. 15, 1. *Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum*. « Quaesitum est, an teneat actio de peculio, etiamsi nihil sit in peculio cum ageretur, si modo sit rei iudicatae tempore. Proculus et Pegasus nihilo minus teneri aiunt: intenditur enim recte, etiamsi nihil sit in peculio. idem et circa ad exhibendum et in rem actionem placuit, quae sententia et a nobis probanda est ». Cfr. fr. 7, § 11, Dig. 42, 5, fr. 53, Dig. 24, 3; fr. 47, § 2, Dig. 15, 1.

(118) Vedi fr. 9, § 6, Dig. 15, 1 e fr. 9 pr., e fr. 52, eod. Vedi S. SOLAZZI, *Studi sull'actio de peculio*, nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, annate XVII-XX.

(119) Vedi fr. 1 pr., e §§ 1-3, Dig. 14, 4. *Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum*. « Huius quoque edicti non minima utilitas est, ut dominus,

luogo quando il figlio o lo schiavo, col consenso del *pater familias*, si fossero serviti del *peculium* per esercitare un'industria od un'azienda commerciale, trovandosi poi nella impossibilità di far fronte agli impegni assunti. In tale ipotesi aveva luogo una specie di concorso dei creditori con proporzionale divisione fra di essi del patrimonio peculiare.

L'*actio tributoria* era in sostanza un'azione *de peculio*, poichè i creditori agivano con essa contro il *pater familias* entro i limiti del *peculium*. Ma mentre coll'*actio de peculio* ciascuno di essi agiva per proprio conto, e chi prima arrivava poteva essere totalmente soddisfatto a preferenza degli altri, coll'*actio tributoria* invece si apriva una specie di procedura fallimentare (120). Il *pater familias* doveva ripartire l'attivo del peculio proporzionalmente fra tutti i creditori (121). Inoltre, mentre, come abbiamo visto, nel

qui alioquin in servi contractibus privilegium habet (quippe cum de peculio dumtaxat teneatur, cuius peculii aestimatio deducto quod domino debetur fit), tamen, si scierit servum peculiari merce negotiari, velut extraneus creditor ex hoc edicto in tributum vocatur. Licet mercis appellatio angustior sit, ut neque ad servos fullones vel sarcinatores vel textores vel venaliciarios pertineat, tamen Pedius libro quinto decimo scribit ad omnes negotiationes porrigendum edictum. Peculiarem autem mercem non sic uti peculium accipimus, quippe peculium deducto quod domino debetur accipitur, merx peculiaris, etiamsi nihil sit in peculio, dominum tributoria obligat, ita demum si sciente eo negotiabitur. Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem, sed, ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributoria. Potestatis verbum ad omnem sexum, item ad omnes, qui sunt alieno iuri subiecti, porrigendum erit. Non solum ad servos pertinebit tributoria actio, verum ad eos quoque, qui nobis bona fide serviunt, sive liberi sive servi alieni sunt, vel in quibus usum fructum habemus ».

(120) Vedi fr. 6, Dig. 14, 4. *Paulus libro trigensimo ad edictum*. « Non enim haec actio sic ut de peculio occupantis meliorem causam facit, sed aequalem condicionem quandoque agentium »; e confronta fr. 5, § 19, eod.

(121) Vedi fr. 7, §§ 2-5, Dig. h. t. *Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum*. « Si cuius dolo malo factum est, quo minus ita tribueretur, in eum tributoria datur, ut quanto minus tributum sit quam debuerit, praestet: quae actio dolum malum coercet domini. minus autem tri-

caso di vera e propria *actio de peculio* il *pater* poteva prelevare tutto ciò che a lui fosse dovuto *naturaliter* dal figlio o dallo schiavo, nel caso di *actio tributoria* egli non aveva questo beneficio, ma doveva invece concorrere, a pari condizioni, con tutti gli altri creditori.

III. ACTIO DE IN REM VERSO. — Anche l'*actio de in rem verso* è una specie di *actio de peculio*. Essa riguardava l'ipotesi che il *filius familias* o lo schiavo che avevano contratto con dei terzi avessero versato nel patrimonio del *pater familias*, anzichè nel proprio *peculium*, il risultato attivo dei loro contratti (122).

Ai terzi poteva, in tali casi, riuscire del tutto illusoria la concessione della vera e propria *actio de peculio*, e perciò si ammise che essi potessero agire contro il *pater familias*, oltre ai limiti del *peculio*, per l'ammontare cioè del suo arricchimento (123). Quest'azione era assai vantag-

buere videtur etiam si nihil tributum sit. si tamen ignorans in merce servum habere minus tribuit, non videtur dolo minus tribuisse, sed re comperta si non tribuat, dolo nunc non caret. proinde si sibi ex ea merce solvi fecit, utique dolo videtur minus tribuisse. Sed et si mercem perire passus est aut eam avertit aut vilioris data opera distraxit vel si ab emptoribus pretium non exegerit, dicendum erit teneri eum tributaria, si dolus intervenit. Sed et si negaverit dominus cuiquam deberi, videndum erit, an tributariae locut sit: et est verior Labeonis sententia tributariam locum habere: alioquin expediet domino negare. Haec actio et perpetuo et in heredum datur da eo dumtaxat quod ad eum pervenit»; cfr. § 3, *Inst.*, IV, 7.

(122) Vedi fr. 1, Dig. 15, 3.

(123) Vedi fr. 3, §§ 1-2, Dig. 15, 3. *Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum*. « In rem autem versum videtur, sive id ipsum quod servus accepit in rem domini convertit (veluti si triticum acceperit et id ipsum in familiam domini cibariorum nomine consumpserit) aut si pecuniam a creditore acceptam dominico creditori solverit (sed et si erravit in solvendo et putavit creditorem eum qui non erat, aequè in rem versum esse Pomponius libro sexagesimo primo ait, quatenus indebiti repetitionem dominus haberet) sive cum servus domini negotii gerendi administrandive causa quid gessit (veluti si mutuatus sit pecuniam, ut frumentum compararet ad familiam alendam vel si ad vestiendam) sive peculiariter mutuatus postea in rem domini vertit; hoc enim iure utimur, ut, etiamsi prius in *peculium* vertit pecuniam, mox in rem domini esse de in rem verso actio possit. Et regulariter dicimus

giosa pei terzi poichè competeva loro anche quando l'*actio de peculio* fosse prescritta, o quando il *peculio* fosse stato revocato.

IV. ACTIO QUOD IUSSU (124). — Quest'azione competeva al terzo che avesse contratto col *filius familias* (o collo schiavo) in seguito ad autorizzazione del *pater familias*. Questa autorizzazione doveva essere stata impartita di fronte al terzo stesso, sia direttamente, sia per mezzo del *filius* o schiavo (125), e riguardare affari propri del *pater familias*. Il fondamento della obbligazione del *pater familias* di fronte al terzo era qui fondato nella sua stessa volontà, e perciò tale sua obbligazione era illimitata, come se avesse contratto egli stesso.

V. ACTIO EXERCITORIA (126). — Se un armatore (*exercitor navis*) nominava un capitano affidandogli la nave per

totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriolem»; cfr. fr. 5, § 3; 10, §§ 4-7, eod.

(124) Fr. 1, Dig. *h. t.* Confr. GAIIO, IV, 70-74, trascritto a pag. 78.

(125) Vedi fr. 1, §§ 1-7, Dig. 15, 4. *Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum*. « Merito ex iussu domini in solidum adversus eum iudicium datur, nam quodammodo cum eo contrahitur qui iubet. Iussum autem accipiendum est, sive testato quis sive per epistulam sive verbis aut per nuntium sive specialiter in uno contractu iusserit sive generaliter: et ideo et si sic contestatus sit: 'Quod voles cum Stichio servo meo negotium gere periculo meo', videtur ad omnia iussisse, nisi certa lex aliquid prohibet. Sed ego quaero, an revocare hoc iussum antequam credatur possit: et puto posse, quemadmodum si mandasset et postea ante contractum contraria voluntate mandatum revocasset et me certirasset. Sed et si mandaverit *pater familias* videtur iussisse. Sed et si servi chirographo subscripserit dominus, tenetur quod iussu. Quid ergo si fideiusserit pro servo? ait Marcellus non teneri quod iussu: quasi extraneus enim intervenit: neque hoc dicit ideo, quod tenetur ex causa fideiussionis, sed quia aliud est iubere, aliud fideiubere: denique idem scribit, etsi inutiliter fideiusserit, tamen eum non obligari quasi iusserit, quae sententia verior est. Si ratum habuerit quis quod servus eius gesserit vel *filius*, quod iussu actio in eos datur». Cfr. c. 13, Cod. IV, 26; fr. 2, Dig. *h. t.* TEOFILO, *Par.* IV, 7, 1.

(126) Fr. 1, §§ 1-2, Dig. 14, 1. *Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*. «Utilitatem huius edicti patere nemo est qui ignoret. nam

la navigazione (sia che questo capitano fosse persona soggetta alla sua potestà, sia che fosse un estraneo), restava obbligato di fronte ai terzi coi quali il capitano stesso avesse contratto, *nella sfera delle sue attribuzioni*, per il completo ed integrale adempimento dei relativi contratti. I terzi contraenti avevano, in questo caso, la scelta: o di convenire il capitano (ove fosse libero) in base al contratto, o di convenire l'*exercitor* in base alla *praepositio*. A quest'ultimo fine serviva appunto l'*actio exercitoria*.

VI. ACTIO INSTITORIA (127). — Parimente coll'*actio institoria* restava obbligato qualsiasi commerciante che avesse preposto ad un suo negozio un proprio rappresentante (*institor*) nella persona di un proprio schiavo o *filius familias*, o anche di una qualsiasi altra libera persona. I terzi che avessero contratto con questo istitore *nella cerchia degli affari ai quali egli era stato preposto*, non solo potevano (ove fosse libero), agire contro di lui, ma ben anche contro il principale che l'aveva preposto coll'*actio institoria*. Solo pei mutui facevasi una eccezione in quanto si ammetteva che l'istitore fosse autorizzato a contrarli *solo in caso di estrema necessità* (128).

cum interdum ignari, cuius sint condicionis vel quales, cum magistris propter navigandi necessitatem contrahamus, aequum fuit eum, qui magistrum navi imposuit, teneri, ut tenetur, qui institorem tabernae vel negotio praeposuit, cum sit maior necessitas contrahendi cum magistro quam institore. quippe res patitur, ut de condicione quis institoris dispiciat et sic contrahat: in navis magistro non ita, nam interdum locus tempus non patitur plenius deliberandi consilium. *Magistrum navis accipere debemus cui totius navis cura mandata est*». Cod. IV, 25; cfr. fr. 1, § 5, Dig. eod. e fr. 15, 16, Dig. 14, 3.

(127) Dig. 14, 3; Cod. IV, 25.

(128) Vedi c. 1, Cod. IV, 25. *Imp. Antoninus A. Hermeti*. « Servus tuus pecuniam mutuam accipiendo ita demum te institoria actione obligavit, si, cum eum officio alicui vel negotiationi exercendae praeponeres, etiam ut id faceret ei permissum a te probetur quod si ea actio locum non habet, si quid in rem tuam versum probabitur, actione in eam rem proposita cogaris exolvere ». *PP. VIII. K. Sept. duolus Apris cons.* (a. 12). Cfr. fr. 19, § 2, Dig. 14, 3; fr. 7, § 11, Dig. 14, 6. Per l'*actio exercitoriae* vedi fr. 1, § 9, Dig. 14, 1 e fr. 7 pr. e § 1, Dig. eod.

§ 8. Estensione utile delle azioni « institoria »
e « de in rem verso » (129).

Il sistema di azioni esposto nel paragrafo precedente venne, per opera degli ultimi giuristi classici, completato in modo da costituire un buon surrogato per il deficiente sviluppo della così detta rappresentanza diretta. Servirono a questo fine l'*actio quasi institoria* o ad *exemplum institoriae actionis*, e l'*actio de in rem verso utilis*.

1. — La prima di queste due azioni venne concessa a qualsiasi terzo che avesse contratto con un rappresentante altrui entro i limiti dei suoi poteri rappresentativi. Si ammise, in altri termini, che, in tale ipotesi, il terzo contraente potesse agire o contro il rappresentante stesso in base al contratto, oppure contro il rappresentante che avesse autorizzato quest'ultimo a contrarre, in quanto si considerava tale autorizzazione come una *praepositio* per il singolo negozio (130).

(129) Vedi SCHLOSSMANN, *Ueber die sogenannte actio negotiorum gestororum ad exemplum institoriae actionis* (Jahrbücher für die Dogmatik, N. F., XVI, pagg. 287-331). — PACCHIONI, *La negotiorum gestio del terzo contraente* (Annuario critico di giurisprudenza pratica, diretto da P. Cogliolo, 1890). — Vedi ora MITTEIS, *Röm. Privatrecht bis auf Diokletian*. I, pagg. 227 e segg.

(130) Vedi fr. 30 [31] pr., Dig. 3, 5. *Papinianus libro secundo responsorum*. « Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam: cuius litteras creditor secutus contraxit et fideiussor intervenit: etiamsi pecunia non sit in rem eius versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori vel fideiussori, scilicet ad exemplum institoriae actionis ». Fr. 10, § 5, Dig. 17, 1. *Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum*. « Idem Papinianus libro eodem refert fideiussori condemnato, qui ideo fideiussit, quia dominus procuratori mandaverat ut pecuniam mutuam acciperet, utilem actionem dandam quasi institoriam, quia et hic quasi praeposuisse eum mutuae pecuniae accipiendae videatur ». Fr. 13, § 25, Dig. 19, 1. *Ulpianus libro trigensimo secundo ad edictum*. « Si procurator vendiderit et caverit emptori, quaeritur, an domino vel adversus dominum actio dari debeat. et Papinianus libro tertio responsorum putat cum domino ex empto agi posse utili actione ad exemplum institoriae actionis, si modo rem vendendam mandavit: ergo

2. — Che se poi il rappresentante avesse ecceduto i limiti del mandato ricevuto, non per questo restava completamente preclusa al terzo contraente ogni azione contro il rappresentato. La giurisprudenza infatti ammise che egli potesse agire contro il rappresentato valendosi della seconda delle due azioni succitate (*utilis in rem verso actio*), ove potesse dimostrare avere egli risentito un arricchimento a sue spese (131).

Come si vede, se una critica può muoversi alla giurisprudenza romana, non è certo di non aver tentato di risolvere il problema della rappresentanza: ma piuttosto di avere tentato la soluzione da punti di vista molteplici, fondandosi ora sull'*jussus*, ora sulla *praepositio*, ora sull'arricchimento o ora sul concetto della cessione delle azioni, creando così un sistema complicato e non omogeneo (132).

et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere ». Cfr. fr. 16, Dig. 14, 3. *Paulus libro vicensimo nono ad edictum*. « Si cum vilico alicuius contractum sit, non datur in dominum actio, quia vilicus propter fructus percipiendos, non propter quaestum praepositur, si tamen vilicum distrahendis quoque mercibus praepositum habuero, non erit iniquum exemplo institoriae actionem in me competere » e cfr. fr. 19 pr. Dig. eod. *Papinianus libro tertio responsorum*. « In eum qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem praeposuit, utilis ad exemplum institoriae dabitur actio: quod aequè faciendum erit et si procurator solvendo sit qui stipulanti pecuniam promisit ».

(131) I testi sui quali generalmente si fonda questa estensione dell'*actio de in rem verso* sono i seguenti: fr. 9, Dig. 14, 3. *Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*. « Verum si ipse pupillus praeposuerit, si quidem tutoris auctoritate, obligabitur, si minus, non ». Fr. 10 eod. *Gaius libro nono ad edictum provinciale*. « Eatenus tamen dabitur in eum actio, quatenus ex ea re locupletior est » e fr. 15 pr., Dig. 4, 3; fr. 3, Dig. 26, 9. Ma decisiva è solo la c. 7, § 3, Cod. IV, 26. *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Crescenti*. « Alioquin si cum libero rem agente eius cuius praecibus meministi contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit ». Questo passo della costituzione è probabilmente interpolato: la concessione dell'*actio de in rem verso utilis*, quanto meno in caso di rappresentanze, senza mandato, sarebbe quindi giustiniana.

(132) Vedi ora MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf Diokletian*, vol. I, pagg. 224 e segg.

§ 9. Dei modi di rafforzare le obbligazioni sorgenti da contratto.

L'obbligazione assunta contrattualmente può venire rafforzata mediante arra, pena convenzionale, e giuramento.

I. *Arrha*. — L'arra è di due specie: o consiste cioè nella dazione di una somma di danaro, o di altra cosa, allo scopo di constatare materialmente la convenzione (*ut evidentius probari possit convenisse*); oppure consiste nella dazione di una somma di danaro, o di altra cosa, allo scopo di impegnarsi alla conclusione di un contratto. Nel primo caso si parla, nella scuola, di *arrha pacto perfecto data*, nel secondo di *arrha pacto imperfecto data* (133). L'*arrha pacto perfecto data* va restituita, o imputata, a seconda che il contratto, a conferma del quale venne data, sia stato, per volontà delle parti, risolto, oppure eseguito (134). L'*arrha*

(133) Vedi pr. *Inst.*, III, 23. « 'Emptio et venditio contrahitur, simulque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit' ac ne arra quidem data fuerit. nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae'. sed haec quidem de emptionibus et venditionibus, quae sine scriptura consistunt, optinere oportet: nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est. in his autem quae scriptura conficiuntur non aliter perfectam esse emptionem et venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus absoluta. donec enim aliquid ex his deest, et poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione. ita tamen impune recedere eis concedimus, nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum: hoc etenim subsequuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est »; e cfr. LEONHARD nella Pauly-Wissowa, *Real Encyclopädie der klass. Alterthumwissenschaften* s. v. *arrha*.

(134) Vedi fr. 11, § 6, Dig. 19, 1. « Is qui vina emit arrae nomine certam summam dedit: postea convenerat, ut emptio irrita fieret. Iulianus ex empto agi posse ait, ul arra restituatur, utilemque esse actionem ex empto etiam ad distraendam, inquit, emptionem. ego illud quaero: si anulus datus sit arrae nomine et secuta emptione

pacto imperfecto data va perduta, per chi l'ha data, quando egli si rifiuti di concludere il contratto; e può invece venir richiesta in *duplum* quando sia la controparte, che l'ha ricevuta, che si rifiuti di addivenire alla conclusione del contratto (135).

II. *Pena convenzionale*. — Anche la pena convenzionale è di due specie: o è rivolta cioè a garantire l'adempimento di un contratto validamente concluso, o è solo intesa a determinare alla conclusione di un contratto. Nel primo caso il creditore potrà chiedere l'esecuzione del contratto e, in più, la pena; a meno che nella pena stessa non sia contenuta, per volontà delle parti, la valutazione del danno dal creditore risentito per l'inadempimento (136). Nel

pretioque numerato et tradita re anulus non reddatur, qua actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit et causa finita sit, an vero ex empto agendum sit. et Iulianus diceret ex empto agi posse: certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est anulus»; fr. 5, § 15, Dig. 14, 3. Eccezioni fr. 6, 8, Dig. 18, 3.

(135) 17. Cod. IV, 21: pr. *Inst.*, III, 23; fr. 38, Dig. 23, 2, c. 5; Cod. V, 1. Nel diritto comune si è elaborata una terza specie di arra, la cosiddetta *arra poenitentialis* che viene data da una delle parti contraenti, col patto di poter recedere dal contratto rinunciando alla medesima.

(136) Fr. 115, § 2, Dig. 45, 1. « Item si quis ita stipuletur: 'Si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?'. Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilum dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret, idque defendebat exemplo penos legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. Itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condizione coepit, veluti 'si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?', set ita concepta sit stipulatio: 'Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?' quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur, sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur»; fr. 44, § 6, Dig. 44, 7. Vedi fr. 41, 42, 71, Dig. 17, 2; fr. 122, § 3, Dig. 45, 1; e cfr. fr. 28, Dig. 19, 1. *Iulianus libro tertio ad Urseium Ferozem*. « Praedia mihi vendidisti et convenit, ut aliquid facerem: quod si non fecissem, poenam promisi, respondit: venditor antequam poenam ex stipulatu

secondo caso il creditore non può esigere, in caso d'inadempimento, che il pagamento della pena (137). La pena convenzionale è valida anche quando sia nulla l'obbligazione a rafforzamento della quale è stata stipulata. Essa è un espediente per ottenere sia l'adempimento d'una prestazione già validamente promessa, sia l'assunzione di una valida obbligazione. Una notevole applicazione della pena convenzionale, che ne palesa la vera essenza, si ha in tema di contratti a favore di terzi. La pena convenzionale per altro è nulla quando sia rivolta ad ottenere un fine immorale o altrimenti riprovato dalle leggi (138).

III. *Giuramento*. — Il giuramento era, in Roma, di uso frequente, ma non produceva effetti giuridici. Era dottrina romana che un giuramento non potesse, per regola, rendere valido un contratto che tale non fosse già per sè stesso (139). Alla regola si arrecava un'eccezione nel caso in cui un liberto avesse giurato di eseguire le *operae* promesse al proprio patrono (vedi oltre); un editto imperiale comminava l'infamia al maggiorenne che avesse violato un compromesso giurato (fr. 41, Dig. 2, 4); infine un rescritto imperiale di Alessandro Severo negava la *integrum restitutio* al minore che avesse confermata, mediante giuramento, una vendita (140). Questo rescritto diede luogo

petat, ex vendito agere potest: si consecutus fuerit, quantum poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit: si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso iure ex vendito agere non poteris nisi in id, quod pluris eius interfuerit id fieri».

(137) Nel diritto comune si ammette anche la *mulcta poenitentialis*. Vedi BARON, *Pandekten*, § 365.

(138) Vedi fr. 69, 26, 35, 123, 134, Dig. 45, 1; 61 pr. eod. c. 2, Cod. VIII, 38.

(139) Fr. 7, § 16, Dig. 2, 14. *Ulpianus libro quarto ad edictum*. « Et generaliter quotiens pactum a iure communi remotum est servari hoc non oportet: nec legari, nec jusiurandum de hoc ad actum ne quis agat servandum Marcellus libro secundo digestorum scribit ». C. 5, § 1, Cod. I, 14.

(140) C. 1, Cod. II, 27 [28]. *Imp. Alexander A. Florentino militi*. « Si minor annis viginta quinque emptori praedii cavisti nullam de cetero te esse controversiam facturum, idque etiam iuresiurando corporaliter praestito servare confirmasti, neque perfidiae neque periurii me auctorem futurum sperare tibi debuisti ». D. VI, Kal. Sept.

ad una grave disputa fra i glossatori: Bulgaro sosteneva che solo le vendite annullabili erano, a tenor del rescritto, convalidate mediante giuramento; Martino invece estendeva la convalidazione anche alle vendite nulle: e. g. alle vendite di immobili fatte senza il consenso dell'autorità (c. 3, Cod. II, 45). La disputa venne risolta da Federico Barbarossa colla sua *Authentica sacramenta puberum*, nel senso propugnato da Martino (141).

§ 10. Dei delitti (142).

Per delitto intendesi ogni atto illecito dal quale il diritto positivo fa sorgere una obbligazione. Il delitto si contrappone quindi al contratto, per la sua illiceità, e per ciò che esso è fonte di obbligazione indipendentemente da una volontà a ciò rivolta da parte di chi lo compie.

L'obbligazione sorgente da delitto ha per oggetto la prestazione di una pena, o il risarcimento del danno arrecato. Essa presuppone, per regola, dolo: anche il *damnum iniuria datum* era tuttavia considerato come delitto, sebbene non presupponga che *colpa*.

I delitti si distinguono in *privati* e *pubblici*. Privati sono quei delitti che ledono interessi esclusivamente individuali: pubblici sono quelli che ledono anche un interesse della collettività. Le idee romane circa la distinzione fra delitti pubblici e privati non collimano colle nostre idee moderne. Pei romani il *furto*, l'*ingiuria* e l'*omicidio colposo* erano dei *delitti privati*; non vi era originariamente azione pubblica per reprimerli: da essi non sorgevano che delle azioni private (penali o reipersecutorie). Era questa una conseguenza della men salda organizzazione statale:

(141) Il diritto canonico estese poi la efficacia convalidatoria del giuramento a tutti gli altri atti nulli. Contro questa pericolosa dottrina canonica insorsero tuttavia i giuristi e le legislazioni degli Stati moderni.

(142) *Bibliografia*: FERRINI, *Diritto penale romano*, Milano, 1902. — PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto*, Torino (Estratto dalla Rivista Italiana per le scienze giuridiche, 1900-1901). — MITTEIS, op. cit., I, pagg. 315 e segg.

il residuo di un'epoca in cui dominavano le rappresaglie e la vendetta privata. Nell'epoca imperiale col rafforzarsi dei poteri dello Stato si stabilirono anche delle pene pubbliche. Si ammise allora che colui che era stato vittima d'un delitto avesse la scelta o di agire coll'azione privata per esigere dal colpevole la pena o il risarcimento dei danni, o di promuovere contro di lui un giudizio pubblico per ottenere la punizione (143).

§ 11. Dei quasi-contratti e dei quasi-delitti.

Si suole, nella dottrina romanistica, parlare di quasi-contratti e di quasi-delitti. Questa terminologia è estranea alle fonti romane. Il diritto romano non conosce *quasi-contratti* e *quasi-delitti*: esso si limita a classificare come sorgenti *quasi ex contractu* o *quasi ex delicto* alcune obbligazioni che propriamente non provengono nè da contratto nè da delitto. La teoria del *quasi-contratto* e del *quasi-delitto* è un prodotto della dottrina giuridica postgiustiniana. Noi ci occuperemo, nella parte speciale, delle singole obbligazioni *quasi ex contractu* e *quasi ex delicto*.

(143) Vedi fr. 57 [56], § 1, Dig. 47, 2. « Qui furem deducit ad praefectum vigilibus vel ad praesidem, existimandus est elegisse viam, qua rem persequeretur: et si negotium ibi terminatum et damnato fure recepta est pecunia sublata in simplum, videtur furti quaestio sublata. maxime si non solum rem furtivam fur restituere iussus fuerit, sed amplius aliquid in eum iudex constituerit. sed et si nihil amplius quam furtivam rem restituere iussus fuerit, ipso, quod in periculum maioris poenae deductus est fur, intellegendum est quaestionem furti sublatam esse ». E confronta fr. 93, Dig. eod. *Ulpianus libro trigensimo octavo ad edictum*. « Meminisse oportebit nunc furti plerumque criminaliter agi et eum qui agit in crimen subscribere, non quasi publicum sit iudicium, sed quia visum est temeritatem agentium etiam extraordinaria animadversione coercendam. non ideo tamen minus, si qui velit, poteri civiliter agere »; e fr. 3, Dig. 47, 1. *Ulpianus libro secundo de officio proconsulis*. « Si quis actionem, quae ex maleficiis oritur, velit exsequi. si quidem pecuniariter agere velit ad ius ordinarium remittendus erit nec cogendus erit in crimen subscribere; enimvero si extra ordinem eius rei poenam exerceri velit, tunc subscribere eum in crimen oportebit ».

CAPITOLO VI.

Modificazioni delle obbligazioni.

Sommario: § 1. Obblighi del debitore. — § 2. Del dolo e della colpa. — § 3. Dei gradi della colpa. — § 4. « Culpa in faciendo » e « culpa in omittendo ». — § 5. « Culpa in abstracto » e « culpa in concreto ». — § 6. « Culpa lata dolo aequiparatur ». — § 7. Della validità del « pactum de non praestanda culpa lata ». — § 8. Dei vari gradi e tipi di colpa per la quale si è tenuti nei singoli rapporti obbligatori. — § 9. Della custodia. — § 10. Della responsabilità per la colpa altrui. — § 11. Del caso fortuito. — § 12. Della « vis maior ». — § 13. Della « mora debitoris ». — § 14. Della « mora creditoris ».

§ 1. Obblighi del debitore.

Chi è obbligato, non solo deve adempiere l'obbligazione nel tempo e nel luogo dovuto, ma deve altresì — *pendente obligatione* — contenersi in modo da non rendere impossibile tale suo completo adempimento. Egli è tenuto, in altri termini, ad osservare un certo contegno. Grande importanza hanno a tal riguardo i concetti di *dolo*, *colpa*, *caso fortuito* e *vis maior*, in quanto la impossibilità di adempiere l'obbligazione, in cui il debitore può venirsi a trovare, è necessariamente dovuta all'una o all'altra di queste cause, e in quanto diversi sono gli effetti per il debitore, a seconda che sia dovuta piuttosto all'una che all'altra.

§ 2. Del dolo e della colpa.

Nel linguaggio comune si confonde spesso la colpa col dolo: ma nel linguaggio giuridico a queste due parole corrispondono due concetti nettamente distinti (144). È in dolo

(144) Vedi fr. 68 pr., Dig. 18, 1. *Proculus libro sexto epistularum*. « Si cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses id emptori accessurum esse, existimo te in eligendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere; id est non solum ut a te dolo malus absit, sed etiam ut culpa ». Le origini della distinzione fra dolo e colpa sono piuttosto oscure. Veggasi in proposito PERNICE, *Labeo*, II, pagg. 1-257. — MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, ecc., I, pagg. 315 e segg.

chi compie scientemente ed intenzionalmente un atto lesivo del diritto altrui. È in colpa chi non usa la dovuta diligenza: *culpa est cum a diligente provideri poterit non esset provisum*.

Si ha inadempimento doloso (parziale o totale) di una obbligazione, quando il debitore si è coscientemente e intenzionalmente posto nella impossibilità di adempiere (145). Si ha invece inadempimento colposo quando manca nel debitore la coscienza di porsi nella impossibilità di adempiere.

§ 3. Dei gradi della colpa (146).

La colpa è dunque *mancaza di diligenza*, e siccome la diligenza può essere maggiore o minore, così anche la colpa può venire graduata. Nella dottrina del diritto comune si distinguevano tre gradi di colpa: *culpa lata*, *levis* e *levissima*. Si intendeva per *culpa lata* la mancaza di

(145) Vedi fr. 7, § 7, Dig. 4, 3. *Ulpianus libro undecimo ad edictum*. « Idem Labeo quaerit, si compositum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere ». Fr. 7 pr., Dig. 16, 3. *Ulpianus libro trigensimo ad edictum*. « Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo haberetur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem extensum sequeretur solveris misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret, cui rei pararetur, intempestive misericordiam exercuit, cum posset non suscipere talem causam quam decipere »; fr. 8, § 10, Dig. 17, 1: « Proinde si tibi mandavi, ut hominem emeris, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. sed et si dolo emere neglexisti (forte enim pecunia accepta alii cessisti ut emeret) aut si lata culpa (forte si gratia ductus passus es alium emere), teneberis. sed et si servus quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolus non intervenit nec culpa. non te teneberis nisi ad hoc, ut caveas, si in potestatem tuam pervenerit, te restitutum ». Cfr. fr. 85, § 7, Dig. 45, 1; fr. 50, Dig. 18, 1 e soprattutto la definizione del dolo nel fr. 1, § 2, Dig. 4, 3.

(146) L'opera classica sulla colpa è sempre HASSE, *Die Culpa des römischen Rechtes*, Kiel, 1815, 2^a ed. 1838: ma l'argomento è stato negli ultimi decenni oggetto di studi critici ed esegetici che hanno profondamente spostato i risultati della più antica dottrina, di modo che si è resa necessaria una nuova revisione delle fonti relative.

qualsiasi diligenza: il non intendere ciò che tutti intendono (147); per *culpa levis* si intendeva la mancanza di quella diligenza che è propria di un buon padre di famiglia: il non intendere ciò che intende ogni uomo di media intelligenza e capacità; per *culpa levissima* la mancanza di una speciale diligenza che non è di tutti, e neppure della media degli uomini, ma bensì di singoli individui privilegiati, dotati di speciale intelligenza e di uno spirito critico superiore.

Questa triplice distinzione è solo apparentemente fondata sui testi romani i quali, in realtà, conoscono due soli gradi di *culpa*: la *culpa lata* e la *culpa levis*. I testi che parlano di *culpa levissima* non intendono creare un terzo grado di colpa, ma, o usano il superlativo invece del positivo, oppure si riferiscono semplicemente alla diligenza tecnica che va usata nel compiere certi atti che formano oggetto di speciali professioni, come sarebbe il guidare cavalli, il fare operazioni chirurgiche e vai dicendo.

§ 4. «*Culpa in faciendo*» e «*culpa in omittendo*».

La impossibilità di eseguire la prestazione può essere stata procurata dal debitore o con atti positivi o con omissioni. Di qui la distinzione fra *culpa in faciendo* e *culpa in omittendo*. Questa distinzione aveva grande importanza nel diritto antico (148). Nelle obbligazioni sorgenti

(147) Vedi fr. 213, § 2, Dig. 50, 16. *Ulpianus libro primo regularum*. «*Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt*». Fr. 223, Dig. 50, 16. *Paulus libro secundo sententiarum*. «*Latae culpa finis est non intelligere quod omnes intelligunt*».

(148) V. fr. 91 pr., Dig. 45, 1. *Paulus libro septimo decimo ad Plautium*. «*Si servum stipulatus fuero et nulla mora intercedente servus decesserit: si quidem occidat eum promissor, expeditum est. sin autem neglegat infirmum, an teneri debeat promissor, considerantibus, utrum, quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpa huius nomine tenetur promissor, ita et cum dari promisit, an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur*. Cfr. fr. 7, § 3, Dig. 4, 3; fr. 72, § 5, Dig. 46, 3; fr. 12, Dig. 34, 2; fr. 27, Dig. 20, 1 e PERNICE, *Labeo*, II, pag. 125 e MIRREIS, op. cit., pag. 323.

da *stipulatio certae rei*, si ammetteva che il debitore fosse responsabile solo per inadempimento colposamente determinato con atti positivi (per esempio, uccidendo lo schiavo promesso) e non anche con semplici omissioni, per esempio, per non aver curato lo schiavo promesso.

Nel diritto più recente prevalse, nei *negotia bonae fidei*, la parificazione della *culpa in omittendo* alla *culpa in faciendo* e si ritenne responsabile il debitore per essersi posto nella impossibilità di eseguire la prestazione sia con atti positivi che con omissioni.

§ 5. «*Culpa in abstracto*» e «*culpa in concreto*».

La distinzione della colpa in *culpa lata* e *culpa levis*, è fatta in base ad un criterio astratto. Si confronta cioè la condotta del debitore, in riguardo alla sopravvenuta impossibilità di adempiere, colla condotta che, nel caso suo, avrebbe tenuto un tipo d'uomo ideale, astratto. Se il debitore ha omesso quella diligenza che può ammettersi, avrebbe, nel caso suo, usato qualsiasi altra persona, per quanto poco intelligente, abile e coscienziosa, si dice che è incorso in *culpa lata*. Se ha omesso la diligenza che, nel caso suo, avrebbe usato un buon padre di famiglia, cioè un uomo di media intelligenza e capacità, si dice che è incorso in *culpa levis*. Il criterio misuratore è dunque dato, tanto nell'un caso che nell'altro, da un tipo astratto immaginario, e perciò si usa nella scuola indicare la diligenza, così misurata, come *diligentia in abstracto*. Ma vi è anche un altro modo di misurare la diligenza del debitore; e questo consiste nel ricercare se egli abbia usato, nei rapporti col suo creditore, minore diligenza di quanto possa dimostrarsi essere solito ad usare negli affari suoi propri. Questo modo di misurare la diligenza del debitore si differenzia dal precedente, in quanto mentre il precedente ricorre ad un criterio astratto, questo invece ricorre ad un criterio concreto. E perciò si suole parlare, ove si applica questo secondo metodo, di *culpa in concreto* o, con espressione testuale, di *diligentia quam suis rebus (debitor) adhibere solet*.

§ 6. « *Culpa lata dolo aequiparatur* » (149).

Culpa e *dolus* sono, come abbiamo già detto, concetti ben distinti. Nelle nostre fonti tuttavia troviamo spesso istituita una equiparazione fra la *culpa lata* e il *dolo: culpa lata dolo aequiparatur; culpa lata dolus est* (150).

Bisogna qui anzitutto escludere che i giuristi romani abbiano potuto intendere la parificazione nel senso di una identificazione dei due concetti. La massima *culpa lata dolo aequiparatur* fu essenzialmente *strumentale*. Essa cioè, da una parte, servì ad assicurare una più efficace repressione del dolo; dall'altra rese possibile aggravare la condizione di certi debitori tenendoli responsabili anche per inadempimento colposo mentre, a stretto rigore, non avrebbero potuto esserlo che per inadempimento doloso. Mercè questa equiparazione il sistema della responsabilità venne completato e perfezionato nella teoria, e facilitato nella pratica, poichè la giurisprudenza romana ne fece prudente uso senza mai attribuirle una portata generale.

(149) *Bibliografia*: C. CHR. BURCKHARDT, *Sinn und Umfang der Gleichstellung von dolus und culpa lata in röm. Rechte*, Göttingen, 1885. — DE MEDIO, *Studi sulla « culpa lata » in diritto romano* (estratto dal *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, anno XVII, fasc. I-III). — DE MEDIO, *Valore e portata della regola « magna culpa dolus est »* (estratto dagli *Studi in onore di Carlo Fadda*). — DE MEDIO, *Studi sulla « culpa lata » in diritto romano* (estratto dal *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, anno XVIII, fasc. III-VI). — MITTEIS, op. cit., pagg. 334 e segg.

(150) I testi principali che alludono alla equiparazione sono i seguenti: fr. 29 pr., Dig. 17, 1 « videtur dolo versari, dissoluta enim negligentia prope dolum est »; fr. 7, § 1, Dig. 26, 10 « lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit »; fr. 8, § 3, Dig. 43, 25 « culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit »; fr. 1, § 5, Dig. 44, 7 « magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere »; fr. 5, § 15, Dig. 36, 4 « Dolum accipere debemus et culpam latam »; fr. 7, Dig. 48, 8 « neque in hac lege culpa lata pro dolo accipitur »; fr. 1, § 2, Dig. 47, 4 « sed culpa dolo proxima dolum repraesentat »; fr. 226, Dig. 50, 16 « magna culpa dolus est »; fr. 32, Dig. 16, 3 « latiore culpam dolum esse »; cfr. fr. 7, Dig. eod.; fr. 29, Dig. 17, 1; fr. 23, § 3, Dig. 36, 1.

§ 7. *Della validità del « pactum de non praestanda culpa lata ».*

Quanto si è testè detto, circa il valore della massima *culpa lata dolo aequiparatur*, può servire di guida nella risoluzione del problema assai dibattuto circa la validità del *pactum de non praestanda culpa lata*. I principii relativi alla responsabilità per colpa sono di diritto dispositivo: le parti contraenti possono quindi derogarvi pattuendo nei singoli rapporti obbligatori che pongono in essere una responsabilità maggiore o minore. Ora si domanda: possono le parti pattuire che il debitore non abbia a rispondere per la *culpa lata*?

Che il patto *de non praestanda culpa levis* fosse ritenuto valido è fuori di ogni dubbio (151); e così è pure fuori di ogni dubbio che nullo era invece considerato il patto *de non praestando dolo*. I testi in proposito sono espliciti (152). Ma del patto *de non praestanda culpa lata* le fonti non parlano. Alcuni autori hanno quindi pensato di risolvere la questione in base alla massima: *culpa lata dolo aequiparatur*. Questa dottrina non ci sembra accettabile: anzitutto perchè la massima *culpa lata dolo aequiparatur* non va, a nostro avviso, intesa in modo assoluto. Ma inoltre anche per altri e diversi motivi. E infatti, se è vero che il riconoscere valido il *pactum de non praestanda culpa lata*, può talvolta servire di incoraggiamento ai contraenti trascurati e fraudolenti, vero è anche che il riconoscimento della validità di tale clausola può rendere possibili intraprese ardite e rapporti semplici e sicuri (153).

(151) Vedi fr. 23, Dig. 50, 17, trascritto a pag. seguente.

(152) Fr. 27, § 3, Dig. 2, 14. *Paulus libro tertio ad edictum*. « Illud nulla pactione effici potest, ne dolum praestetur: quamvis si quis paciscatur ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit ».

Fr. 17 pr., Dig. 13, 6. *Paulus libro vicensimo nono ad edictum*. « In commodato haec pactio, ne dolum praestetur, rata non est ».

(153) Fr. 6, § 9, Dig. 19, 1. *Pomponius libro nono ad Sabinum*. « Si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset et adiectum sit 'neve eo nomine quid praestaret', aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonae fidei sit ».

§ 8. *Dei vari gradi e tipi di colpa per la quale si è tenuti nei singoli rapporti obbligatori.*

Le fonti romane non ci offrono in riguardo alla colpa da prestarsi nei singoli rapporti obbligatori un sistema semplice ed uniforme. Esse ci presentano un quadro intricato e confuso del quale, solo storicamente, possiamo renderci conto. Anche prescindendo dalla distinzione fra obbligazioni sorgenti da *negotia stricti juris* e *bonae fidei* per la quale, come già abbiamo accennato, aveva grande importanza la distinzione fra *culpa in faciendo* e *culpa in omittendo*, troviamo che le norme relative alla responsabilità per colpa si vennero svolgendo in modo abbastanza indipendente nei singoli rapporti (154).

Vi erano anzitutto dei rapporti obbligatori nei quali la colpa, anche *lata*, non dava, originariamente, luogo a responsabilità di sorta. Tali erano il deposito e il precario. In altri rapporti invece si prestava il dolo e la colpa:

(154) Il testo fondamentale in proposito è il fr. 23, Dig. 50, 17. *Ulpianus libro vicensimo nono ad Sabinum*. «Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: [in his quidem et diligentiam]. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit. ne dolum praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur». Le parole fra parentesi quadre sono forse un glossema. Cfr. GIRARD, *Manuel*, pag. 647, n. 1. Il MITTEIS, op. cit., pag. 324, n. 34, ritiene anche certamente interpolata la menzione del *mandatum* fra i contratti nei quali si sarebbe dovuto prestare anche la colpa e ciò in armonia colla tesi (a nostro avviso più che dubbia) che il mandatario, per tutta l'epoca classica, non fosse tenuto responsabile che per dolo. Il Mitteis, ritiene che tutto il fr. 23 sia stato gravemente interpolato dei compilatori. Contra: PERNICE, *Labeo*, II, 2, pag. 147. Come si sia in proposito, certo è che esso non è esauriente.

tali erano il mandato, il commodato, la vendita, la locazione, ecc. In alcuni casi poi si prestava la *culpa in concreto* invece della *culpa in abstracto*; e questi erano la tutela (155), la comunione (156), la società (157), la gestione dotale (158). Non risulta che i giuristi classici abbiano formulato una teoria generale della colpa: nelle fonti trovasi tuttavia più volte accennato un criterio direttivo che acquistò importanza di dogma nella dottrina del diritto comune. Secondo questo criterio quando il debitore non trae dal rapporto obbligatorio alcun vantaggio lo si considera tenuto soltanto per dolo (e *culpa lata*); quando invece ritrae egli pure un vantaggio lo si considera tenuto anche per la *culpa levis* (159). Sembra poi che la *culpa*

(155) Fr. 1, Dig. 27, 3. Cfr. fr. 10, Dig. 26, 7 e fr. 33 pr., Dig. 26, 7. Cfr. PERNICE, *Labeo*, II, 2, 218 e segg. — MITTEIS, op. cit., I, pag. 332.

(156) Fr. 25, § 16, Dig. 10, 2.

(157) Fr. 72, Dig. 17, 2; § 9, *Inst.*, III, 25.

(158) Fr. 17 pr., Dig. 23, 3.

(159) I principali testi nei quali trovasi accennato il criterio suesposto sono i seguenti: fr. 5, § 2, Dig. 13, 6. *Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*. «Nunc videndum est, quid veniat in commodati actione, utrum dolum an et culpa an vero et omne periculum. et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: *nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolum praestetur solus*: [nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur] — *sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolum et culpam praestetur*». Le parole fra parentesi quadre sono interpolate. Fr. 108, § 12, Dig. 30. *Africanus libro quinto quaestionum*. «Cum quid tibi legatum fidei tuae commissum sit, ut mihi restituas, si quidem nihil praeterea ex testamento capias, dolum malum dumtaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi praestare debere existimavit: *sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contractantis commodum versetur, etiam culpa. sin unius solius, dolum malum tantummodo praestetur*». Fr. 17, § 2, Dig. 19, 5. *Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum*. «Papinianus libro octavo quaestionum scripsit 'Si rem tibi inspiciendam dedi et dicas te perdidisse, ita demum mihi praescripsit verbis actio competit, si ignorem ubi sit: nam si mihi liqueat apud te esse, furti agere possum vel condicere vel ad exhibendum agere. secundum haec, si cui inspiciendum dedi *sive ipsius causa sive*

in concreto fosse considerata come forma attenuata della *culpa levis*: si esonerava cioè, nei casi nei quali si faceva ad essa ricorso, il debitore dalla responsabilità per *culpa levis* (per non avere cioè agito da buon padre di famiglia), se egli riesciva a dimostrare che, anche negli affari suoi propri, non era solito usare tale diligenza. Questo attenuamento della responsabilità si spiega bene considerando che in tutti i casi in cui era ammesso si trattava di debitori che, almeno in origine, gerivano *jure proprio*.

§ 9. Della custodia (160).

Quando una persona è obbligata a consegnare o restituire una cosa, essa è tenuta ad evitare ogni atto per il quale possa trovarsi nella impossibilità di adempiere. Nel linguaggio comune può dirsi che essa è tenuta a custodire la cosa, e anche nelle fonti giuridiche trovasi usata in questo senso la frase: *custodiam praestare*. La *custodia* non è dunque che una forma specifica che, in date contingenze, assume l'obbligo generico del debitore di *praestare diligentiam*, ed è quindi maggiore o minore, *in abstracto* o *in concreto*, a seconda che in un dato rapporto il debitore

utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non; si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit ». Il MITTEIS, op. cit., pagg. 324 e segg., sostiene che nell'epoca classica il principio era che nelle azioni infamanti si prestava solo il dolo mentre in quelle non infamanti si prestava anche la colpa. Conseguentemente sostiene il Mitteis che per tutta l'epoca classica il mandatario e il tutore non erano tenuti che per dolo; salvo che egli ritiene che il dolo venisse inteso così latoamente da abbracciare anche casi nei quali generalmente si parla di negligenza.

(160) Vedi HASSE, *Die Culpa, des römischen Rechtes*, Kiel, 1815. — BARON, *Diligentia exactissima, diligentissimus pater familias oder die Haftung für custodia* (Archiv für die civ. Praxis, vol. 52, pagg. 44 e segg.). — PERNICE, *Labeo*, vol. II, pagg. 339 e segg. — HOLLÄNDER, *Vis maior als Schranke der Haftung nach röm. Recht*, 1892. — LUSIGNANI, *Studi sulle responsabilità per custodia*, Modena, 1902-1904.

debba prestare un maggiore o minore grado di diligenza *in abstracto* o *in concreto* (161).

Ma nelle fonti romane la frase *custodiam praestare* viene usata anche in un secondo senso, più rigoroso o tecnico che dir si voglia, per indicare la responsabilità del debitore per taluni avvenimenti che hanno, in tutto o in parte, reso impossibile l'adempimento della obbligazione, e che avrebbero potuto essere evitati mediante speciali precauzioni. Il *custodiam praestare*, in questo secondo senso, non è più equivalente del *diligentiam praestare*: esso importa responsabilità del debitore per certi casi fortuiti: specialmente per il *furtum* e per il *damnum iniuria datum* da parte di terze persone.

L'obbligo di *praestare custodiam*, in senso tecnico, può venire assunto dal debitore mediante speciale convenzione ed è probabile che solo in tal modo potesse originariamente sorgere una responsabilità per *custodia* (162). In seguito si ammise che in certi casi sorgesse anche indipendentemente da apposita convenzione per la speciale natura del rapporto (163).

Così fu certamente pei *nautae, cauponae e stabularii*, batellieri, albergatori e stallieri in riguardo alle cose ad

(161) Vedi fr. 12 [11], Dig. 18, 6. *Alfenus Varus libro secundo digestorum*. « Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit? respondit, quia sine patris familias culpa fieri potest neque, si servorum neglegentia actum esset, continuo dominus in culpa erit, quam ob rem si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi et diligentes praestare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit »; fr. 3, Dig. 18, 6. *Paulus libro quinto ad Sabinum*. « Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi quibus res commodata est, ut diligentiam praestet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet »; confronta fr. 35, § 4, Dig. 18, 1; fr. 1, § 4, Dig. 44, 7; fr. 5, § 5, Dig. 13, 6; § 5, *Inst.*, III, 24; § 2, *Inst.*, III, 14.

(162) Vedi § 3 a, *Inst.*, III, 23. Cfr. fr. 1, § 35, Dig. 16, 3; fr. 52, § 3, Dig. 17, 2; fr. 14, § 17, Dig. 47, 2; fr. 55, Dig. 19, 2; fr. 5, § 6, Dig. 13, 6.

(163) Vedi § 3, a, *Inst.*, III, 23. « Quod si fugerit homo qui venit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit. idem et in ceteris anima-

essi affidate, in quanto queste persone rispondevano per ogni danno arrecato a tali cose e per il furto delle medesime, indipendentemente da colpa, restando solo liberati in caso di *vis maior* (Dig. 4, 9). Per altri casi le opinioni sono discordi: così per il *fullo*, per il *sarcinator*, ecc. Gli è che i testi relativi parlano genericamente di responsabilità per *custodia*, senza che risulti, in modo sicuro, se intendano la *custodia* in senso comune, cioè come *culpa in custodiendo*, o la *custodia* in senso tecnico (164).

libus ceterisque rebus intellegimus. utique tamen vindicationem rei et conditionem exhibere debet emptori, quia sane, qui rem nondum emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. idem est etiam de furti et de damni iniuriae actione ».

Fr. 40, Dig. 19, 2. *Gaius libro quinto ad edictum provinciale*. « Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat ».

Sembra tuttavia che si facesse distinzione fra l'assunzione contrattuale di *custodia* e l'assunzione di ogni rischio (*omne periculum*).

C. 1, Cod. IV, 23. *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Sisolae*. « Ea quidem, quae vi maiore auferuntur, detrimento eorum quibus res commodantur imputari non solent. sed cum is, qui a te commodari sibi bovem postulabat, hostilis incursionis contemplantationem periculum amissionis ac fortunam futuri damni in se suscepisse proponatur, praeses provinciae, si probaveris eum indemnitate tibi promississe, placitum conventionis implere eum compellet ». D. VI. k. *Iun. ipsis AA. cons.* [a. 290 o 293].

C. 6, Cod. IV, 24. *Imp. Alexander A. Trophimae*. « Quae fortuitis casibus accidunt, cum praevideri non potuerant, in quibus etiam adgressura latronum est, nullo bonae fidei iudicio praestantur: et ideo creditor pignora, quae huiusmodi causa interiunt, praestare non compellitur nec a petitione debiti submovetur, nisi inter contrahentes placuerit, ut amissio pignoris liberet debitorem ». *PP. id. April. Fusco et Destro cons.*

(164) Lo stato della dottrina è più precisamente il seguente: alcuni, seguendo il Hasse, considerano il *custodiam praestare* come equivalente costante di *diligentiam praestare*, e ritengono come eccezionale il caso del *nauta, caupo, stabularius*. Altri invece, col Baron, considerano sempre il *custodiam praestare*, in senso tecnico, come implicante responsabilità per taluni casi fortuiti (più precisamente per il *furtum* e il *damnum datum*), e ritengono che l'obbligazione di *praestare custodiam* fosse per diritto romano così rigorosamente intesa non solo nel caso del *nauta, caupo, stabularius*, ma in una vasta serie di casi ove si parla di *exactissima diligentia*.

Il Pernice ritiene che nell'epoca antiadrianea si ammettesse l'obbligo di *custodiam praestare* in senso tecnico (cioè responsabilità per

§ 10. Della responsabilità per la colpa altrui (165).

In istretto rapporto colla responsabilità per *custodia* è la responsabilità per colpa altrui. Avviene assai di frequente che il debitore abbia a servirsi, nell'adempimento della sua obbligazione, dell'opera di terze persone. Si domanda allora se egli debba essere tenuto responsabile (ed entro quali limiti, o a quali condizioni) nel caso in cui, per fatto colposo di queste persone, sia divenuto impossibile l'adempimento, o l'esatto adempimento, della sua obbligazione. Il diritto romano, secondo l'opinione che ci sembra più fondata, riteneva che il debitore non fosse, per regola, responsabile per la colpa dei suoi dipendenti o agenti, a meno che non si trovasse egli stesso in colpa, per aver scelto persone incapaci o per non averle debitamente sorvegliate nella bisogna loro affidata (cosiddetta *culpa in eligendo, culpa in vigilando*). Solo in via eccezionale poteva il debitore essere tenuto personalmente responsabile per il fatto colposo dei suoi dipendenti (166). Così era tenuto il preponente per il fatto colposo dell'istitutore, e l'assuntore di un'opera (*locatio conductio operis*) per il fatto colposo dei suoi operai (167).

furtum e *damnum datum*) in una serie numerosa di casi; nell'epoca adrianea il concetto di *custodia*, in senso tecnico (che implicava quella più grave responsabilità), sarebbe stato fuso col concetto di *diligentia* e il *custodiam praestare* venne allora a significare *diligentiam in custodiendo praestare*. Solo in alcuni casi (*caupo, nauta, stabularius horrearius*), per ragioni estrinseche, si sarebbe conservato l'antico concetto di *custodia*. Il Lusignani negli studi citati si era accinto a dimostrare essere la *custodia*, in senso tecnico, invenzione dei compilatori giustiniani. Il lavoro è rimasto incompleto.

(165) Vedi R. J. BURCHARDT, *Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen*, 1861. — WYSS, *Die Haftung für fremde Culpa*, 1867. — GOLDSCHMIDT, *Ueber die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen* (nella *Zeitschrift für Handelsrecht*, vol. XVI).

(166) Cfr. fr. 1, § 2, Dig. 14, 1; fr. 5, 8, Dig. 14, 3; fr. 5, § 3, Dig. 44, 4, e fr. 5, § 10, Dig. 14, 3.

(167) Il testo più importante è il fr. 25, § 7, Dig. 19, 2. « Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius

§ 11. *Del caso fortuito* (168).

Si dice che l'inadempimento della obbligazione è dovuto a caso fortuito quando non proviene da dolo o colpa del debitore. Il caso fortuito non ha dunque caratteristiche sue proprie: non è un *concetto positivo*, ma *negativo*. Se il debitore è obbligato a usare la diligenza di un buon padre di famiglia, si considera come dovuto a caso fortuito l'inadempimento che egli non abbia potuto evitare con tale grado di diligenza; se egli è tenuto a usare una diligenza minore (quella diligenza cioè che ogni uomo sa usare, e che si esige da ognuno) si considera come fortuito anche quell'inadempimento che avrebbe potuto benissimo essere dal debitore evitato usando una maggiore e più oculata diligenza. Lo stesso fatto dunque, di fronte a debitori più o meno rigorosamente tenuti, può essere considerato fortuito o non fortuito (169).

eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest». Vedi un riassunto critico delle varie opinioni sostenute intorno a questo testo DERNBURG, *Pandekten*, II, § 38, n. 8. — WENDT, *Pandekten*, § 231.

(168) *Bibliografia*: FEDERICO MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht*; I. *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorischen Verhältnisse*, Braunschweig, 1853. — NICOLA COVIELLO, *Del caso fortuito, in rapporto alla estinzione delle obbligazioni*, Lanciano, 1875.

(169) La teoria che definisce il caso fortuito negativamente come *non colpa* è ora dominante. Veggansi tuttavia i seguenti testi: fr. 52, § 3, Dig. 17, 2: *Ulpianus libro trigensimo ad Sabinum*: « Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare: ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum acceperit. haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata ». Confronta fr. 2, § 7, Dig. 50, 8: « quia fortuitos casus nullum humanum consilium providere potest »; e fr. 15, §§ 2-4, Dig. 19, 2. « Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductorum aliquid praestare

Quando l'adempimento dell'obbligazione è comunque divenuto impossibile per caso fortuito il debitore resta, per regola, liberato: *casus a nullo praestantur*. Le conseguenze ultime non sono però sempre le medesime; il rischio o pericolo del caso fortuito non è sempre sostenuto in base agli stessi principii. Così, in caso di vendita di cosa certa (*species*), ove questa vada fortuitamente distrutta prima della consegna, il venditore è liberato da ogni sua obbligazione, pur restando il compratore obbligato a pagare il prezzo. In caso di locazione di fondi invece il locatore resta bensì liberato dall'obbligo di prestarne il godimento al conduttore, ma questi alla sua volta è liberato dall'obbligo di pagare il fitto pattuito; qui dunque il rischio è sopportato dal locatore mentre nel caso precedente lo è dal compratore.

§ 12. *Della « vis maior »* (170).

La *vis maior*, o forza maggiore, è costituita da quegli avvenimenti che il debitore non poteva prevedere e contro

debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. idemque dicendum, si exercitus praetereans per lasciviam aliquid abstulit. sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductorum, ut frui possit. Cum quidam incendium fundi allegaret et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: 'Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est'. E confronta fr. 1, § 7, Dig. 16, 3; c. 2, Cod. VII, 21, ove Giustiniano distingue concettualmente il caso fortuito dall'assenza di colpa. Vedi un esame critico delle varie teorie in COVIELLO, op. cit., pagg. 1-55.

(170) *Bibliografia*: GOLDSMIDT, *Das Receptum nautarum* (nella Zeitschrift f. Handelsrecht, vol. III, pagg. 70 e segg. e 331 e segg. e vol. XVI, pag. 328). — EXNER, *Der Begriff der höheren Gewalt* e nella Grünhut's Zeitschrift, vol. X. — HOLLÄNDER, op. cit. — COVIELLO, op. cit.

i quali, ad ogni modo, sarebbe stata vana, da parte sua, qualsiasi precauzione.

Il concetto di *vis maior* è stato elaborato come limite della responsabilità per caso fortuito e, in questa sua funzione, trovasi definito nei testi relativi alla responsabilità dei *nautae, caupones, stabularii* (171). Il *nauta*, il *caupa*, lo *stabularius* rispondono anche dei danni arrecati alle cose loro affidate da terzi, il che, in fondo, equivale a dire che rispondono per certe categorie di casi fortuiti. Essi non rispondono però di tutti i casi fortuiti: non rispondono cioè per i casi fortuiti che cadono sotto il concetto di *vis maior*.

Nella dottrina romanistica molto si è discusso intorno alla *vis maior*. Alcuni scrittori hanno cercato di darne una definizione *positiva*: *vis maior* sarebbero gli accidenti fortuiti naturali imprevisi ai quali non si può resistere: come il terremoto, la grandine e simili; secondo altri sarebbero i casi fortuiti rarissimi, imprevedibili e che costituiscono delle gravi calamità: per esempio, la caduta di un bolide, il riattivarsi improvviso di un cratere spento, il terremoto. Ma queste, e altre simili definizioni, male si accordano coi testi, ed è piuttosto a ritenere che i giuristi romani non

(171) Vedi fr. 3, § 1, Dig. 4, 9. *Ulpianus libro quarto decimo ad edictum*. « Ait praetor: 'nisi restituent, in eos iudicium dabo'. ex hoc edicto in factum actio proficiscitur, sed an sit necessaria, videndum, quia agi civili actione ex hac causa poterit: si quidem merces inter- venerit, ex locato vel conducto: sed si tota navis locata sit, qui con- duxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sint, ait Pomponius depositi agi potuisse. miratur igitur, cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles: nisi forte inquit, ideo, ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto culpa, in deposito dolus dumtaxat praestatur, at hoc edicto omnimodo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit ». Sulla origine della responsabilità assoluta dei *nautae, caupones, sta- bularii*, cfr. LENEL, nella Zeitschrift der Savigny's Stiftung, XIII, pagg. 403 e segg.

definissero la *vis maior* positivamente. Come essi inten- devano per caso fortuito ogni avvenimento che non poteva essere evitato con un dato grado di diligenza, così inten- devano forse per *vis maior* ogni avvenimento che non po- tesse essere evitato neppure usando tutte quelle speciali precauzioni difensive che costituiscono il contenuto della *custodia* in senso tecnico. Questa concezione della *vis maior* aveva il grande vantaggio di lasciar ampio campo all'equo apprezzamento del giudice, il quale poteva, a seconda dei rapporti e delle circostanze del caso, giudicare liberamente se un dato avvenimento fosse, o meno, da considerarsi come *vis maior*.

§ 13. Della « mora debitoris » (172).

Il debitore è in *mora* quando, richiesto dal creditore, non adempie la sua obbligazione: *mora fieri videtur cum postulanti non datur* (Paolo R. S., III, 8, § 4). Occorre però che la non adempienza non sia comunque giustifi- cata. Se vi sono delle circostanze che la scusano, non vi è più *mora*: la *mora* presuppone dunque una certa colpa del debitore, la quale consiste appunto nel non adempiere senza poter addurre un ragionevole motivo di scusa, come, ad esempio, una innondazione, la guerra, la rivoluzione, ecc.

La mancanza di mezzi non è mai considerata come giusto motivo di scusa.

Affinchè abbia luogo *mora*, occorre:

1° Che l'*obligatio* sia civile: *nulla intellegitur mora ibi fieri ubi nulla petitio est* (173).

(172) Vedi MADAI, *Dier Lehre von der Mora*, 1837. — КНИЕР, *Die Mora des Schuldners*, 2 volumi, 1871, 1872. — C. SCUTO, *La Mora del credi- tore*, Catania, 1905.

(173) V. fr. 88, Dig. 50, 17. *Scaevola libro quinto quaestionum*. « Nulla intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est ». Fr. 127, Dig. 45, 1. *Scaevola libro quinto quaestionum*. « Si pupillus sine tutoris aucto- ritate Stichum promittat et fideiussorem dedit, servus autem post moram a pupillo factam decedat, nec fideiussor erit propter pupilli moram obligatus: *nulla enim intellegitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est*. esse autem fideiussorem obligatum ad hoc, ut vivo homine conveniatur vel ex mora sua postea ».

2° Che sia esigibile: cioè non sottoposta a condizioni o a termine.

3° Che il debitore sia stato interpellato a tempo debito (174). Non occorre tuttavia *interpellatio*, ove il debito sia *ex maleficio*, p. e. *ex furto* (*fur semper in mora est*), e, oltre a ciò, l'*interpellatio* si ha per avvenuta ogniquale volta il debitore si sia ad essa sottratto dolosamente (175).

4° Si insegna inoltre da molti che non occorre l'*interpellatio*, quando l'obbligazione è a termine: *dies interpellant pro homine*. Ma i testi romani dicono soltanto che il termine può implicare *mora*. Tutto dipende dunque dalla volontà delle parti, e dalla natura del rapporto obbligatorio (176).

La *mora debitoris* produce i seguenti effetti:

1° Perpetua l'obbligazione del debitore in caso di distruzione fortuita della cosa dovuta, a meno che il debitore non riesca a dimostrare che la cosa sarebbe egual-

(174) Fr. 49, § 3, Dig. 45, 1. « Si promissor hominis ante diem, in quem promisserat, interpellatus sit et servus decesserit, non videtur per eum stesisse ».

(175) Fr. 8, § 1, Dig. 13, 1. « Si ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur. placet tamen id tempus spectandum, quo res umquam plurimi fuit, maxime cum deteriore rem factam fur dando non liberatur: *semper enim moram fur facere videtur* ».

(176) WINDSCHEID, *Pandekten*, § 278, n. 1. — WENDT, *Pandekten*, pag. 545. Fr. 114, Dig. 45, 1. *Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum*. « Si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem steterit, quo minus ea die praestetur, consecuturum me. *quanti mea intersit moram factam non esse* ». Fr. 91, § 3, eodem. « Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. et quidem si effecerit promissor, quo minus solvere possit, expeditum intellectum habet constitutio; si vero moratus sit tantum, haesitatur, an, si postea in mora non fuerit, extinguatur superior mora. et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, *posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo*: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur, et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Iulianus sequitur ». Fr. 49, § 3, eod. Cfr. fr. 32 pr., Dig. 22, 1.

mente perita presso il creditore, qualora gli fosse stata consegnata in tempo debito (177).

2° Pone a carico del debitore moroso la diminuzione di valore subita dalla prestazione in causa della mora stessa; inoltre gli addossa l'obbligo delle *usurae*, *officio iudicis*, e

(177) La regola della perpetuazione dell'obbligazione è contenuta nel fr. 47, § 6, Dig. 30, 1. « Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique aestimationem non deberi: quod ita verum est. *si non post moram factam id evenerit*: potuit enim eum acceptum legatarius vendere ». Per le eccezioni vedi fr. 14, Dig. 16, 3. *Gaius libro nono ad edictum provinciale*. « Si plures heredes extiterint ei qui deposuerit, dicitur, si maior pars adierit, restituendam rem praesentibus: maiorem autem partem non ex numero utique personarum, sed ex magnitudine portionum hereditariarum intellegendam: cautela idonea reddenda. Sive autem cum ipso apud quem deposita est actum fuerit sive cum herede eius et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi debere eum cum quo actum est dixerunt, quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori ». Fr. 12, § 4, Dig. 10, 4. « Si post iudicium acceptum homo mortuus sit, quamvis sine dolo malo et culpa possessoris, tamen interdum tanti damnandus est, quanti actoris interfuerit per eum non effectum, quo minus tunc cum iudicium acciperetur homo exhiberetur: *tanto magis si apparebit eo casu mortuum esse, qui non incidisset, si tam exhibitus fuisset* ». Fr. 20, § 21, Dig. 5, 3. « Restituere autem pretia debet possessor, etsi deperditae sunt res vel deminutae. sed utrum ita demum restituat, si bonae fidei possessor est, an et si malae fidei? et si quidem res apud emptorem existent nec deperditae nec deminutae sunt, sine dubio ipsas res debet praestare malae fidei possessor aut, si recipere eas ab emptore nullo modo possit, tantum quantum in litem esset iuratum, at ubi deperditae sunt et deminutae, verum pretium debet praestari, *quia si petitor rem consecutus esset, distraxisset et verum pretium rei non perderet* ». V. 40 princ. eodem. *Paulus libro vicesimo ad edictum*. « Illud quoque quod in oratione divi Hadriani est, ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petit restituta esset hereditas, interdum durum est. quid enim, si post litem contestatam mancipia aut iumenta aut pecora deperierint? damnari debet secundum verba orationis, *quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea*. et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet: Cassius contra sensit. in praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius. *nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere* ».

del risarcimento di tutti i danni comunque risentiti dal creditore.

Questi effetti della mora possono venir eliminati mediante la così detta *purgatio morae* la quale si opera:

1° Mediante pagamento da parte del debitore o di qualsiasi altra persona (178).

2° Mediante offerta effettiva (cioè *non verbis tantum*) del pagamento, nel luogo e nel tempo dovuto (179).

3° Mediante concessione da parte del creditore di un ulteriore termine.

§ 14. Della « mora creditoris ».

Si ha *mora creditoris* quando il creditore si rifiuta, senza giusto motivo, di ricevere la prestazione che gli è dovuta nel luogo e nel tempo destinato: *stat per creditorem quo minus solvatur*.

Qui però occorre osservare che il creditore ha *diritto di pretendere* la prestazione, ma non è *tenuto a riceverla*, se non quando, implicitamente od esplicitamente, abbia assunto tale obbligo.

Requisiti della *mora creditoris*, sono:

1° Offerta *reale completa, in luogo e tempo opportuno da parte del debitore* (180). Se il creditore deve in qualsiasi modo cooperare all'adempimento, potrà eventualmente bastare anche una semplice offerta verbale.

(178) Fr. 72 princ., Dig. 46, 3. *Marcellus libro vicensimo digestorum*. « Qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine iusta causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. et sane si servus erat in dote eumque optulit maritus et is servus decessit, aut nummos optulit eoque non accipiente muliere perdiderit, ipso iure desinet teneri ».

(179) Fr. 91, § 3, Dig. 45, 1, citato a pag. 108, nota 176.

(180) Fr. 72 pr., Dig. 46, 3, trascritto sopra, nota 178.

2° Rifiuto d'accettazione, non giustificabile, da parte del creditore (181). Spetta al creditore dare la prova che il suo rifiuto era giustificato, per sottrarsi alle conseguenze della *mora*.

Effetti della *mora creditoris*:

1° Il debitore non risponde più che per *dolo e culpa lata*, anche se prima era tenuto per *culpa levis* o *in concreto* (182).

2° Il *periculum* passa al creditore, ove già non fosse a suo carico, e, per vero, anche in caso di obbligazioni di genere, quando sia avvenuta separazione (183).

3° Previo avviso datone al creditore il debitore può liberarsi dell'oggetto dell'obbligazione ed in tal modo, eventualmente, dell'obbligazione stessa. Si è però avuta in proposito una evoluzione di principii (184).

(181) Fr. 37, Dig. 17, 1. *Africanus libro octavo questionum*. « Hominem certum pro te dari fideiussi et solvi: cum mandati agatur, aestimatio eius ad id potius tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debet, et ideo etiamsi mortuus fuerit, nihilo minus utilis ea actio est. aliter in stipulatione servatur: nam tunc id tempus spectatur quo agitur, [nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret, aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet V.] (interpolato?).

(182) Fr. 18 [17], Dig. 18, 6. *Pomponius libro trigesimo primo ad Quintum Mucium*. « Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere coepit, iam non culpam, sed dolum malum tantum praestandum a venditore. quod si per venditorem et emptorem mora fuerit, Labeo quidem scribit emptori potius nocere quam venditori moram adhibitam, sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. quid enim si interpellavero venditorem et non dederit id quod emeram, deinde postea offerente illo ego non acceperim? sane hoc casu nocere mihi deberet. sed si per emptorem mora fuisset, deinde, cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere, aequum est posteriore moram venditori nocere ». Fr. 9, Dig. 24, 3. *Pomponius libro quarto decimo ad Sabinum*. « Si mora per mulierem fuit, quo minus dotem reciperet, dolum malum dumtaxat in ea re, non etiam culpam maritus praestare debet, ne facto mulieris in perpetuum agrum eius colere cogatur: fructus tamen, qui pervenissent ad virum, redduntur ».

(183) Fr. 84, § 3, Dig. 30. « Si cui homo legatus fuisset et per legatarium stetisset, quo minus Stichum, cum heres tradere volebat, acciperet, mortuo Sticho exceptio doli mali heredi proderit ».

(184) Fr. 1, § 3, Dig. 18, 6. « Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra die admensum est:

4° Il debitore ha infine diritto di farsi risarcire le spese e danni subiti in causa della *mora*.

La *purgatio morae creditoris* ha luogo:

1° Mediante accettazione del pagamento od offerta (reale) a riceverlo.

2° Consenso.

effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum. ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: *id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori*». Fr. 8, Dig. 33, 6. *Pomponius libro sexto epistularum*. « Si heres damnatus sit dare vinum, quod in doliis esset, et per legatarium stetit, quo minus accipiat, *periculose heredem facturum, si id vinum effundet*: sed legatarium petentem vinum ab erede doli mali exceptione placuit summoverti, si non praestet id. quod propter moram eius damnum passus sit heres ». Vedi PACCHIONI, *Contratti a favore di terzi*, pag. 71.

CAPITOLO VII.

Garanzie delle obbligazioni.

Sommario: § 1. Della intercessione in generale. — § 2. « Sponsores, fideipromissores, fideiussores ». — § 3. Della fideiussione: requisiti ed effetti. — § 4. Della confideiussione. — § 5. Dell'azione di regresso del fideiussore che ha pagato contro il debitore principale e gli altri fideiussori. — § 6. Del « constitutum debiti alieni ». — § 7. Del mandato qualificato. — § 8. Della intercessione delle donne.

§ 1. Della intercessione in generale.

Abbiamo veduto quali siano i modi di rafforzamento delle obbligazioni. Le obbligazioni possono anche venire garantite. Le garanzie possono essere *personali* o *reali*. Si ha garanzia personale quando una persona diversa dal debitore, ne garantisce l'adempimento, impegnandosi a soddisfarla in sua vece. Si ha garanzia reale quando il debitore, o altri per lui, vincola una cosa propria al creditore, per il soddisfacimento della obbligazione. Le garanzie, personali o reali che siano, presuppongono sempre una obbligazione principale (civile o naturale) alla quale accedono.

Nello svolgimento storico del diritto romano si sono avute molteplici forme di garanzie, dagli arcaici istituti dei *praedes* e dei *vaadimonia*, alle *sponsiones*, *fideipromissiones* e *fideiussiones*, alla *fiducia*, al *pegno* e alla *ipoteca*. Noi tratteremo qui soltanto delle principali forme di garanzia personale, rimandando per le garanzie reali alla trattazione già datane trattando dei diritti reali.

§ 2. « *Sponsores, fideipromissores, fideiussores* » (185).

Nel diritto classico si avevano tre diverse categorie di garanti: gli *sponsores*, i *fideipromissores* ed i *fideiussores* (186).

I principii relativi agli *sponsores* ed ai *fideipromissores*, erano, in generale, i medesimi, salvo che come *sponsores* potevano obbligarsi solo i cittadini romani, mentre come *fideipromissores* potevano validamente fungere anche i *peregrini*. Differenze profonde di trattamento giuridico intercedevano invece fra gli *sponsores* e *fideipromissores*, da una parte, ed i *fideiussores* dall'altra.

Anzitutto l'obbligazione assunta dallo *sponsor* e *fideipromissor* era *personale*, e non passava quindi agli eredi suoi, mentre l'obbligazione assunta dal *fideiussor* era considerata *patrimoniale*, e passava quindi ai suoi eredi.

Lo *sponsor* ed il *fideipromissor* non potevano intervenire che a garanzia di obbligazioni assunte mediante *stipulatio*, il *fedeiussor* poteva invece intervenire a garanzia di qualsiasi obbligazione civile, comunque contratta, e anche a garanzia di una obbligazione naturale.

Infine in riguardo agli *sponsores* e *fideipromissores*, vennero emanate varie leggi, le quali stabilirono:

1° Che più *sponsores* o *fideipromissores* dovessero essere considerati come soci, con reciproco diritto di regresso in caso di pagamento dell'intero debito (*lex Apuleia*).

2° Che essi non potessero venire convenuti che per quote virili.

3° Che, trascorsi due anni dalla prestata garanzia, fossero di pieno diritto liberate (*lex Furia*).

(185) Di proposito prescindiamo dalla discussione del problema storico relativo a queste tre forme di garanzia personale. Veggansi ora specialmente LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio*, Berlin, 1907. — MITTEIS, *Ueber die Herkunft der Stipulatio. Eine Hypothese* (nella Festschrift für E. J. Bekker, Weimar, 1907).

(186) GAIUS, 118-128 e confronta CHARLES APPLETON, *Les lois romaines sur le cautionnement* (nella Zeitschrift für Rechtsgeschichte, XXVI, R. Abth.) e *Nouvelles Observations sur la loi Furia de sponsu* (Mélanges Gérardin, 1907).

4° Che il creditore, per il quale intervenivano, dovesse pubblicamente dichiarare l'ammontare del debito garantito ed il numero degli *sponsores* o *fideipromissores* (*lex Cicereia*).

5° Che infine potessero agire esecutivamente contro il debitore principale per il quale avessero pagato (*lex Publilia*).

Tutte queste disposizioni cessarono di essere in vigore col venir meno della *sponsio* e *fideipromissio*. Nel diritto giustiniano venne accolta soltanto la *fideiussio* e molti testi che *originariamente* si riferivano alla *sponsio* e *fideipromissio* vennero interpolati e riferiti alla *fideiussio*.

§ 3. *Della fideiussione: requisiti ed effetti* (187).

La *fideiussione* è un contratto verbale solenne (188) col quale una persona si obbliga a pagare il debito di un'altra persona, verso il creditore della medesima. La *fideiussione* presuppone quindi l'esistenza di una obbligazione principale civile o naturale, presente o futura, liquida o illiquida. Essa dà luogo ad una obbligazione accessoria, e non può quindi avere oggetto diverso da quella principale. Da ciò discende che il *fideiussore* non può, come dicono i testi, obbligarsi *in duriores* (189), ma bensì solo *in leviores*

(187) *Bibliografia*: GIRTANNER, *Die Bürgschaft nach gemeinen Civilrechte*, Iena, 1850.

(188) Quanto alla forma veggasi §§ 7-8, *Inst.*, III, 20 e cfr. fr. 30, Dig. 45, 1. « Graece fideiussor plerumque ita accipitur: τῆ ἐμῆ πίστει κελεύω, λέγω, θέγω sive βούλομαι sed et si φημι dixerit, pro eo erit, ac si dixerit γέγω. In stipulationibus fideiussorum sciendum est generaliter hoc accipi, ut, quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum: ideoque constat, si quis se scripserit fideiussisse videri omnia sollemniter acta ».

(189) V. fr. 16, § 3, Dig. 46, 1. « Fideiussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur »; e fr. 6, § 2, Dig. eod. « Adhiberi autem fideiussor tam futurae quam praecedenti obligationi potest, dummodo sit aliqua vel naturalis futura obligatio ». — GAIUS, III, 119 e § 1, *Inst.*, III, 20. « In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerit. ac ne illud quidem interest, utrum civilis an

causa, non ostando a ciò il carattere accessorio della sua obbligazione (190). In mancanza di speciali pattuizioni deve ammettersi che l'obbligazione del fideiussore abbia lo stesso contenuto di quella del debitore principale.

Il creditore poteva in origine agire a suo piacimento sia contro il debitore principale che contro il *fideiussore* il quale si trovava quindi ad essere obbligato solidariamente col debitore principale. Da ciò conseguiva che, contestata la lite contro il fideiussore, il debitore principale

'naturalis sit obligatio, cui adiciatur fideiussor, adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui fideiussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi naturaliter debetur'.
Contra fr. 25, Dig. 46, 1.

(190) Fr. 34, Dig. 46, 1. *Paulus libro septuagensimo secundo ad edictum*. « *Hi, qui accessionis loco promittunt, in leviolem causam accipi possunt, in deteriolem non possunt*. ideo, si a reo mihi stipulatus sim, a fideiussore mihi aut Titio, meliolem causam esse fideiussoris Iulianus putat, quia potest vel Titio solvere. quod si a reo mihi aut Titio stipulatus, a fideiussore mihi tantum interrogem, in deteriolem causam acceptum fideiussorem Iulianus ait. quid ergo, si a reo Stichum aut Pamphilum, a fideiussore Stichum interrogem? utrum in deteriolem causam acceptus est sublata electione? an in meliolem, quod et verum est, quia mortuo eo liberari potest? ». Fr. 8, §§ 7-12, eod. « *Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod, si fuerint in duriolem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari: in leviolem plane causam accipi possunt, propter quod in minoem summam recte fideiussor accipietur*. item accepto reo pure ipse ex die vel sub conditione accipi potest: enimvero si reus sub conditione sit acceptus, fideiussor pure, non obligabitur. Si qui Stichum stipulatus fuerit, fideiussorem ita acceperit; 'Stichum aut decem fide tua iubes?', non obligari fideiussorem Iulianus ait, quia durior eius fit condicio, utpote cum futurum sit, ut mortuo Sticho teneatur. Marcellus autem notat non ideo tantum non obligari, quia in duriolem conditionem acceptus est, sed quia et in aliam potius obligationem acceptus est: denique pro eo, qui decem promiserit, non poterit fideiussor ita accipi, ut decem aut Stichum promittat, quamvis eo casu non fit eius durior condicio. Idem Iulianus ait; si is, qui hominem aut decem dari stipulatus fuerat, fideiussorem ita acceperit: 'hominem aut decem, utrum ego velim?', non obligavit eum, quia durior eus condicio facta est. Contra autem si is, qui hominem aut decem, utrum ipse stipulator volet, stipulatus est, recte fideiussorem ita accipiet: 'decem aut hominem, utrum tu voles?' fit enim, inquit, hoc modo fideiussoris condicio melior. Sed et si reum sic interrogavero 'Stichum et Pamphilum?',

restava liberato, e viceversa. Giustiniano, dopo aver abolito l'effetto obbietivo della *litis contestatio* (191), introdusse il così detto *beneficium excussionis* (192), in virtù del quale il *fideiussore* convenuto poteva respingere temporaneamente il creditore, rinviandolo al debitore principale. Solo dopo che questi fosse stato inutilmente escusso poteva il creditore esigere l'adempimento dal *fideiussore*. La *fideiussione*, che, prima di questa riforma, creava una obbligazione semplicemente accessoria, restava così profondamente

fideiussorem 'Stichum aut Pamphilum?', recte interrogem, quia levior fideiussoris condicio est. Pro fideiussore fideiussorem accipi nequaquam dubium est»; e fr. 42, eod. *Iavolenus libro decimo epistularum*. « Si ita fideiussorem accepero: 'quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes?', non obligatur fideiussor, quia in aliam rem, quam quae credita est, fideiussor obligari non potest, quia non, ut aestimatio rerum quae mercis numero habentur in pecunia numerata fieri potest, ita pecunia quoque merce aestimanda est ». Fr. 16, § 1 eod. e § 2. « Sed et si reus, Romae constitutus, Capuae dari promiserit, fideiussor Ephesi, perinde non obligabitur fideiussor, ac si reus sub conditione promississet, fideiussor autem in diem certam vel pure promississet ». Cfr. fr. 70, eod. e GAIUS, III, 126. V. pure fr. 5, *Inst.*, III, 20. « 'Fideiussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur': nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis nec plus in accessione esse potest quam in principali re. 'at ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt'. itaque si reus decem aureos promiserit, fideiussor in quinque recte obligatur: contra vero non potest obligari. item si ille pure promiserit, fideiussor sub conditione promittere potest: contra vero non potest. 'non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur. plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare' ».

(191) C. 28, Cod. VIII, 40 [41] trascritto a pag. 21 nota 29.

(192) Nov. 4, cap. 1. « Si quis igitur crediderit et fideiussorem aut mandatorelem aut sponsorem acceperit, is non primum mox adversus mandatorelem aut fideiussorem aut sponsorem accedat, neque neglegens debitoris intercessoribus molestus sit. sed veniat primum ad eum, qui aurum accepit, debitumque contraxit. Et si quidem inde receperit, ab aliis obstineat (quid enim ei in extraneis erit a debitore completo?); si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit accipere, secundum hoc ad fideiussorem aut sponsorem, aut mandatorelem veniat et ab illo, quod reliquum est, sumat. Cfr. BORTOLUCCI, *La fideiussione nell'Egitto greco-romano* (Bull. dell'Istituto di diritto romano, anno XVII, fasc. IV-VI).

modificata in quanto creava ora una obbligazione non solo *accessoria*, ma bensì anche *sussidiaria*.

Una particolare specie di *fideiussione*, che già nel diritto antigiustiniano funzionava in modo sussidiario, era la cosiddetta *fideiussio indemnitas* colla quale il *fideiussore* si impegnava a prestare, ciò che il creditore non sarebbe riuscito ad ottenere dal debitore principale (193).

Della *fideiussio indemnitas* ci sono attestate nelle fonti altre applicazioni: talvolta il *fideiussor indemnitas* garantiva il creditore per il caso che un altro *fideiussore* del debitore principale non fosse in grado di soddisfare pienamente l'obbligazione invece di questi; tal'altra garantiva il *fideiussore* per il caso di non pagamento da parte del debitore principale.

Nella *fideiussio indemnitas* veniva meno il carattere di *accessorietà*, ed è, per tal motivo, che essa può essere considerata come una stipulazione indipendente, come una specie di embrionale contratto di assicurazione.

§ 4. Della confideiussione.

Quando più *fideiussori* intervenivano a garanzia di un unico debito, essi restavano obbligati in solido, di modo che il creditore poteva agire contro tutti o contro uno solo fra di essi a sua scelta. La solidarietà era qui giuridicamente fondata sul fatto che *una* era la *causa* della obbligazione per tutti i *confideiussori*. Ma, dal punto di vista pratico, questa combinazione poteva dare luogo a incon-

(193) Vedi fr. 116, Dig. 45, 1. *Idem libro quarto quaestionum*. «Decem stipulatus a Titio postea, quanto minus ab eo consequi posses, si a Maevio stipularis, sine dubio Maevius universi periculum potest subire. sed et si decem petieris a Titio, Maevius non erit solutus, nisi iudicatum Titius fecerit. *Paulus notat*: non enim sunt duo rei Maevius et Titius eiusdem obligationis, sed Maevius sub condicione debet, si a Titio exigi non poterit: igitur nec Titio convento Maevius liberatur (qui an debitor sit, incertum est) et solvete Titio non liberatur Maevius (qui nec tenebatur), cum condicio stipulationis deficit, nec Maevius pendente stipulationis condicione recte potest conveniri: a Maevio enim ante Titium excussum non recte petetur».

venienti, ingiustizie e frodi. Intervenne pertanto la legislazione a derogare il principio stabilendo (*epistula Hadriani*) che ogni *confideiussore* che venisse convenuto per la totalità del debito potesse esigere che il creditore dividesse la sua azione fra i vari *confideiussori* presenti e solventi al momento della *litis contestatio* (194).

Oltre a ciò si ammise per opera della giurisprudenza che il *fideiussore* che si prestasse a pagare per intero il debito garantito con altri, potesse esigere dal creditore, prima del pagamento, la cessione delle azioni a lui spettanti contro il debitore principale e contro gli altri *confideiussori* (195).

§ 5. Dell'azione di regresso del fideiussore che ha pagato contro il debitore principale e gli altri fideiussori.

La *fideiussione* non dà per se stessa fondamento ad un'azione di regresso del *fideiussore* che ha pagato contro il debitore principale, o contro gli altri *fideiussori*. Può essere infatti che il *fideiussore* sia in sostanza il vero debitore, o che abbia voluto donare, e, dato ciò, si comprende che ove egli paghi non debba avere azione alcuna di regresso. Ma può anche essere che egli sia invece intervenuto per favore, o per incarico ricevuto dal debitore principale, o per il fatto di trovarsi con lui in rapporti di società, o per rendergli spontaneo aiuto in una difficile contingenza. In tutti questi casi egli avrà azione di regresso

(194) V. GAYO, III, 121, 122, § 4, *Inst.*, III, 20; c. 3, Cod. 4, 18 e cfr. fr. 26, 27, 28, 49, § 1; fr. 51, Dig. 46, 1; fr. 10, § 1; fr. 12, Dig. 46, 6.

(195) V. fr. 17, Dig. 46, 1. *Iulianus libro octagensimo nono digestorum*. «Fideiussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur ei qui solidum solvere paratus est, vendere ceterorum nomina». Fr. 36, Dig. eod. *Iulianus libro quarto decimo ad Plautius*. «Cum is qui et reum et fideiussores habens ab uno ex fideiussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas iam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones». Cfr. fr. 95, § 11, Dig. 46, 3.

di mandato, di società o di gestione d'affari, in quanto dimostri di aver pagato in conformità ai principii che regolano questi rapporti, e osservando il grado di diligenza in essi dovuto (196).

Se poi all'atto del pagamento egli si sia fatto cedere le azioni spettanti al creditore, potrà esercitarle contro il debitore principale e contro i *confideiussori*, salvo sempre il diritto di questi di opporre eccezioni fondate sui relativi rapporti interni.

Il regresso del *fideiussore* presuppone, per regola, che egli sia stato convenuto ed abbia adempito. Ma in via eccezionale egli può agire anche prima, quando il debitore principale si sia, per fatto proprio, posto in condizione di non poterlo poi soddisfare nel momento opportuno (197).

(196) V. § 6, *Inst.*, III, 20. « Si quid autem fideiussor, pro eo solverit eiu recipiendi causa habet cum eo mandati iudicium ».

Fr. 20, § 1, Dig. 17, 1. *Paulus libro undecimo ad Sabinum*. « Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnū pati debet si exigere faeneratam pecuniam non potuit ».

Fr. 21 eod. *Ulpianus libro quadragensimo septimo ad Sabinum*. « Cum mandato alieno pro te fideiusserim, non possum adversus te habere actionem mandati, quemadmodum qui alienum mandatum intuitus spondit, sed si non utique unius, sed utriusque mandatum intuitus id fecerim, habeo mandati actionem etiam adversus te, quemadmodum, si duo mihi mandassent ut tibi crederem, utrumque haberem obligatum ».

Fr. 22 eod. *Paulus libro trigensimo secundo ad edictum*. « Si mandaveri tibi, ut pro me in diem fideiubeas tuque pure fideiusseris et solveris, utilius respondebitur interim non esse tibi mandati actionem, sed cum dies venerit. Item tractatum est, si, cum in diem deberem, mandatu meo in diem fideiusseris et ante diem solveris, an statim habeas mandati actionem, et quidam putant praesentem quidem esse mandati actionem, sed tanti minorem, quanti mea intersit superveniente die solutum fuisse, sed melius est dici interim nec huius summae mandati agi posse, quando nonnullum adhuc commodum meum sit, ut nec hoc ante diem solvam ». Cfr. fr. 29 pr., Dig. 17, 1 e fr. 29, §§ 1, 4 eod.

(197) V. fr. 38, pr., § 1, Dig. 17, 1. *Marcellus libro singulari responsorum*. « Lucius Titius Publio Maevio filio naturali domum communem permisit non donationis causa creditori filii obligare: postea Maevio defuncto relicta pupilla tutores eius iudicem adversus Titium acceperunt et Titius de mutuis petitionibus: quaero, an domus pars, quam

§ 6. Del « *constitutum debiti alieni* ».

La *fideiussione* era l'assunzione di un debito altrui, a titolo di garanzia, nella forma della *stipulatio*. Il *constitutum debiti alieni* (198) era un semplice patto col quale una persona si assumeva di pagare un debito altrui di certa somma di denaro (e in seguito anche di una certa quantità di cose fungibile, o di qualsiasi altra cosa [Giustiniano]), *in un dato giorno*. Il *constitutum debiti alieni* non era necessariamente una garanzia; ma poteva anche servire a tale scopo, e presentava allora grandi analogie colla *fideiussione*, in quanto, al pari di questa, presupponeva l'esistenza di una obbligazione principale, civile o natu-

Titius obligandam filio suo accomodavit, arbitrato iudicis liberari debeat. Marcellus respondit, an et quando debeat liberari, ex persona debitoris itemque ex eo, quod inter contrahentes actum esset, ac tempore, quo res de qua quaereretur obligata fuisset, iudicem aestimaturum: est enim earum specierum iudicialis quaestio, per quam res expediatur, non absimilis illa, quae frequentissime agitari solet, *fideiussor an te prius quam solvat agere possit, ut liberetur* ».

(198) LENEL, nella Zeitschrift der Savigny Stiftung, vol. XV, pagg. 62 e segg. — ROSSELLO, nell'Arch. giuridico, vol. 45, pagg. 1 e segg. Il *constitutum* poteva avere luogo anche per un debito proprio, di qui la distinzione fra *constitutum debiti proprii* e *debiti alieni*. Nel diritto classico v'era un altro istituto analogo al *constitutum*, che venne abolito da Giustiniano, il *receptum argentariorum*: e c. 2, Cod. IV, 18. Vedi § 8, *Inst.*, IV, 6. *Theop. ad L. C.* « In personam quoque actiones ex sua iurisdictione propositas habet praetor, veluti de pecunia constituta, cui similis videbatur recepticia: sed ex nostra constitutione, cum et, si quid plenius habebat, nec in pecuniam constitutam transfusum est, ea quasi supervacua iussa est cum sua auctoritate a nostris legibus recedere. item praetor proposuit de peculio servorum filiorumque familias et ex qua quaeritur, an actor iuraverit, et alias complures ». Si aveva *receptum (argentarii)* quando un banchiere si assumeva di pagare per conto di un proprio cliente un debito di questi verso un terzo. In sostanza questo banchiere si costituiva debitore verso il terzo creditore del suo cliente, di un debito di questo suo cliente. Nelle fonti giustinianee vi sono dei testi che si riferivano al *receptum argentarii* e che sono stati modificati e riferiti invece al *constitutum debiti alieni*: e. g. fr. 27, Dig. XIII, 5. — Veggasi ora la più recente trattazione di O. LENEL, *Das Edictum perpetuum* (2^o verbeserte Auflage), pagg. 127-130.

rale (199). Ma se ne differenziava, peraltro, sotto molti aspetti: precipuamente per ciò che il costituente poteva obbligarsi per un oggetto diverso da quello che costituiva il contenuto dell'obbligazione principale (200), e anche in *duriorem causam*, salvo che in tale ipotesi l'obbligazione sua veniva ridotta all'ammontare del debito principale (201). Oltre a ciò l'azione sorgente dal costituito si prescriveva, nel diritto antigiustiniano, in un anno; questa singolarità venne abolita da Giustiniano (202).

§ 7. Del mandato qualificato.

Il mandato generico di far credito non costituisce, per regola, che un semplice *consilium*, senza effetti giuridici; ma esso diventa obbligatorio quando riguarda una determinata persona e una determinata somma, perchè, in tal caso, può ammettersi che il mandante assuma implicitamente, di fronte al mandatario, il rischio della operazione di credito che l'incarica di compiere (203).

(199) Fr. 1, §§ 1, 6, 8; fr. 3, § 1, Dig. 13, 5. « Ait praetor: 'Qui pecuniam debitam constituit', 'qui' sic accipiendum est 'quaeve', nam et mulieres de constituta tenentur, si non intercesserint ». *Paulus libro secundo sententiarum*. « Idem est et si ei qui bona fide mihi servit constitutum fuerit ». *Paulus libro vicensimo nono ad edictum*. « Si verò mihi aut Titio constitueris te soluturum, mihi competit actio: quod si posteaquam soli mihi te soluturum constituisti, solveris Titio, nihilo minus mihi teneberis ». « Si quis autem constituerit quod iure civili debebat, iure praetorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur, quaeritur: et est verum, ut et Pomponius scribit, eum non teneri, quia debita iuribus non est pecunia quae constituta est ». Cfr. anche il fr. 18, § 1, Dig. 13, 5.

(200) V. fr. 1, § 5, Dig. 13, 5. « An potest aliud constitui quam quod debetur, quaesitum est. sed cum iam placet rem pro re solvi posse, nihil prohibet et aliud pro debito constitui: denique si quis centum debens frumentum eiusdem pretii constituat, puto valere constitutum ».

(201) Mentre in caso di *fideiussio* vi era nullità totale; vedi fr. 8, § 7, Dig. 46, trascritto a pag. 116 nota 190.

(202) V. c. 2, Cod. 4, 18.

(203) V. fr. 12, § 14, Dig. 17, 1. *Ulpianus libro trigensimo quinto ad edictum*. « Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait. plane si ut expectares

Questo mandato viene detto, con terminologia non romana, *mandatum qualificatum*. Il *mandator*, cioè colui che dà il mandato, viene considerato come garante del terzo accreditato presso il mandatario che fa credito. Il *mandatum qualificatum* veniva specialmente adibito quando il garante non era presente e, per tal motivo, non poteva prestare la vera e propria *fideiussione*. Esso se ne differenziava del resto notevolmente in quanto, nei rapporti fra garante e debitore principale, era regolato dai principii del mandato, onde poteva sempre venir revocato finchè non fosse stato eseguito (*re adhuc integra*). Esso si estingueva per morte del mandante e restava valido anche quando non sorgesse l'obbligazione dell'accreditato, per essere egli incapace. Inoltre mentre la *fideiussione* faceva sorgere soltanto obblighi per il *fideiussore*, dal mandato qualificato sorgevano anche degli obblighi nel *mandatario* debitore principale (204). Ma nei rapporti fra *mandator* e terzo garantito valevano in genere gli stessi principii come per la *fideiussione* (205) e così pure nel caso di più *mandatores*, sia nei loro reciproci rapporti che di fronte al debitore principale.

nec argueres debitorem ad solutionem mandavero tibi, ut ei des intervallum periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto omne nominis periculum debere ad mandatorem pertinere ».

(204) V. fr. 6, § 4, Dig. 17, 1. « Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus ».

(205) Vedi tuttavia fr. 28, Dig. 17, 1. *Ulpianus libro quarto decimo ad edictum*. « Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatorem debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere »; e fr. 95, § 10, Dig. 46, 3. « Si mandatu meo Titio pecuniam credidisses, eiusmodi contractus similis est tutori et debitori pupilli: et ideo mandatore convento et damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet, sed et praestare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat, et hoc pertinet tutoris et pupilli debitoris nos fecisse comparisonem: nam cum tutor pupillo tenetur ob id, quod debitorem eius non convenit, neque iudicio cum altero accepto liberatur alter nec, si damnatus tutor solverit, ea res proderit debitori: quin etiam dici solet tutelae contraria actione agendum, ut ei pupillus adversus debitores actionibus cedat ».

§ 8. Della intercessione delle donne.

Il prestar garanzia è un atto al quale le persone di carattere frivolo si lasciano facilmente trascinare, in quanto il rischio ad esso inerente è soltanto eventuale e remoto. Mossi forse da questa considerazione Augusto e Claudio cominciarono col proibire alle mogli di intercedere pei propri mariti; più tardi, — nel 46 d. Cr. —, venne emanato il S. C. Velleiano che estese la proibizione a tutte le donne per ogni *fideiussione* a favore di altre persone: la giurisprudenza infine allargò il contenuto del S. C. in modo da applicarlo anche a qualsiasi specie di garanzia (206).

Lo scopo del senatoconsulto Velleiano era di proteggere la donna contro impegni assunti alla leggera, ma non di toglierle la capacità di disporre dei suoi beni. Anche dopo il S. C. essa poteva pertanto alienare, donare e anche intercedere purchè ciò avvenisse *donandi causa*. Ciò che si voleva evitare era che essa restasse obbligata per essersi illusa sull'importanza dell'atto. Il S. C., del resto, non dichiarava nulle le intercessioni prestate dalla donna, ma autorizzava i magistrati ad accordare alla donna stessa contro il creditore che la convenisse, una *exceptio* (*exceptio senatusconsulti Velleiani*) (207), o di concederle la *in integrum restitutio* (208), ove avesse pagato ignorando di

(206) Sul S. C. Velleiano veggansi specialmente GIDE, *Étude sur la condition privée de la femme dans le droit ancien et moderne*, 2^a ed., 1885. — GRADENWITZ, *Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, Berlin, 1887.

(207) V. fr. 11, Dig. 14, 6.

(208) V. fr. 1, § 2, Dig. 16, 1. «Aequum autem visum est ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, actio daretur: magis enim ille quam creditor mulierem decepit». Fr. 8, § 7 eod. «Quotiens pro debitore intercesserit mulier, datur in eum pristina actio, etsi ille prius acceptilatione liberatus sit quam mulier intercesserit». Fr. 13 eodem. *Gaius libro nono ad edictum provinciale*. «Aliquando, licet alienam obligationem suscipiat mulier, non adiuvatur hoc senatus consulto: quod tum accidit, cum prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipiat. ut ecce si ancilla ob pactionem libertatis expromissore dato post manumissionem id ipsum suscipiat quod expromissor debeat, aut si heredi-

potere, appunto in base al senatoconsulto, non farlo. Ma se essa pagava spontaneamente, e con cognizione di causa, pagava validamente (209).

In base all'interpretazione del senatoconsulto la *exceptio* venne poi, dalla giurisprudenza, negata in molti casi come, ad esempio, quando la donna intercedente avesse ingannato il creditore, o quando avesse prestato garanzia per un creditore minorenni essendo il debitore principale insolvente (210).

Giustiniano infine stabilì che la donna non potesse più sollevare l'*exceptio S. C. Velleiani*, quando, dopo due anni dall'aver prestato garanzia, l'avesse ancora rinnovata (211).

Egli introdusse poi altre due notevoli innovazioni disponendo:

1° Che qualsiasi intercessione, da parte di una donna, dovesse venir fatta in un documento pubblico sottoscritto da tre testimoni (212).

tatem emerit et aes alienum hereditarium in se transcribat, aut si pro fideiussore suo intercedat. De pignoribus prioris debitoris non est creditori nova actione opus, cum quasi Serviana (quae et hypothecaria vocatur) in his utilis sit: quia verum est convenisse de pignoribus nec solutam esse pecuniam. Si sub condicione vel in diem mulier pro alio intercesserit, etiam pendente condicione volenti creditori cum priore debitore experiri actio danda est restitutiva: quo enim bonum est expectare condicionem vel diem, cum in ea causa sit prior iste debitor, ut omnimodo ipse debeat suscipere actionem?». Fr. 14 eod. *Iulianus libro duodecimo digestorum*. «Si mulier contra senatus consultum intercesserit, aequum est non solum in veterem debitorem, sed et in fideiussores eius actionem restitui: nam cum mulieris persona subtrahatur creditori propter senatus consultum, integra causa pristina restituenda est». Vedi c. 9, Cod. 4, 29. *Imp. Gordianus, A. Proculo*. «Quamvis pro alio solvere possit mulier, tamen si praecedente obligatione, quam senatus consultum de intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit eius senati consulti beneficio munitam se ignorans, locum habet repetitio». *P. P. non Iul. Gordiano A. et Aviola cons.*

(209) Vedi c. 9, Cod. IV, 29.

(210) Vedi fr. 2, § 3, Dig. 16, 1; fr. 30 eod.

(211) Vedi fr. 12, Dig. 4, 4. Altre eccezioni sono contenute nei seguenti testi: fr. 12, 17, § 1, Dig. 16, 1; c. 1, Cod. IV, 29; fr. 4, 11, 27, Dig. 16, 1; c. 6, Cod. IV, 29.

(212) Vedi c. 22, Cod. IV, 29.

2° Che qualsiasi intercessione di una donna in favore del proprio marito, comunque prestata, dovesse essere considerata assolutamente nulla (213).

(213) Const. 23, §§ 2-3, Cod. IV, 29. « Ne autem mulieres perperam sese pro aliis interponant, sancimus non aliter eas in tale contractu posse se pro aliis obligare, nisi instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignatus accipiant homines a muliere pro aliis confessionem: tunc etenim tantummodo eas obligari et sic omnia tractari quae de interceptionibus feminarum vel veteribus legibus cauta, vel ab imperiali auctoritate introducta sunt. Sin autem extra eandem observationem mulieres susceperint intercedentes, pro nihili habeatur huiusmodi scriptura vel sine scriptis obligatio tamquam nec confecta nec penitus scripta, nec senatus consultu auxilium impleretur, sed sit libera et absoluta, quasi penitus nulla in eadem causa subsequente » [530]. Sulla interpretazione di questa costituzione si ebbe viva disputa fra i glossatori Bulgaro e Martino. Bulgaro sosteneva che la forma introdotta da Giustiniano era sempre richiesta, e che la sua inosservanza importava sempre nullità *ipso iure*: ma che viceversa le intercessioni fatte con tale forma restavano pur sempre impugnabili dalle donne *ex S. C. Velleiano*, salvi i casi nei quali ciò era già escluso nel diritto anteriore. Secondo Bulgaro dunque la riforma di Giustiniano non riguardava i casi in cui antecedentemente si considerava eccezionalmente valida la intercessione della donna. Martino invece sosteneva che anche le intercessioni riconosciute anteriormente valide dovevano, dopo la riforma di Giustiniano, essere fatte nelle forme da essa prescritte sotto pena di nullità. Vedi in difesa di questa dottrina ARNÒ, *La Legge*, 23, § 3, Cod. *ad S. C. Vell.*, IV, 29, Torino, 1894.

CAPITOLO VIII.

Cessione delle obbligazioni.

Sommario: § 1. Svolgimento storico. — § 2. Cessione volontaria e cessione necessaria. — § 3. Quali obbligazioni non si possano cedere. — § 4. Effetti della cessione.

§ 1. Svolgimento storico (214).

Si insegna generalmente che l'obbligazione romana è, *per sua natura*, personale, e che, per tal motivo, il diritto romano non ammetteva che essa potesse dal creditore venire ceduta ad altri. Nelle fonti trovasi detto soltanto che non esisteva in origine un modo di trasferimento delle obbligazioni, il che sembrerà naturale ad ognuno che consideri come solo in un'epoca di intenso sviluppo commerciale si manifesta l'utilità di trasferire le obbligazioni. Non dunque nella *natura dell'obbligazione* era riposto il principio della sua non trasferibilità, ma piuttosto nella *sua originaria funzione*. Quando, moltiplicatis i rapporti commerciali, si sviluppò il credito e si rese frequente l'opportunità di negoziarne i titoli, allora, anche a Roma, si pensò tosto al modo di rendere trasferibile l'obbligazione. E se i giuristi romani non crearono subito una teoria completa della cessione delle obbligazioni, ma cercarono invece di arrivare alle finalità pratiche cui questa avrebbe servito, valendosi di istituti già esistenti e con ingegnosi espedienti, ciò non fu forse per speciale rispetto che essi sentissero per la *natura personale* dell'obbligazione, ma piuttosto per quell'istinto loro di sfruttare in ogni modo le norme e gli

(214) *Bibliografia*: MÜHLENBRUCH, *Die Lehre von der Cession der Forderungsrechte*, 3ª ed., 1836. — SCHMIDT, *Die Grundlehren der Cession nach römischem Recht dargestellt*, in 2 parti, Braunschweig, 1863-1866. — EISELE, *Die actio utilis des Cessionar's*, 1887. — FERRINI, *Pandette*, pagg. 595 e segg.

istituti già riconosciuti prima di accingersi a crearne di nuovi.

1. — Il primo espediente da essi escogitato fu quello della *delegatio nominis* (215). Suppongasi che Tizio fosse creditore di Caio di 100, e debitore di Sempronio di altrettanti 100, e che, per pagare questo suo creditore, egli volesse cedergli il credito suo verso Caio. Egli non poteva direttamente trasferirglielo, perchè, come Caio ci insegna, non esisteva un negozio giuridico *ad hoc*; si pensò allora che egli invitasse Caio suo debitore di 100 a volersi costituire debitore di quei medesimi 100 verso Sempronio, il quale, bisogna supporre, si tenesse pronto a stipulare. Se Caio aderiva, e Sempronio stipulava da lui, l'operazione era fatta. Tizio cessava di essere creditore di Caio, e tale diventava, in sua vece (in base alla nuova stipulazione che estingueva l'antico debito verso Tizio sostituendovene uno nuovo verso Sempronio) Sempronio. Se poi, come abbiamo supposto nell'esempio fatto, la *delegatio* aveva avuto luogo a titolo di pagamento, si aveva contemporaneamente anche quest'altro effetto: che Tizio restava per essa liberato di fronte a Sempronio. Ma, prescindendo da questo effetto collaterale, quello che più importava si era che Sempronio veniva posto, mediante l'operazione descritta, in una posizione assai simile a quella in cui egli si sarebbe trovato se Tizio gli avesse direttamente ceduto il suo credito verso Caio.

2. — Un secondo espediente al quale i giuristi romani fecero ricorso fu quello della *cognitio* o *procuratio in rem suam*. Riprendendo l'esempio sopra addotto: Tizio, anzichè delegare il proprio debitore Caio a Sempronio, nominava Sempronio stesso suo rappresentante per l'esazione del

(215) V. GAIO, 2, 38. « Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri; quae dicitur novatio obligationis ».

suo credito verso Caio, dispensandolo contemporaneamente dal restituire ciò che egli fosse per ottenere nell'adempimento del mandato, creandolo cioè, come si diceva, *procurator in rem suam*. Anche qui, a stretto rigore, non si verificava cessione del credito, perchè Sempronio poteva bensì agire contro Caio per il pagamento, ma non, *a nome proprio*, bensì come *procurator* di Tizio. Ma essendo egli dispensato dal render conto a Tizio, e potendo cioè, in altri termini, trattenere il riscosso, *di fatto* veniva a trovarsi in una posizione assai simile a quella in cui si sarebbe trovato qualora si fosse direttamente ammessa la cessione.

Questi espedienti presentavano per altro degli inconvenienti pratici, per cui non costituivano che un difettoso surrogato di una vera e propria cessione.

La *delegatio* presupponeva che il debitore ceduto (*delegato*) si prestasse spontaneamente a compiere con il cessionario (*delegatario*) la stipulazione novatoria. Che se egli si rifiutava, come era suo diritto, l'operazione diventava impossibile. Un altro grave inconveniente consisteva poi in ciò: che, avvenuta la novazione, restavano estinti tutti i diritti accessori eventualmente costituiti a garanzia dell'originaria obbligazione del debitore ceduto (*delegato*) verso il creditore cedente (*delegante*), e per ricostituirli a favore del cessionario (*delegatario*) occorreva lo spontaneo concorso dei garanti stessi, il quale poteva anche venir negato (216). E cessavano inoltre gli effetti della *mora* e il decorso degli interessi.

Anche la *procuratio in rem suam* era esposta a pericoli non indifferenti; anzitutto, in conformità ai principii del mandato, il cedente poteva sempre revocarla, fino al momento in cui il *procurator* avesse contestata la lite col debitore ceduto; inoltre, essa si estingueva per la morte del cedente o del cessionario; e infine poteva anche altrimenti essere resa illusoria, per il cessionario, in quanto il

(216) Vedi GAIO, II, 39. « Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri »; e cfr. GAIO, 2, 14, 19, 22; 3, 176; 4, 82, 86.

debitore ceduto poteva sempre liberarsi pagando direttamente al suo creditore.

A questo ultimo inconveniente si pose rimedio collo stabilire che il debitore non potesse più validamente pagare al suo originario creditore tosto che gli fosse stata notificata la *procuratio* avvenuta a scopo di cessione (217). Ma restavano pur sempre quelli sopra accennati, e altri ancora, onde si rendeva opportuno un ulteriore e più radicale provvedimento.

3. — Questo venne per la prima volta attuato da Antonino Pio (218) a favore del compratore di un'eredità, e consistette nella concessione di un *actio utilis* che a questo compratore venne accordata contro i debitori dell'eredità che gli era stata venduta. Non ci è precisamente noto a quali condizioni venisse originariamente subordinata questa *actio utilis* e come fosse concepita la relativa *formula* (219), ma sembra certo che essa prescindeva dal *mandatum agendi* e, in sostanza, si fondava sull'atto di cessione dell'*hereditas*. Il cessionario poteva con essa agire contro il debitore ceduto, *nomine proprio*, ed era al sicuro contro ogni pericolo di revoca; sicchè ben può dirsi, ove più che alle forme ed alle parole si guardi alla realtà delle cose, che quando l'uso di questa *actio utilis* fu generalizzato a favore di qualsiasi cessionario anche a titolo singolare, il che

(217) V. cost. 3 pr., Cod. VIII, 41 [42]. *Imp. Gordianus A. Muciano*. « Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditorum tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen, antequam lis contestetur, [vel aliquid ex debito accipiat, vel debitori tuo denunciaverit], exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere ». Le parole fra parentesi quadre sono interpolate. Cfr. FERRINI, *Pandette*, pag. 597.

(218) Fr. 16 pr., Dig. 2, 14. *Ulpianus libro quarto ad edictum*. « Si cum emptore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet. nam ex quo rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius uti potest ».

(219) Vedi EISELE, op. cit. e FERRINI, *Pandette*, pagg. 598-599.

avvenne, quanto meno, nell'epoca giustiniana (220), l'obbligazione era diventata attivamente trasmissibile anche a titolo singolare (221).

§ 2. Cessione volontaria e cessione necessaria.

Abbiamo visto che la cessione si operava in origine mediante *mandatum agendi*, conferito dal cedente al cessionario colle limitazioni sopra descritte; ma, in seguito, poichè fu messa in evidenza la funzione puramente strumentale di tale mandato, si ammise che essa potesse avere luogo in base ad un semplice accordo di volontà fra cedente e cessionario basato sopra una *giusta causa* (vendita, donazione, legato, e vai dicendo). La cessione operata in tal modo dicevasi volontaria, in quanto era fondata appunto sulla volontà del cedente e del cessionario.

In altri casi la cessione aveva luogo indipendentemente da un negozio giuridico all'uopo spontaneamente concluso fra cedente e cessionario. Questa è la c. d. *cessione necessaria*. Occorre tuttavia in questa ultima ipotesi tenere distinte due possibilità che rappresentano due gradazioni diverse di necessità. Se Tizio, dopo aver venduto lo schiavo Stico a Sempronio, ne resta derubato prima di averne fatta

(220) Cost. 1, Cod. IV, 10. *Imp. Gordianus A. Valeriae*. « Data certae pecuniae quantitate ei cuius meministi in vicem debiti actiones tibi adversus debitorem, pro quo solvisti, dicis esse mandatas et, antequam eo nomine litem contestareris, sine herede creditorem fati munus implesse proponis. quae, si ita sunt, utilis actio tibi competit ». *P. P. v. k. Mai. Attico et Praetextato cons.* [a. 242].

Cost. 2 eod. *Imp. Valerianus et Gallienus A. A. Celso*. « Nominibus in dotem datis, quamvis nec delegatio praecesserit nec litis contestatio subsecuta sit, utilem tamen merito actionem ad similitudinem eius qui nomen emerit dari oportere saepe rescriptum est ». *P. P. XIII, k. Febr. Saeculeri II et Donato cons.* [a. 260].

Cfr. anche cost. 7, Cod. IV, 39. Nella dottrina pandettistica è controverso se la cessione abbia a considerarsi perfetta non appena sia eseguita, indipendentemente dalla successiva notifica, o se tale sia solo a partire da questa. Cfr. DERNBURG, *Pandekten*, II, § 48 e ivi citati.

(221) Le fonti giustiniane conservano naturalmente tracce notevoli della teoria classica del *mandatum agendi*.

la consegna, egli deve cedere al compratore le azioni sorte a suo beneficio in seguito al furto. Se Tizio ha comperato da Caio un oggetto, per mandato avutone da Sempronio, e questo oggetto è stato dolosamente distrutto dal venditore Caio prima della consegna, egli deve cedere a Sempronio l'*actio empti*, che pure era originariamente sorta in testa sua, e colla quale Sempronio potrà ottenere dal venditore il pieno risarcimento. La cessione è in questo caso necessaria, nel senso che Tizio è *tenuto ad eseguirla*, il che non toglie per altro che occorra un atto di sua volontà all'attuazione della medesima (222). Ma di *cessione necessaria* poteva parlarsi anche in un senso più pieno ed assoluto, quando, per sola forza di legge, l'azione sorta per una persona veniva attribuita ad un'altra. In questi casi la cessione era assolutamente necessaria; era il trapasso di una obbligazione da un creditore ad un altro *ope legis* (223).

§ 3. Quali obbligazioni non si possano cedere.

Per regola si può validamente cedere ogni obbligazione, civile o naturale, pura, condizionale, o a termine. Ma la regola subisce eccezioni e restrizioni:

1° Non possono anzitutto cedersi ad alcuno le obbligazioni di indole essenzialmente personale, come è, ad esempio, l'obbligazione di costituire un usufrutto, di prestare gli alimenti, o di eseguire servizi personali. Anche le obbligazioni penali, che vengono fatte valere colle così dette *actiones vindictam spirantes*, non sono cedibili (224).

(222) Vedi e. g. fr. 8, § 10, Dig. 17, 1: «puto sufficere si mihi has actiones cedas ut procuratorem me in rem meam facias»; fr. 25, § 8, Dig. 19, 2; fr. 12, Dig. 42, 1.

(223) Controverso è nella dottrina pandettistica se chiunque abbia diritto di pretendere la cessione di un credito, possa senz'altro agire come cessionario *ex lege* o se ciò sia da ammettersi soltanto in alcuni casi. Cfr. BARON, *Pandekten*, § 249 in fine e FERRINI, *Pandette*, pagine 602-603.

(224) V. fr. 9, § 1; fr. 37, Dig. 38, 1; fr. 13 pr.; fr. 23, Dig. 47, 10; fr. 1, § 8, Dig. 38, 5.

2° Per disposizione positiva di legge, non possono cedersi le obbligazioni litigiose (225).

3° Proibita è inoltre la cessione di qualsiasi obbligazione (226) a persone di rango sociale più elevato e potente (*potentioris*).

4° Non possono cedersi al tutore le obbligazioni che si hanno contro il pupillo (227).

5° Non possono cedersi al figlio i crediti verso il padre del medesimo (228).

6° Secondo una famosa costituzione dell'imperatore Anastasio (*lex Anastasiana*), colui che avesse acquistato un'obbligazione per un prezzo inferiore al valore nominale della medesima, non poteva esigere dal debitore ceduto più di quanto egli stesso aveva pagato a titolo di prezzo, anche quando il venditore avesse dichiarato di voler donare la differenza, o quando si fosse simulata una cessione a titolo di donazione. In entrambi i casi il debitore era dichiarato libero dal suo debito per la parte donata nel primo caso, per il tutto nel secondo (229).

(225) V. Cost. 3 e 5 [4], Cod. VIII, 36 [37].

(226) V. Cost. 2, Cod. II, 13 [14]. Cfr. PAOLO, *R. S.*, V, 12, § 7 e fr. 22, § 2, Dig. 49, 14.

(227) Nov. 72. c. V.

(228) V. fr. 4, Dig. 5, 1; fr. 7, Dig. 44, 7.

(229) Cost. 22, Cod. IV, 35. *Imp. Anastasius A. Eustathio pp.* « Per diversas interpellationes ad nos factas comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare hocque modo diversas personas litigiorum vexationibus adficere, cum certum sit pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, sua vindicare quam ad alios ea transferre velle. 1. Per hanc itaque legem iubemus in posterum huiusmodi conamen inhiberi (nec enim dubium est redemptores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt) ita tamen, ut, si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum eius actiones exercere permittatur, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum est. 2. Exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit, et his, quascumque vel creditori vel is qui res aliquas possidet pro debito seu rerum apud constitutarum munimine ac tuitione acceperit, nec non his, quas in

È controverso a chi spettasse dare la prova dell'esser la cessione avvenuta ad un prezzo inferiore al valore nominale del credito. Dai più si ritiene che spettasse al cessionario il dimostrare che egli aveva acquistato il credito per il suo valore nominale, salvo al debitore ceduto di impugnare, con controprove, le sue asserzioni. Altri invece ritengono che il cessionario potesse senz'altro pretendere l'intero ammontare del credito, e che spettasse invece eventualmente al debitore dare la prova che il prezzo dal cessionario stesso effettivamente pagato era stato inferiore. La costituzione Anastasiana non è chiara in proposito.

§ 4. Effetti della cessione.

Per essere in chiaro circa gli effetti attribuiti nelle fonti alla cessione, bisogna premettere due considerazioni. La prima è che tali effetti non potevano essere gli stessi nel diritto classico, che non ammetteva vera e propria cessione dell'obbligazione, facendo ricorso invece agli espedienti sopra descritti, e nell'epoca giustiniana. La seconda è che tali effetti vanno separatamente studiati nei rapporti fra colui che cedeva il credito (cedente) e il debitore ceduto; poi fra il cedente e colui a favore del quale aveva luogo la cessione (cessionario), e, da ultimo, fra il cessionario e il ceduto.

1. — Nei rapporti fra cedente e ceduto, la cessione non operava originariamente estinzione dell'obbligazione, poichè il *mandatum agendi*, conferito al cessionario, presupponeva

legatarios seu fidecommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictas sunt, pro his fieri necesse sit: nulla etenim tali ratione intercedente redemptor, sicuti superius declaratum est, magis existit, qui alienas pecuniis praestitis subiit actiones. 3. Sin autem per donationem cessio facta est, sciant omnes huiusmodi legi locum non esse, sed antiqua iura esse servanda, ut cessiones tam pro exceptis et specialiter enumeratis quam aliis causis factae seu faciendae secundum actionum, quaecumque cessae sunt vel fuerint, tenorem sine quadam imminutione obtineant». *D. x. k. Aug. Areovinda et Messala conss.* [a. 506]. Cfr. Cost. 23 eodem.

che creditore restasse tuttavia il cedente. Il primo passo nel senso di paralizzare il diritto del creditore cedente di fronte al suo debitore ceduto, lo si ebbe quando si ammise che il debitore, al quale fosse stata notificata la cessione, non potesse più validamente pagare all'originario suo creditore. Questi tuttavia restava ancora creditore, e ciò spiega come egli potesse accettare nuovi garanti e pegni, e come il suo credito si estinguesse *jure confusionis*, nel caso che egli succedesse come erede al suo originario debitore. Ma col consolidarsi della posizione del cessionario era naturale si operasse un'evoluzione del concetto: alla fine si ammise che la cessione, — quanto meno se seguita da notifica al debitore ceduto, — estingueva il credito del cedente verso il ceduto, e gli toglieva quindi, anche prima che il cessionario avesse contestata la lite col ceduto, il diritto di agire contro quest'ultimo.

2. — Anche nei rapporti fra cedente e cessionario si ebbe un corrispondente cambiamento di vedute. Originariamente il cessionario era considerato come un semplice rappresentante del cedente, il quale, anche dopo la cessione, era, formalmente, il vero creditore. Il primo passo, verso un'opposta concezione, si ebbe, anche qui, collo statuire che dopo la *denunciatio* il debitore ceduto non potesse più validamente pagare al creditore originario. Un passo ulteriore e decisivo si ebbe poi quando, concessa l'*actio utilis* al cessionario, si stabilì che il cedente che agisse, per suo conto, contro il debitore ceduto, potesse da questi venire respinto colla *exceptio doli* (230). Il diritto di credito

(230) Vedi fr. 16, Dig. 2, 14. *Ulpianus libro quarto ad edictum*. «Si cum emptore hereditatis pactum sit factum et venditor hereditatis petat, doli exceptio nocet nam ex qui rescriptum est a divo Pio utiles actiones emptori hereditatis dandas, merito adversus venditorem hereditatis exceptione doli debitor hereditarius ut postet». Cfr. fr. 18, Dig. 13, 7. *Paulus libro vicensimo nono ad edictum*. «Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicuius, id quod acceperis erit tibi pignoris».

del cedente era così ridotto ad una vana forma, mentre il cessionario acquistava in riguardo al credito stesso la posizione di titolare (*loco domini*) (231), e poteva disporre a suo talento alienandolo, opponendolo in compensazione, rimettendolo. Per diritto giustiniano può quindi dirsi che, almeno dopo la *denunciatio*, il cedente non è più creditore, e che tale è invece il cessionario.

3. — Quanto ai rapporti obbligatorii sorgenti dalla cessione, fra cedente e cessionario, basterà accennare che dipendono essenzialmente dalla causa della cessione stessa. Se la cessione ha causa onerosa (e. g. vendita), il cedente è tenuto a titolo di evizione, in caso di inesistenza del debito (*nomen verum*), se ha causa lucrativa, no.

Tanto in un caso che nell'altro, egli non risponde, per regola, della bontà del credito (*nomen bonum*).

4. — Nei rapporti fra cessionario e ceduto, la cessione ha per effetto di porre il cessionario nella stessa posizione giuridica in cui si trovava il cedente, nel momento della cessione. Egli potrà quindi valersi, per regola, di tutti i diritti accessori di garanzia e di tutti i privilegi dei quali poteva valersi il cedente, e non potrà invece invocarne di proprii, poichè verrebbe, in tal modo, a peggiorare la condizione del debitore ceduto. Egli dovrà inoltre subire tutte le eccezioni che il debitore ceduto avrebbe potuto far valere contro il creditore originario. In altri termini: l'obbligazione ceduta cambia soggetto, ma resta, per contenuto, quale era prima della cessione.

(231) Vedi fr. 13, § 1, Dig. 2, 14. *Paulus libro tertio ad edictum*. « Sed si in rem suam datus sit procurator, *loco domini habetur*: et ideo servandum erit pactum conventum ».

CAPITOLO IX.

Dei modi di estinzione delle obbligazioni.

Sommario: § 1. Nozioni generali. — § 2. Modi di estinzione formali. — § 3. Del pagamento. — § 4. « Datio in solutum ». — § 5. Del « beneficium competentiae ». — § 6. Del concordato. — § 7. Tempo e luogo del pagamento. Prova del medesimo. — § 8. Dell'imputazione dei pagamenti. — § 9. Della novazione. — § 10. « Animus novandi ». — § 11. La novazione condizionale. — § 12. Estinzione delle garanzie dell'obbligazione novata. — § 13. Delegazione. — § 14. Dell'espromissione. — § 15. Della « litis contestatio ». — § 16. Della compensazione. Cenni storici. — § 17. Requisiti della compensazione secondo il diritto giustiniano. — § 18. In quali casi non sia opponibile la compensazione. — § 19. Altri modi di estinzione « ipso iure ». — § 20. Altri modi di estinzione « ope exceptionis ».

§ 1. Nozioni generali.

Il modo normale e più frequente di estinzione delle obbligazioni è costituito dal loro adempimento, che consiste nella esecuzione della prestazione dovuta. Ma le obbligazioni possono estinguersi in altri modi, che vengono generalmente classificati in base a due distinti criteri, e cioè: o dal punto di vista della loro essenza, o dal punto di vista della loro efficacia.

Dal primo punto di vista si distinguono i modi di estinzione *sostanziali* da quelli *formali*. Sostanziali sono quei modi di estinzione che implicano effettivo soddisfacimento del creditore: il pagamento e i suoi surrogati. Formali sono quelli che estinguono le obbligazioni indipendentemente dal soddisfacimento del creditore.

Dal secondo punto di vista si contrappongono i modi di estinzione che operano *ipso iure*, da quelli che operano *ope exceptionis*. Questa distinzione ha importanza processuale e sostanziale. Dal punto di vista processuale la sua importanza consiste in ciò che i modi di estinzione *ope exceptionis* sono, per regola, efficaci soltanto a condizione di essere fatti valere dal debitore in un determinato mo-

mento (*litis contestatio*), mentre quelli *ipso iure* possono essere invocati in qualsiasi momento del processo (232). Dal punto di vista sostanziale i primi si distinguono dai secondi per essere dei semplici mezzi facoltativi di difesa contro il creditore che faccia valere l'obbligazione, mentre i secondi invece intaccano direttamente l'obbligazione stessa. L'obbligazione estinguibile *ope exceptionis* non resta effettivamente estinta che in quanto il debitore si valga dell'eccezione stessa, e anche può avvenire che un'obbligazione impugnata, *ope exceptionis*, da un debitore perduri in riguardo di altri e anche a suo riguardo p. e. come obbligazione naturale. L'obbligazione estinta *ipso iure* è invece estinta sotto ogni riguardo e di fronte a tutti (233).

§ 2. Modi di estinzione formali.

Modi di estinzione formali erano la *nexi liberatio* e l'*acceptilatio*.

1. La *nexi liberatio* era, in origine, l'atto col quale si estingueva il *nexum*. Abolito il *nexum*, essa divenne una dichiarazione solenne di pagamento che il debitore, in base a certe determinate cause (*legatum per damnationem* o sentenza), faceva colle formalità del *per aes et libram agere* (234), e che aveva per lui effetto liberatorio, indi-

(232) Nella procedura formulare occorre che il convenuto facesse inserire la *exceptio* nella *formula* colla quale il magistrato rimandava la parte al giudice per la sentenza. Occorre dunque che le *exceptiones* fossero fatte valere *in iure*. Nella procedura *extraordinaria*, non essendovi più la distinzione fra lo stadio *in iure* e *in iudicio*, le eccezioni potevano essere fatte valere dal convenuto in qualsiasi momento prima della sentenza, e talvolta anche dopo la sentenza durante l'esecuzione della medesima, ma non potevano essere rilevate d'ufficio dal magistrato. Cfr. WINDSCHEID, *Pandekten*, § 341, nota 2 e § 47, nota 1.

(233) Malgrado queste differenze, dal punto di vista economico, tanto vale che una obbligazione sia estinta *ope exceptionis* che quanto che essa sia estinta *ipso iure*: fr. 112, Dig. 50, 17. *Paulus libro octavo ad edictum*. « Nihil interest *ipso iure* quis actionem non habeat an per *exceptionem* infirmetur ». Cfr. fr. 55, Dig. 50, 16; fr. 66, Dig. 50, 17; r. 20, § 3, Dig. 40, 12.

(234) V. GAIO, III, 173. « Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes libram. Quod et ipsum genus certis in causis receptum

pendentemente dall'essere stato il pagamento effettivamente eseguito.

2. L'*acceptilatio* era una *stipulatio* adibita a scopo liberatorio. Il debitore interrogava il proprio creditore se avesse ricevuto ciò che gli era dovuto, e questi rispondeva affermativamente: *quod ego tibi promisi, habes acceptum? Habeo* (235). Perfetto così il negozio, il rapporto obbligatorio era estinto indipendentemente dall'aver o meno avuto luogo il pagamento. L'*acceptilatio* non poteva, in origine, farsi che *verbis* e solo per obbligazioni pure *sorte verbis* (236); in seguito si ammise anche un'*acceptilatio*

est, veluti si quid eo nomine debeatur quod per aes et libram gestum sit, sive quid ex iudicati causa debeatur. 174. *Eaque res ita agitur: adhibentur non minus quam quinque testes et libripens. Deinde is qui liberatur, ita oportet loquatur: quod ego tibi tot milibus condemnatus sum, me eo nomine a te solvo liberoque hoc aere aeneaque libra. Hanc tibi libram primam postremamque expendo secundum legem publicam. Deinde asse percudit libram eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa. 175. Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictum est, ut tamen scilicet, sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres testamento se dare damnatum esse dicat. De eo tamen tantum potest heres eo modo liberari, quod pondere numero constet et ita si certum sit; quidam et de eo quod mensura constat idem existimant».*

(235) V. GAIO, III, 169. « Item per acceptilationem tollitur obligatio. Acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio; quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec verba me dicere: *quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* et tu respondeas: *habeo*. 170. Quo genere, ut diximus *tantum eae obligationes solvuntur, quae ex verbis constitunt*, non etiam ceterae; consentaneum enim visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi. Sed id quod ex alia causa debeantur, potest in stipulationem deduci et per *acceptilationem dissolvi*. 171. *Quamvis autem dixerimus fieri acceptilationem imaginaria solutione, tamen mulier sine tutoris auctoritate acceptum facere non potest, cum alioquin solvi ei sine tutoris auctoritate possit*. 172. Item quod debetur, pro parte recte solvitur; an autem in partem acceptum fieri possit, quaesitum est ». Cfr. § 1, *Inst.* III, 29 e Dig. 46, 4.

(236) V. Fr. 8, § 3, Dig. 46, 4. « Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est: neque enim potest verbis tolli, quod non verbis contractum est »; e fr. 14 eodem. *Paulus libro duodecimo ad Sabinum*.

litteris, e si estese inoltre enormemente il suo campo d'applicazione mediante un espediente suggerito dal giureconsulto Aquilio, che consisteva nel trasformare un'obbligazione sorta comunque in un'obbligazione verbale, per renderne così possibile l'estinzione mediante *acceptilatio* (*stipulatio aquiliana*) (237). La *nexi liberatio* e la *acceptilatio* erano dominate dall'idea del *contrarius actus*; dall'idea cioè che per estinguere un'obbligazione sorta mediante certe forme fosse necessaria l'adibizione delle medesime forme in senso contrario (238).

« Nisi consentiat acceptilatio cum obligatione et nisi verum est, quod in acceptilatione demonstratur, imperfecta est liberatio, quia verbis verba ea demum resolvi possunt, quae inter se congruunt ». Applicata alle obbligazioni che non fossero sorte *verbis*, l'*acceptilatio* non produceva per diritto classico effetto di sorta. Giustiniano le attribuì in tale sua applicazione il valore di un *pactum de non petendo*, mediante interpolazione dei framm. 19 pr., Dig. 46, 4. *Ulpianus libro secundo regularum*. « Si accepto latum fuerit ei, qui non verbis, sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali vel pacti conventi se tueri potest »; e fr. 5, pr. Dig. 18, 5. *Iulianus libro quinto decimo digestorum*. « Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet ».

(237) V. § 2, *Inst.* III, 29. « Est prodita stipulatio, quae vulgo Aquiliana appellatur, per quam stipulationem contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur et ea per acceptilationem tollatur. stipulatio enim Aquiliana novat omnes obligationes et a Gallo Aquilio ita composita est: 'quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve quarumque rerum mihi tecum actio quaeque abs te petitio vel adversus te persecutio est erit quodque tu meum habes tenes possides possideresve dolove malo fecisti, quo minus possideas: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius'. item e diverso Numerius Negidius interrogavit Aulum Agerium: 'quidquid tibi hodierno die per aquilianam stipulationem spondi, id omne habesne acceptum?' respondit Aulus Agerius: 'habeo acceptumquid tui'. Cfr. fr. 18, Dig. 46, 4.

(238) Sulla teoria del *contrarius actus* vedi LEIST, *Ueber die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- und Aufhebungsakt*, 1876, e cfr. PEROZZI, negli *Studi* in onore di F. Schupfer, vol. I, pagg. 176-181.

§ 3. Del pagamento.

Per pagamento s'intende la prestazione al creditore di ciò che gli è dovuto (239). Il pagamento è il modo più comune di estinzione delle obbligazioni; esso va tenuto distinto dalla *solutio*, in senso lato, che abbraccia tutte le cause di estinzione delle obbligazioni (240).

Per essere valido, il pagamento deve consistere nella completa ed esatta prestazione di ciò che è dovuto. Se si tratta di obbligazioni di *dare*, occorre venga trasferito il dominio della cosa dovuta nelle forme a ciò necessarie; se si tratta di obbligazioni di *fare*, occorre venga esattamente eseguito ciò che forma il vero contenuto della prestazione. Se si tratta di obbligazioni di *non fare*, occorre la corrispondente esatta astensione.

Qualche volta la prestazione che forma oggetto dell'obbligazione, non può, per la sua stessa natura, venire eseguita che dal debitore; così è, ad esempio, quando si tratti di esecuzione di un quadro o di una qualsiasi altra opera d'arte. Ma, per regola, gli è indifferente che il debitore paghi personalmente o per mezzo di un suo rappresentante (*procurator, tutor, ecc.*). E anzi il diritto romano si spinse più oltre ancora, riconoscendo valido il pagamento eseguito da qualsiasi terzo, di sua propria autorità, e fin contro il divieto del debitore (241). Gli è principalmente in vista di questo principio che si suol dire essere l'obbligazione un rapporto per sua natura transitorio e destinato ad essere estinto. Occorre tuttavia, affinché il pagamento eseguito dal terzo sia liberatorio, che sia stato eseguito a nome del

(239) V. fr. 176, Dig. 50, 16. *Ulpianus libro quadragensimo quinto ad Sabinum*. « 'Solutionis' verbo satisfactionem quoque omnem accipientem placet 'solvere' dicimus eum, qui fecit quod facere promisit ».

(240) Per la *solutio* in senso lato v. fr. 54, Dig. 46, 3. *Paulus libro quinquagesimo sexto ad edictum*. « Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem ».

(241) Anche il pagamento operato *invito debitore*, ne estingue l'obbligazione; quanto all'azione di regresso vedi il paragrafo sulla *Negotiorum gestio prohibente domino*.

debitore; se il terzo ha pagato, a nome proprio, credendo erroneamente di essere il vero debitore, il pagamento non opera estinzione dell'obbligazione e può venire ripetuto (242).

Il pagamento va fatto al creditore, o a chi ne abbia la rappresentanza (tutore, curatore, ecc.). Per facilitare i pagamenti i giuristi romani escogitarono inoltre i due istituti della *adstipulatio* e della *adiectio solutionis causa*.

L'*adstipulatio* consisteva in ciò: che il creditore all'atto in cui costituiva il suo credito, faceva stipulare la prestazione stessa a lui dovuta, da altre persone di sua fiducia, le quali ne diventavano così concreditrici solidali, e potevano quindi validamente esigere e ricevere il pagamento, anche durante la sua assenza (243).

(242) V. fr. 31 pr., Dig. 5. 3. *Ulpianus libro quinto decimo ad edictum*. « Si quid possessor solvit creditoribus, reputabit, quamquam ipso iure non liberaverit petitoem hereditatis: nam quod quis suo nomine solvit, non debitoris, debitorem non liberat. et ideo Iulianus libro sexto digestorum scribit ita id imputaturum possessorem, si caverit se petitoem defensum iri. sed an et bonae fidei possessor debeat defendendum cavere, videndum erit, quia in eo quod solvit non videtur locupletior factus: nisi forte habeat conditionem et hoc nomine videtur locupletior, quia potest repetere: finge enim eum, dum se heredem putat, solvisse suo nomine. et videtur mihi Iulianus de solo praedone ut caveat sensisse, non etiam de bonae fidei possessore: conditionem tamen praestare debet. sed et petitor si a creditoribus conveniatur, exceptione uti debet ». Cfr. PERNICE, *Labeo*, III, pag. 241.

(243) Per l'*adstipulatio* vedi GAI, III, 110-114. 110. « Possumus tamen ad id quod stipulamur alium adhibere qui idem stipuletur; quem vulgo adstipulatorem vocamus. 111. Et huic proinde actio competit proindeque ei recte solvitur ac nobis; sed quidquid consecutus erit, mandati iudicio nobis restituere cogetur. 112. Ceterum potest etiam aliis verbis uti adstipulator quam quibus nos usi sumus. Itaque si verbi gratia ego ita stipulatus sim: Dari spondes?, ille sic adstipulari potest: idem fide tua promittis? vel idem fideiubes? vel contra. 113. Item minus adstipulari potest, plus non potest. Itaque si ego sestertia X stipulatus sim, ille sestertia V stipulari potest; contra vero plus non potest. Item si ego pure stipulatus sim, ille sub conditione stipulari potest; contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur, plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare. 114. In hoc autem iure quaedam singulari iure observantur. Nam adstipulatoris heres non habet actionem. Item servus servus

L'*adiectio solutionis causa* consisteva in una autorizzazione che il creditore, all'atto della costituzione del suo credito, dava al proprio debitore, di pagare ad altra persona all'uopo indicata. Questa persona veniva detta *adiectus solutionis causa*, in quanto non poteva esigere, ma bensì validamente incassare ove il debitore eseguisse nelle sue mani il pagamento (244).

Si è discusso fra romanisti se sia liberatorio il pagamento fatto al creditore del proprio creditore. Non può dirsi che tale pagamento sia sempre liberatorio, ma può esserlo quando costituisca un atto di utile gestione a favore del proprio creditore.

§ 4. « Datio in solutum » (245).

Il diritto romano ammise che il debitore potesse in via eccezionale *aliud pro alio solvere*: pagare cioè una cosa

adstipulando nihil agit, quamvis ex ceteris omnibus causis stipulatione domino adquirat. Idem de eo qui in mancipio est, magis placuit, nam et is servi loco est. Is autem qui estin potestate patris est agit aliquid, sed parenti non acquirit, quamvis ex omnibus ceteris causis stipulando ei adquirat. Ac ne ipsi quidem aliter actio competit, quam si sine capitis deminutione exierit de potestate parentis, veluti morte eius aut quod ipse flamen Dialis inauguratus est. Eadem de filia familias et quae in manu est, dicta intellegimus». Vedi LEONHARD, s. v. *adstipulatio*, nella *Pauly-Wissowa*, Real Encyclopädie der klass. Alterthumwissenschaften, e BERTOLINI, *Appunti*, I, pagg. 83 e segg.

(244) Per l'*adiectus solutionis causa*. v. § 4, *Istit.*, III, 19. « Si quis alii, quam cuius iuri subiectus sit; stipuletur, nihil agit. plane solutio etiam in extranei personam conferri potest (veluti si quis ita stipuletur ' mihi aut Seio dare spondes? '), ut obligatio quidem stipulatori adquiratur, solvi tamen Seio etiam invito eo recte possit, ut liberatio ipso iure contingat, sed ille adversus Seium habeat mandati actionem. quod si quis sibi et alii, cuius iuri subiectus non sit, decem dari aureos stipulatus est, valebit quidem stipulatio: sed utrum totum debetur quod in stipulatione deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est: sed placet non plus quam partem dimidiam ei adquiri. ei qui tuo iuri subiectus est si stipulatus sis, tibi adquiris, quia vox tua tamquam filii sit, sicuti filii vox tamquam tua intellegitur in his rebus quae tibi adquiri possunt.

(245) Vedi RÖMER, *Die Leistung an Zahlungsstat*, 1866. — POLACCO, *La dazione a pagamento*, vol. I, Padova, 1888.

diversa da quella dovuta. Questa è la cosiddetta *datio in solutum*, o dazione in pagamento, la quale è di due specie: convenzionale, o legale a seconda che la sostituzione del pagamento del debito avvenga col consenso del creditore, oppure indipendentemente dal medesimo, per concessione di legge.

In riguardo alla *datio in solutum* convenzionale si ebbe fra i giureconsulti romani una controversia di scuola. Secondo l'opinione dei Proculiani essa non poteva operare che *ope exceptionis*, mentre i Sabiniani ritenevano che estinguesse l'obbligazione *ipso jure* (246). Quest'ultima opinione prevalse nel diritto giustiniano: essa è conforme al principio per cui il pagamento è soddisfazione.

La *datio in solutum* legale acquistò importanza nell'epoca giustiniana in cui venne ammessa in favore di certi debitori (chiese, opere pie, ecc.), e in cui, in date circostanze, si permise ai debitori privi di numerario di pagare i propri debiti di denaro, almeno in parte, con fondi (247).

§ 5. Del « *beneficium competentiae* » (248).

Noi abbiamo visto come l'obbligazione si risolva in un diritto del creditore di soddisfarsi sul patrimonio del debitore, qualora questi non adempia spontaneamente (249).

(246) Vedi GAI, III, 168. « Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debetur. Unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placuit, an ipso iure maneat obligatus sed adversus petentem exceptionem doli mali defendi debeat quod diversae scholae auctoribus visum est ».

(247) Nov. 4, c. 3; Nov. 120, c. 6, § 2.

(248) Vedi O. WÜNSCH, *Zur Lehre vom Beneficium Competentiae*, Leipzig, 1897. — PAMPALONI, *Sulla teoria del « beneficium competentiae » nel diritto romano*, negli *Studi giuridici in onore di F. Schupfer*, I, pag. 57 e segg.

(249) V. fr. 173 pr., Dig. 50, 17. *Paulus libro sexto ad Plantium*. « In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum quod habent extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant », e fr. 19, Dig. 42, 1. Nel diritto classico.

Questo diritto colpisce, per regola, l'intero patrimonio del debitore. In via eccezionale, tuttavia, esso viene attenuato dal così detto *beneficium competentiae* pel quale si concede al debitore condannato di conservare una parte del suo patrimonio, per il suo mantenimento, conforme alle sue condizioni sociali; *danda est actio ita ut aliquid sufficiens reliquatur* (250). Qualora però il debitore, così risparmiato, acquisti nuovi beni di fortuna, sarà tenuto a soddisfare il creditore per la totalità del suo credito.

Il *beneficium competentiae* veniva accordato, o per riguardo alla condizione sociale del debitore, per es. ai soldati (251); o in considerazione di speciali rapporti intercedenti fra debitore e creditore, per es. al coniuge convenuto dal coniuge, all'ascendente convenuto dal discendente, al patrono convenuto dal liberto; oppure infine in vista

(250) V. fr. 6, 18. Dig. 42, 1. *Ulpianus libro sexagesimo sexto ad edictum*. « Miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus eatenus, quo facere potest, cogitur solvere. 1. Decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit. at is, qui stipulatus est decem aut noxae dedere, non potest decem petere, quia in stipulatione singula per se veniunt ea, quae singula separatim stipulari possumus: at iudicium solius noxae deditio nullum est, sed pecuniariam condemnationem sequitur. et ideo iudicati decem agitur, his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur. 2. Qui iudicati bona auctoritate sua distraxit, furti actione et vi bonorum raptorum ei tenetur. 3. Iudicati actio perpetua est et rei persecutionem continet: item heredi et in heredem competit ». *Idem libro sexagesimo sexto ad edictum*. « Item miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus eatenus, quatenus facere potest, cogitur solvere ».

(251) V. fr. 19, § 1, Dig. 42, 1. *Paulus libro sexto ad Plantium*. « Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur et quidem is solus deducto aere alieno: et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. immo nec totum quod habet extorquendum ei puto: sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat ». Cfr. fr. 30, eod. *Pomponius libro septimo variarum lectionum*. « Cum ex causa donationis promissa pecunia est, si dubium sit, an ea res eo usque donatoris facultates exhaurire possit, ut vix quicquam ei in bonis relictum sit, actio in id quod facere possit danda est, ita ut et ipsi donatori aliquid sufficiens relinquatur. quod maxime inter liberos et parentes observandum est ». Cfr. GIRARD, *Manuel*, pag. 935, n. 5 e BONFANTE, *Istituzioni*, pag. 369, nota 2.

della causa *obligationis*, per esempio al donante contro donatario che lo convenisse in base alla donazione, al socio convenuto dal socio, *quia societas ius quodammodo fraternitatis in se habet* (fr. 63, Dig. 17, 2).

Il *beneficium competentiae* essendo un *ius singulare* era personale, e non passava agli eredi, e veniva interpretato restrittivamente. Esso venne tuttavia accordato a un numero sempre maggiore di persone.

§ 6. Del concordato.

Un altro istituto di diritto singolare è il concordato che trovansi ammesso nelle fonti romane per il caso di eredità gravata da debiti. Una costituzione di Marco Aurelio stabilì infatti che in caso di eredità dannosa l'erede potesse pattuire coi creditori una diminuzione proporzionale dei loro crediti. Questa pattuizione non presentava naturalmente difficoltà di sorta quando tutti i creditori si trovavano d'accordo. Ma altrimenti, si era in caso di dissenso, e qui appunto intervenne la innovazione di Marco Aurelio che ha poi avuto ampio sviluppo nelle leggi moderne, stabilendo che in caso di dissenso dovesse prevalere la volontà della maggioranza ratificata dal magistrato (252). La maggioranza doveva peraltro calcolarsi in base all'ammontare dei crediti e non già in base al numero dei creditori: solo in caso di parità di quote, il pretore teneva conto della maggioranza numerica (253).

(252) Vedi fr. 7, § 19, Dig. 2, 14. *Ulpianus libro quarto ad edictum*. «Hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem».

(253) Vedi fr. 8, Dig. eod. *Papinianus libro decimo responsorum*. «Maiorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit. quod si aequales sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum praefereendus est. in numero autem pari creditorum auctoritatem eius sequetur praetor, qui dignitate inter eos praecellit. sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a praetore eligenda est. hoc enim ex divi Marci rescripto colligi potest». Cfr. fr. 9, eod.

§ 7. Tempo e luogo del pagamento. Prova del medesimo.

In riguardo al tempo la regola è che il debitore deve adempiere immediatamente. A questa regola tuttavia si arrecano delle eccezioni: anzitutto per il caso in cui l'immediato adempimento non sia possibile per la natura stessa della prestazione oggetto dell'obbligazione; in secondo luogo per l'apposizione di un termine; e infine per disposizione positiva della legge. Anche in questi casi peraltro l'obbligazione è *ab initio* perfetta, e solo non se ne può chiedere subito l'adempimento: *statim quidem debetur sed peti prius quam dies veniat non potest*.

Il termine s'intende per regola apposto nell'interesse del debitore: *diei adiectio pro reo est non pro stipulatore*, e si ammette quindi che il debitore possa, per regola, malgrado l'opposizione del termine, offrire subito il pagamento (254).

Ove però il termine stesso fosse stato apposto nell'interesse del creditore, o quanto meno anche nel suo interesse, il debitore non potrebbe costringere il creditore ad accettare il pagamento prima della scadenza (255).

Quando il debitore si vale del suo diritto di pagare prima dello scadere del termine un debito produttivo di interessi, il creditore viene a trarre un lucro, in quanto può dare a frutto la somma che gli è stata anticipatamente pagata. Si parla, in tale ipotesi, di *commodum temporis* o

(254) Vedi fr. 41, § 1, Dig. 45, 1. *Ulpianus libro quinquagesimo ad Sabinum*. «Quotiens autem in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur, nisi si locus adiectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. verum dies adiectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur: ex quo apparet diei adiectionem pro reo esse, non pro stipulatore. Idem in idibus etiam et nonis probandum est et generaliter in omnibus diebus».

Cfr. fr. 38, § 16, Dig. 45, 1; fr. 137, § 2, Dig. eod.

(255) Vedi fr. 17, Dig. 50, 17. *Ulpianus libro vicensimo tertio ad Sabinum*. «Cum tempus in testamento adicitur, credendum est pro herede adiectum, nisi alia mens fuerit testatoris: sicuti in stipulationibus promissoris gratia tempus adicitur».

Cfr. fr. 43, § 2, Dig. 31; fr. 15, Dig. 33, 1.

interusurium, e si ammette, da molti, che il debitore possa farne deduzione all'atto del pagamento (256).

Quanto al luogo del pagamento bisogna anzitutto aver riguardo alle pattuizioni delle parti contraenti: in mancanza di tali pattuizioni conviene tener conto della natura dell'oggetto dovuto. Le obbligazioni aventi per oggetto una cosa immobile vanno adempiute nel luogo ove la cosa stessa si trova; quelle aventi per oggetto una cosa mobile dove la cosa stessa si trova *sine dolo malo debitoris*. Quando poi non si abbia alcuna altra indicazione la regola è che l'obbligazione va adempiuta nel domicilio del debitore: *ubi res petitur* (257).

Per le obbligazioni *stricti juris* valeva in origine il principio che ove fosse stato determinato un certo luogo per l'adempimento, l'adempimento stesso non potesse venir richiesto altrove (258). Ciò dava luogo ad abusi e frodi. Il pretore

(256) Sul modo di computare l'*interusurium* si è avuto nel diritto comune un vivo dibattito. L'opinione prevalente è quella del Carpovio: il creditore ottiene la somma totale del capitale meno gli interessi che essa avrebbe prodotto nel frattempo. Esempio: Tizio è creditore di Caio di 100 col termine di due anni. Se Caio paga subito paga 100 meno il frutto di 100 per 2 anni, cioè 90, dato che il saggio dell'interesse legale sia del 5%. Cfr. fr. 88, § 3, Dig. 35, 2. *Africanus libro quinto quaestionum*. « Qui ducenta in bonis relinquebat, legavit mihi centum praesenti die, tibi aequae centum sub condicione: post aliquantum temporis exstitit condicio, ita tamen, ut ex reditu eius summae, quae tibi relicta est, non amplius quam viginti quinque reciperet. legis Falcidia ratio ita habenda erit heredi, ut viginti quinque conferre ei debeamus et amplius fructus quinquaginta medii temporis, qui verbi gratia efficient quinque. cum igitur triginta sint conferenda, quidam putant quina dena ab utroque nostrum conferenda esse, quod minime verum est: licet enim eandem quantitatem acceperimus, manifestum tamen est aliquanto uberius esse meum legatum. quare statuendum erit tanto minus in tuo legato esse, quantum ex fructibus eius heres perceperit. secundum quod in proposita specie computationem ita iniri oportet, ut ex septem partibus ego quattuor, tu tres conferamus, quoniam quidem quarta pars amplius in meo quam in tuo legato est ». Per le altre opinioni confronta BARON, *Pandekten*, § 227.

(257) Sulle varie interpretazioni dell'*ubi res petitur* Cfr. WENDT, *Pandekten*, § 220.

(258) V. fr. 1, Dig. 13, 4. *Gaius libro nono ad edictum provinciale*. « Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non vide-

pertanto con apposito editto ammise che anche, in tale caso, il creditore potesse chiedere l'esecuzione, ovunque, coll'*actio de eo quod certo loco dari oportet*. Quest'azione era *arbitraria* in quanto permetteva al giudice di valutare nella condanna l'interesse del creditore o del debitore ad ottenere o eseguire il pagamento nel luogo fissato (259).

La prova del pagamento poteva darsi in conformità al diritto comune con testimoni o per iscritto. In origine era il debitore stesso che, dopo aver pagato in presenza di testimoni, redigeva, o faceva redigere, una scrittura *ad probationem*: in seguito invalse l'uso che il creditore attestasse in iscritto l'avvenuto pagamento a titolo di quietanza, e a questa attestazione si attribuì poi efficacia liberatoria, salvo che, per diritto giustiniano, il creditore poteva, entro trenta giorni impugnarla dimostrando che il pagamento non aveva avuto luogo (*exceptio non numeratae pecuniae*) (260). Per diritto giustiniano poi, ove si trattasse di debiti constatati per iscritto, occorreva, per provarne il pagamento, o una scrittura o almeno cinque testimoni (261).

§ 8. Dell'imputazione dei pagamenti.

Può avvenire che un debitore sia tenuto per molteplici cause di fronte allo stesso creditore: in tal caso egli potrà, pagando, indicare a quale dei debiti suoi sia da riferirsi il pagamento fatto. Ove poi il debitore taccia potrà il creditore indicare, al momento in cui lo riceve, ad estinzione di qual suo credito abbia da imputarsi il pagamento fatto. Pel caso poi in cui nè il debitore, nè il creditore abbiano provveduto,

batur agendi facultas competere. sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promississet, numquam accederet (quod vel data opera faceret vel quia aliis locis necessario distringeretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare ».

(259) Sull'*actio de eo quod certo loco dari oportet*, vedi ora LENEL, Ed. *Perpetuum*, 2ª ed., pagg. 234 e segg.

(260) Vedi le quitanze di Cecilio Giocondo in GIRARD, *Textes*⁴, p. 860 e segg.

(261) Vedi c. 18, Cod. V, 20.

la giurisprudenza romana introdusse un ordine di imputazione fondato sulla relativa importanza del titolo di credito, di modo che prima si avessero a considerare estinti i debiti più urgenti e gravi, e solo in seguito, per ordine decrescente, tutti gli altri (262). Ispirandosi a tali criteri Papiniano stabiliva questo ordine:

- 1° Debiti implicanti infamia.
- 2° Debiti implicanti pene per inadempimento.
- 3° Debiti garantiti con pegno o ipoteca.
- 4° Debiti propri anzichè a titolo di garanzia.
- 5° Debiti più antichi a preferenza dei più recenti (263).

(262) Vedi fr. 1-3, Dig. 46, 3. *Ulpianus libro quadragesimo tertio ad Sabinum*. « Quotiens quis debitor ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum, et quod dixerit, id erit solutum: possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus. quotiens vero non dicimus, in quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat, dummodo in id constituat solutum, in quod ipse, si deberet, esset soluturus quoque debito se exoneraturus esset, si deberet, id est in id debitum, quod non est in controversia, aut in illud, quod pro alio quis fideiusserat, aut cuius dies nondum venerat: aequissimum enim visum est creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret. permittitur ergo creditor constituere, sed constituere in re praesenti, hoc est statim atque solutum est ». *Florentinus libro octavo institutionum*: « dum in re agenda hoc fiat, ut vel creditori liberum sit non accipere vel debitori non dare, si alio nomine exsolutum quis eorum velit ». *Ulpianus libro quadragesimo tertio ad Sabinum*. « Ceterum postea non permittitur. haec res efficit, ut in duriores causas semper videatur sibi debere accepto ferre: ita enim et in suo constitueret nomine. Quod si forte a neutro dictum sit, in his quidem nominibus, quae diem habuerunt, id videtur solutum, cuius dies venit ».

(263) V. fr. 97, Dig. 46, 3. *Papinianus libro secundo definitionum*. « Cum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, utriusque demonstratione cessante potior habebitur causa eius pecuniae, quae sub infamia debetur: mox eius, quae poenam continet: tertio quae sub hypotheca vel pignore contracta est: post hunc ordinem potior habebitur propria quam aliena causa, veluti fideiussoris. quod veteres ideo definiunt, quod verisimile videretur diligentem debitorem admonitum ita negotium suum gesturum fuisse. si nihil eorum interveniat, vetustior contractus ante solvetur. si maior pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit, nihilo minus primo contractu soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo vel in totum vel pro parte minuendo videbitur datum ».

In altri testi trovasi stabilito che il pagamento vada imputato per gli interessi a preferenza che pel capitale, purchè gli interessi siano stati stipulati e non semplicemente pattuiti (264).

In caso di debiti dovuti alla stessa causa, e sorti nello stesso tempo, il pagamento si considera fatto a loro proporzionale estinzione (265).

§ 9. Della novazione (266).

Per novazione s'intende la sostituzione di una nuova obbligazione ad un'obbligazione anteriore che viene estinta. La novazione crea dunque estinguendo, ed estingue creando: essa trasfonde una vecchia obbligazione in una nuova (267).

Affinchè abbia luogo una novazione occorre pertanto:

- 1° Che vi sia già un'obbligazione.
- 2° Che questa obbligazione venga trasfusa in un'obbligazione nuova.
- 3° Che questa trasfusione venga operata mediante contratto formale.

Indifferente è la natura dell'obbligazione da novare: essa può essere civile o semplicemente naturale, può essere sorta *verbis, literis, re, consensu*, o anche *quasi ex contractu, ex delicto*.

(264) V. fr. 5, § 2, Dig. 46, 3 e C. 1, Cod. VIII, 42.

(265) V. fr. 8, Dig. 46, 3. *Paulus libro decimo ad Sabinum*. « Illud non ineleganter scriptum esse Pomponius ait, si par et dierum et contractuum causa sit, ex omnibus summis pro portione videri solutum ».

(266) Vedi SALPIUS, *Novation und Delegation nach röm. Recht*, 1864. — GIDE, *Étude sur la novation et transport des créances*, 1879. — MERKEL, *Der römisch.-rechtliche Begriff der Novatio*, 1892. — GAUDEMET, *Transport des dettes à titre particulier*, Paris 1898 (e R. DE RUGGIERO, Recensione nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, anno XI, fasc. II, pagg. 72-88).

(267) Vedi fr. 1, Dig. 46, 2. *Ulpianus libro quadragesimo sexto ad Sabinum*. « Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem « vel naturalem transfusio atque translatio, hoc est cum ex praececedenti causa et nova constituatur ut prior perematur. Novatio enim « a novo nomen accipit et a nova obligatione ». Cfr. fr. 89, Dig. 45, 1.

Così pure indifferente è la natura della nuova obbligazione, la quale può essere civile od anche solo naturale.

Quanto alla forma i testi ci parlano sempre di *stipulatio* e questo era certamente il contratto novatorio per eccellenza; ma nel diritto classico si poteva operare novazione anche mediante contratto letterale.

L'obbligazione che sorgeva in seguito alla novazione doveva avere il medesimo oggetto di quella estinta (*idem debitum*), e perciò si dice che la novazione opera trasfusione di una obbligazione, che viene estinta, in una nuova obbligazione, che viene creata in sua vece; ma occorre tuttavia che essa, in qualche modo, se ne differenziasse, senza di che non si sarebbe capito lo scopo della novazione, e neppure si avrebbe potuto propriamente parlare di *nova obligatio*.

L'*aliquid novi* che differenzia l'obbligazione nuova da quella estinta può riguardare indifferentemente l'uno o l'altro degli elementi costitutivi del rapporto obbligatorio: può cioè consistere nella sostituzione di uno dei subbietti, o nella modificazione del contenuto (p. es., nell'apposizione di un termine o di una condizione) o nell'aumento delle garanzie, oppure infine nella diversità della *causa*, come è quando, p. es., si sostituisce un'obbligazione *ex stipulata* ad un'obbligazione sorta da contratto consensuale o da delitto (268).

(268) Vedi GAIUS, III, 176-180. « Praeterea novatione tollitur obligatio; veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatio sim. Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur; veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem ejus vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero. Quo casu rem amitto; nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est. Non idem juris est si a servo stipulatus fuero; nam tum prior proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nulla stipulatus fuisset. 177. Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si *condictio*, aut *dies* aut *sponsor*, *adjiciatur* aut *detratur*. 178. Sed quod de sponsore diximus, non constat, nam diversae scholae auctoribus placuit nihil ad novationem proficere sponsoris adjectionem aut detractionem. 179. Quod autem diximus, si *condicio* adjiciatur, novationem fieri, sic intellegi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si *condicio* extiterit; alioquin si defecerit, durat

Quest'ultimo era il caso più frequente, in pratica, e se ne comprende facilmente la ragione: chi vuol far valere un credito, e. g. in base ad una vendita fatta, o a un danno ingiustamente subito, deve dimostrare la vendita e il fatto ingiustamente dannoso che costituiscono la *causa* della sua ragione di credito. Ora questa dimostrazione può talvolta riescire difficile. Operata la novazione, il creditore non ha più da dimostrare che l'avvenuta *stipulatio*, e spetterà eventualmente al debitore suo provare che la *stipulatio* stessa è priva di *causa*. Mediante questa inversione di prova, la posizione del creditore resta di molto migliorata.

Un altro vantaggio della novazione, consisteva in ciò che l'obbligazione che da essa sorgeva era perseguibile anche contro gli eredi del debitore, mentre quella estinta poteva essere per la sua causa (p. es., per essere sorta *ex delicto*), passivamente intrasmissibile. Abbiamo poi già veduto come la novazione aprisse l'adito alla *acceptilatio*.

§ 10. « *Animus novandi* ».

Affinchè avesse luogo novazione occorre che la nuova obbligazione venisse creata *in sostituzione* di quella vecchia e non *accanto ad essa*. Questo risultato lo si otteneva, nel diritto classico, col semplice uso di una *formula stipulatoria* che indicasse come oggetto della nuova obbligazione quello che era l'oggetto dell'antica. Si stipulava, per esempio, in questi termini: mi prometti i 100 che già mi devi a titolo di prezzo? Te li prometto. Oppure: mi prometti i 100 che

prior obligatio. Sed videamus num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conventi exceptione possit summovi, quia videtur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit *condicio*. Ser. tamen Sulpicius existimavit statim et pendente conditione novationem fieri, et si defecerit *condicio*, extra neutra causa agi posse et eo modo rem perire. Qui consequenter et illud respondit, si quis id quod sibi L. Titius deberet, a servo fuerit stipulatus, novationem fieri et rem perire, quia cum servo agi non posset. Sed in utroque casu alio jure utimur; nec magis his casibus novatio fit, quam si id quod tu mihi debeas, a peregrino cum quo sponsus communio non est, *spondes* verbo stipulatus sim ».

devi a Tizio? Te li prometto. Ciò bastava a far sì che la nuova obbligazione si sostituisse all'antica. Era, in altri termini, in base alla formula usata nella stipulazione (o, come dice Giustiniano, *verbis* anzichè *voluntate*) che si decideva se in un dato caso si dovesse ammettere cumulo della nuova colla vecchia obbligazione, o sostituzione di una nuova obbligazione ad una vecchia che veniva estinta (§ 3, *Inst.*, III, 29). Nell'epoca postclassica, diminuito il senso delle forme, si manifestò anche qui la necessità di ricorrere ad altro criterio, e questo criterio lo si cercò nell'*animus novandi* (269). Si ammise allora cumulo, o novazione, a seconda che la nuova obbligazione fosse stata, o meno, costituita in sostituzione di quella più antica. Giustiniano poi alla fine stabilì che l'*animus novandi* lo si dovesse espressamente manifestare senza di che si avrebbe dovuto ammettere sempre cumulo anzichè novazione.

(269) Vedi Cost. 8, Cod. VIII, 41. *Imp. Iustinianus A. ad senatum*. « Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris iuris ambiguitates resecantes sancimus, si quis vel aliam personam adhibuerit vel mutaverit vel pignus acceperit vel quantitatem augendam vel minuendam esse crediderit vel condicionem seu tempus addiderit vel detraxerit vel cautionem iuniorum acceperit vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus priori cautelae innovari. sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint. Et generaliter definimus voluntate solum esse, non lege novandum, etsi non verbis exprimat, ut sine novatione, quod solito vocabulo ἀνοβαγειρας dicunt: causa procedat: hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire ». *D. XI k. Aug. Constantinopoli Lampadio et Oreste cons.* L'*animus novandi* venne poi dai compilatori interpolato nei testi classici. Cfr. § 3, *Inst.* III, 29; fr. 8, § 2, Dig. 46, 2: interp. *si modo hoc actum sit ut novetur*; fr. 8, § 5, eod.: int. *si hoc actum est*, fr. 26, Dig. eod.: interp. *si novandi animo hoc fiat*; fr. 28, Dig. eod.: int. *si non novandi animo secunda stipulatio facta est*; fr. 29, Dig. eod.: int. *si id specialiter actum est*; fr. 31, § 1, Dig. eod.: interp. *cum id specialiter agit*; fr. 58, Dig. 45, 1: interp. *nisi in omnibus novandi animo hoc facere specialiter expresserit*. Vedi tuttavia COSTA, *Animus novandi*, negli Scritti in onore di F. Schupfer, vol. I, pagg. 45 e segg. e FERRINI, *Pandette*, p. 638, nota.

§ 11. La novazione condizionale.

La novazione estingueva la precedente obbligazione sostituendogliene una nuova. Ora, siccome questa nuova obbligazione poteva venire costituita sotto condizione, si domandava quali effetti si sarebbero avuti nel caso in cui la condizione stessa non si verificasse. La maggior parte dei giureconsulti rispondevano che l'obbligazione antica restava estinta solo quando si fosse verificata la condizione cui era stata sottoposta la nuova. Servio Sulpicio (Gaio, III, 179) riteneva invece che l'obbligazione antica restasse estinta subito indipendentemente dal verificarsi della condizione apposta alla nuova. Se poi l'antica obbligazione era condizionata, e la nuova pura e semplice, questa prendeva effetto solo al momento in cui si verificava la condizione cui quella era sottoposta (270).

(270) Cfr. fr. 60, § 1, Dig. 12, 6. *Ulpianus libro quadragensimo sexto ad Sabinum*. « Legata vel fideicommissa si in stipulationem fuerint deducta et hoc actum, ut novetur, fiet novatio, si quidem pure vel in diem fuerint relicta, statim, si vero sub condicione, non statim, sed ubi condicio extiterit, nam et alias qui in diem stipulatur, statim novat, si hoc actum est, cum certum sit diem quandoque venturum: ad qui sub condicione stipulatur, non statim ».

Fr. 14, Dig. 46, 2. *Iulianus libro septimo disputationum*. « Quotiens quod pure debetur, novandi causa sub condicione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum, cum condicio extiterit, et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione et pendente condicione decesserit, nec novatio contingit, quia non subest res eo tempore, quo condicio impletur. unde Marcellus et si post moram Stichus in condicionalem obligationem deductus sit, purgari moram nec in sequentem deduci obligationem putat. Sed si quod sub condicione debetur, pure quis novandi causa stipuletur, nec nunc quidem statim novat, licet pura stipulatio aliquid egisse videatur, sed tunc novabit, cum extiterit condicio: etenim existens condicio primam stipulationem committit commissamque in secundam transfert. et ideo si forte persona promissoris pendente condicione fuerit deportata. Marcellus scribit ne quidem existente condicione ullam contingere novationem, quoniam nunc, cum extitit condicio, non est persona quae obligetur ».

§ 12. *Estinzione delle garanzie dell'obbligazione novata.*

Insieme coll'obbligazione novata, restavano estinte le garanzie reali o personali ad essa inerenti; e cessavano di decorrere gli interessi che non fossero stati assicurati con una speciale stipulazione (271).

§ 13. *Delegazione (272).*

Per delegazione si intende l'incarico dato a una persona di pagare un debito, o di assumerne il pagamento. Delegante è colui che dà questo incarico (*iubet promittit, reum dat*); delegato è colui che lo riceve (*qui solvit* o *promittit iussu alterius*); delegatario è colui al quale verrà fatto il pagamento, o che accetterà che il delegato si assuma personalmente il debito del delegante. Il pagamento eseguito dal delegato al delegatario libera il delegante come se fosse stato da lui stesso eseguito. Lo stesso è della assunzione del debito da parte del delegato conformemente al motto: *solvit et qui reum delegat*. E veramente di che potrebbe lagnarsi il creditore (delegatario) che ha accettato come pagamento del debito del delegante, l'obbligazione che si è assunta verso di lui il delegato? Egli era libero di non accettare questo nuovo debitore invece dell'antico: l'ha

(271) Vedi fr. 18, Dig. 46, 2. *Paulus libro quinquagesimo septimo ad edictum*. « Novatione legitime facta liberantur hypothecae et pignus, usurae non currant ». Fr. 60, Dig. 46, 1. « Cum vero genere novationis transeat obligatio, fideiussores aut jure aut exceptione liberantur ». C. 4, Cod. VIII, 40. *Imp. Antoninus A. Rufae*. « Novatione legitum perfecta debito in alium translatis prioris contractus fideiussores vel mandatores liberatos non ambigitur ». Sulla frase *novatio legitime facta* o *perfecta* che occorre nel fr. 18 cit. e C. 4 cit. veggasi R. DE RUGGIERO, *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. IX, anno 1899, fasc. I, che ritiene sia dei compilatori e voglia alludere alla riforma introdotta da Giustiniano colla C. 8, Cod. VIII, 41 [42] sopra trascritta.

(272) Vedi SALPIUS, *Delegation und Novation*, 1864. — FADDA, *Sulla dottrina della Novazione*, Cagliari, 1880. — DAUZ, *Forderung süberweisung*, 1882. — R. DE RUGGIERO, *Intorno al concetto della delegatio* (nella Rivista Italiana per le scienze giuridiche, vol. XXVIII, fasc. 1).

accettato e con ciò ha estinta l'obbligazione del debitore originario sostituendola con quella del delegato (273).

Generalmente si fa ricorso alla delegazione quando il delegante, debitore del delegatario, è creditore del delegato. Con una sola operazione si riesce, in questa ipotesi, ad estinguere il debito del delegante verso il delegatario, e quello del delegato verso il delegante. Ma i rapporti possono anche essere di altra natura senza che resti modificata l'indole della operazione. Può avvenire che il delegato pagando, o assumendosi l'obbligazione di pagare, anziché estinguere un proprio debito preesistente verso il delegante, intenda acquistare verso di lui un credito (per esempio, a titolo di mutuo), o voglia fargli una donazione. Tutto ciò influirà sui rapporti fra delegante e delegato; ma è irrilevante nei rapporti fra delegante e delegatario, e fra delegato e delegatario.

La delegazione poteva venir data comunque; ma l'assunzione del debito da parte del delegato non poteva avvenire che mediante stipulazione fra il delegato e il delegatario. Questa stipulazione poteva essere fatta in due modi. O il delegatario si faceva semplicemente promettere la somma o la cosa per cui aveva avuto luogo la delegazione senza richiamare il credito suo preesistente di tale somma o cosa verso il delegante, o il debito di tale somma o cosa da parte del delegato verso il delegante e si aveva la cosiddetta *delegatio pura*. Oppure invece il delegatario si faceva promettere la somma o cosa delegata indicandola come già dovuta dal delegato al delegante, o dal delegante al delegatario (per esempio: mi prometti i 100 che devi a Tizio (delegante)? mi prometti i 100 che Tizio mi deve?), e allora si aveva la così detta *delegatio titolata*. Gli effetti erano diversi nei due casi. Nel caso di *delegatio pura* il delegato restava obbligato in base alla *stipulatio* e non poteva far valere contro il delegatario alcuna eccezione

(273) V. fr. 26, § 2, Dig. 17, 1. *Paulus libro trigensimo secundo ad edictum*. « Abesse intelligitur pecunia fideiussori etiam si debitor ab eo delegatus sit creditori, licet is solvendo non fuerit, quia bonum nomen faciet creditori qui admittit debitorem delegatum ».

fondata sui rapporti intercedenti fra lui e il delegante, o fra delegante e delegatario. Nel caso di *delegatio titolata* invece il delegato poteva eccepire la inesistenza del suo debito verso il delegante o le eccezioni ad esso inerenti, se si era obbligato per quanto doveva verso il delegante, come pure poteva eccepire la inesistenza del debito del delegante verso il delegatario (274).

Poteva anche avvenire che il delegatario (creditore del delegante) non accettasse la delegazione: che egli, in altri termini, non si prestasse a compiere la stipulazione necessaria affinché il delegato potesse assumersi il debito del delegante. Ciò è ben naturale, dato che un debitore non vale sempre l'altro. Ma il delegante poteva allora insistere presso il delegatario rendendosi garante per il delegato. Le fonti dicono che, in tal caso, egli delega *suo periculo* (275).

§ 14. Dell'espromissione (276).

Si ha *expromissio* quando una persona spontaneamente si assume di pagare un debito di altra persona di fronte al creditore della medesima. Come è a chiunque permesso di pagare il debito altrui con effetto liberatorio per il debitore, anche contro il suo volere, così è pure permesso a chiunque di assumersi il debito altrui (*ignorante o invito debitore*). Tale assunzione, peraltro, presuppone il consenso del creditore; mentre il pagamento è sempre liberatorio

(274) V. fr. 17, Dig. 46, 2. *Ulpianus libro octavo ed edictum*. « Delegare scriptura vel nutu, ubi fare non potest. debitorem suam quis potest ».

(275) La distinzione fra *delegatio pura* e *delegatio titolata* non è ammessa da tutti. Gli esempi adottati nelle fonti sono generalmente di *delegatio titolata*. Vedi e. g., fr. 64, Dig. 46, 3; fr. 27, Dig. 46, 2; fr. 33, Dig. 46, 3; fr. 33, Dig. 46, 2. Cfr. R. DE RUGGIERO, op. cit., pagg. 17 e segg.

(276) I romani usano la parola *expromissio* in senso assai lato. Cfr. fr. 36, Dig. 23, 3; fr. 20, Dig. 14, 6 e fr. 8, § 8, Dig. 16, 1. Nel diritto moderno l'assunzione dei debiti altrui ha acquistato una grande importanza per la tendenza a riconoscere validi i contratti a favore di terzi. DELBRUK, *Die Uebernahme fremder Schulden nach gemeinem und preussischen Recht*, 1853 e UNGER, *Schuldübernahme*, Wien, 1888.

per l'originario debitore, la espromissione lo è soltanto col consenso del creditore. Di qui ha origine la distinzione della espromissione in privativa, alternativa e cumulativa. Privativa è l'espromissione che libera l'originario debitore; alternativa è quella che attribuisce al creditore la facoltà di rivolgersi a sua scelta sia al vecchio debitore che al nuovo (espromissore); cumulativa, infine, è quella mediante la quale l'espromissore si costituisce debitore accanto all'originario debitore.

§ 15. Della « *litis contestatio* » (277).

I giureconsulti romani pongono frequentemente la *litis contestatio* accanto alla *novatio* come modo di estinzione delle obbligazioni, e talvolta sembrano addirittura considerarla come una specie di novazione, in quanto la contrappongono alla *novatio voluntaria* o parlano di *novatio* fondata per *delegatio* o per *litis contestatio*. E veramente nell'epoca classica la *litis contestatio* aveva per effetto (nei *judicia legitima*) di estinguere la obbligazione portata in giudizio sostituendo ad esse una nuova obbligazione, quella cioè del dovere il debitore essere condannato; come, d'altra parte, la sentenza estingueva poi ulteriormente anche questa obbligazione sostituendola con quella del dover il debitore originario eseguire la sentenza (278). Per cui la similitudine

(277) Vedi *Vat. Fr.* 263. « Eam quae bona sua filiis per epistulam citra stipulationem donavit, si neque possessionem rerum singularum tradidit neque per mancipationem praediorum dominium transtulit nec interpositis delegationibus aut inchoatis litibus actiones novavit, nihil egisse placuit ».

Fr. 29, Dig. 46, 2. *Paulus libro vicensimo quarto quaestionum*. « Aliam causam esse novationis voluntariae, aliam iudicii accepti multa exempla ostendunt. perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae, actio novetur, si id specialiter actum est: quod nemo dixit lite contestata; neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem, ut solet dici in his actionibus, quae tempore vel morte finiri possunt ».

Cfr. fr. 11, § 1, Dig. 26, 7 e fr. 22, Dig. eod.

(278) GAIUS, III, 180. « Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem

colla vera e propria *novatio* era evidente (279) e si comprende come nella dottrina invalesse l'uso di considerare la *litis contestatio* come una specie di novazione.

A stretto rigore tuttavia non poteva correttamente dirsi che la *litis contestatio* operasse vera e propria novazione. Anzitutto l'antica obbligazione perdurava anche dopo la *litis contestatio* come *obligatio naturalis* (280) il che non si verificava mai nei casi di vera novazione. Inoltre l'oggetto della nuova obbligazione (*condemnari oportere*) non era lo stesso della originaria, e mancava quindi *idem debitum*. Viceversa alla nuova obbligazione aderivano, a diversità di quanto si verificava in caso di vera novazione, le accessioni e garanzie del debito novato (281) e il debitore originario poteva infine far valere, anche dopo la *litis contestatio* e la sentenza, nell'*actio iudicati*, certe eccezioni non sollevate prima, p. es. il *beneficium cedendarum actionum*, l'*exceptio S. C. Macedoniani* e *Vellejani* (282).

§ 16. Della compensazione (283). Cenni storici.

La regola dell'antico diritto romano era che ogni credito dovesse venir fatto valere separatamente, e che un debitore convenuto non potesse eccepire di essere egli pure creditore

principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione; sed si condemnatus sit; sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc est quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere». Cfr. GAIO, IV, 106-207.

(279) Per gli effetti simili cfr. fr. 6, § 3, Dig. 42, 1; fr. 3, § 11, Dig. 15, 1.

(280) Vedi retro pag. 57.

(281) Fr. 29, Dig. 46, 2; fr. 13, § 4, Dig. 20, 1 e c. 28, Cod. 8, 40, innovatrice per le garanzie personali.

(282) Vedi fr. 41, § 1, Dig. 46, 1 e fr. 11, Dig. 14, 6.

(283) Vedi DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Compensation*, 2ª ed., 1868. — EISELE, *Die Compensation*, 1876. — C. APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris, 1895. — C. LONGO, *La compensazione in diritto romano* (nella Rivista italiana per le scienze giuridiche, vol. XXII, fasc. 1), e C. LONGO, *Appendice al CLUECH, Commentario alle Pandette*, vol. XVI.

di colui che lo conveniva (284). Ma questa regola subì nel corso dell'epoca classica molteplici eccezioni dalle quali si evolse l'istituto della compensazione, come modo di estinzione delle obbligazioni.

1. Il banchiere (*argentarius*) che agisse contro un suo cliente col quale avesse un conto corrente, doveva tener conto, a diminuzione della sua domanda, dei debiti cliente dello stesso genere, già scaduti, che egli avesse verso lo stesso (*agere cum compensatione*). Se ometteva di fare ciò, perdeva la causa a titolo di pena (*plus petitio*) (285).

2. Il compratore del patrimonio di un fallito (*bonorum emptor*) che agisse, come era suo diritto, contro un debitore del fallito stesso, doveva subire che il giudice deducesse nella condanna tutto ciò che al debitore stesso fosse per qualsiasi causa dovuto dal fallito (*agere cum deductione*) (286).

(284) SENECA, *De Beneficiis*, VI, 5, 6.

(285) GAIO, IV, 64-68. « Alia causa est illius actionis qua argentarius experitur: nam is cogitur cum compensatione agere, et ea compensatione verbis formulae exprimitur; adeo quidem, ut ab initio compensatione facta minus intendat sibi dari oportere. Ecce enim si *sestertium X milia* debeat Titio, atque ei *XX* debeantur sic intendit: *si paret Titium sibi X milia dare oportere amplius quam Titio ipse debet*. 65. Ite bonorum emptor eum deductione agere jubetur, *id est ut in hoc solum adversarius ejus condemnatur quod superest, deducto eo quod invicem ei bonorum emptor defraudatoris nomine debet*. — 66. Inter compensationem autem quae argentario opponitur, et deductionem quae objicitur bonorum emptori, illa differentia est, quod in compensationem hoc solum vocatur quod ejusdem generis et naturae est; veluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, vinum cum vino; adeo ut quibusdam placeat non omni modo vinum cum vino aut triticum cum triticum compensandum, sed ita si ejusdem naturae qualitatisque sit. In deductionem autem vocatur et quod non ejusdem generis. Itaque si [vero] pecuniam petat bonorum emptor et invicem frumentum aut vinum is debeat, deducto quanti id erit, in reliquum experitur. — 67. Item vocatur in deductionem et it quod in diem debetur; compensatur autem hoc solum quod praesenti die debetur. — 68. Praeterea compensationem quidem ratio in intentione ponitur; quo fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat. Deductio vero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petenti periculum non intervenit; utique bonorum emptore agente, qui lice de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit ».

(286) GAIO, IV, 65-68.

3. Nei giudizi di buona fede si ammise, di buon'ora, che il giudice avesse a tener conto delle rispettive obbligazioni delle parti, di modo che la sua condanna avesse a cadere soltanto sulla differenza fra il dare e l'avere. Ciò non valeva tuttavia per tutte le possibili reciproche obbligazioni delle parti, ma solo per quelle sorgenti dalla *causa* che aveva dato luogo al giudizio (*ex pari causa*); per esempio, per le obbligazioni reciproche del venditore e compratore, mandante e mandatario, ecc. (287).

4. Alla fine Marco Aurelio, con un suo famoso rescritto, stabilì che anche nei giudizi di stretto diritto il debitore convenuto potesse far valere contro l'attore i crediti che avesse contro di lui. Occorreva, a questo fine, che egli chiedesse al magistrato (*in iure*), di inserire nella *formula exceptio doli* in base alla quale il giudice veniva autorizzato a condannarlo solo quando l'attore fosse esente da dolo (288).

E poichè ritenevasi essere in dolo il creditore che si faceva ad esigere un credito essendo egli stesso debitore (*dolo facit qui petit quod redditurus est*) così ne conseguiva che il giudice, ove nella formula fosse stata inserita la *exceptio*, avrebbe sempre dovuto assolvere il debitore convenuto al quale riescisse di dimostrare di essere, alla sua volta, creditore del suo debitore. Nè forse importava che il credito fatto valere colla *exceptio doli* fosse, per ammontare, eguale, maggiore o minore di quello fatto valere coll'azione, sicchè poteva avvenire che un creditore di 1000 venisse respinto per essere debitore di 100. Questo risultato, a prima vista urtante, era una necessaria conseguenza della struttura della formula dell'azione, la quale ordinava al giudice di condannare il debitore, solo ove il creditore non fosse in dolo nell'agire: ora, a stretto rigore, è tanto in dolo chi chiede 1000, restando poi tenuto a restituire 100, come chi chiede 1000 restando poi tenuto a restituire 1000. Ma oltre che logicamente necessario, esso era praticamente opportuno, poichè minacciando il creditore di perdere tutto

(287) GAIO, IV, 63.

(288) § 30, *Inst.*, IV, 6.

per troppo chiedere, lo determinava a ridurre la sua richiesta nei giusti termini, operando egli stesso, prima di agire, la compensazione fra il dare e l'avere. Appena è poi necessario rilevare che l'*exceptio doli* poteva esser fatta efficacemente valere soltanto in caso di altri crediti scaduti e liquidi, poichè solo in riguardo a questi poteva dirsi che l'attore li avrebbe tosto dovuto restituire (*mox redditurus*).

§ 17. *Requisiti della compensazione secondo il diritto giustiniano* (289).

Dai dati raccolti nel precedente paragrafo, risulta che la materia della compensazione non era, nell'epoca classica, disciplinata in modo uniforme. Diverso era il modo nel quale la compensazione operava nel caso dell'*argentarius* e del *bonorum emptor*; e mentre nei *iudicia bonae fidei* si teneva conto solo delle obbligazioni sorte *ex pari causa*, in quelli *stricti iuris* potevasi, dopo la riforma di M. Aurelio, invocare anche la compensazione di obbligazioni sorte *ex dispari causa*. D'altra parte poi, mentre in quelli era fatto obbligo al giudice di operare la compensazione, in questi essa non poteva propriamente aver luogo se non in quanto fosse stata invocata la *exceptio doli*, in base ad un credito di ammontare pari o maggiore. Talune di queste diversità di effetti vennero meno coll'abolizione della procedura formulare; ma solo Giustiniano riuscì con una sua famosa costituzione (290) a rifondere l'istituto su basi unitarie.

(289) Nel fr. 1, Dig. 16, 2. MODESTINO definisce la *compensatio* come *debiti et crediti inter se contributio*.

(290) C. 14, Cod. IV. 31. *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* « Compensationis ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. Ita tamen compensationes obici jubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. satis enim miserabile est post multa forte variaeque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi, hoc itaque iudices observent et non proeliviores in admittendas compensationes

Egli proclamò anzitutto il principio che la compensazione opera *ipso iure*, cioè a dire, secondo la teoria che ci sembra più probabile, indipendentemente dall'essere stata invocata dalle parti, per il solo fatto del trovarsi contrapposti due crediti fra le stesse persone, alle condizioni volute dalla legge (così detta teoria della compensazione legale) (291). Inoltre egli fissò appunto queste condizioni nel senso che compensabili fra di loro fossero soltanto i crediti validi (civili o naturali) scaduti, e facilmente liquidabili, di cose fungibili della stessa specie. Infine stabilì che la compensazione potesse, per regola, aver luogo in tutte le azioni sia personali che reali.

§ 18. *In quali casi non sia opponibile la compensazione.*

La compensazione non era tuttavia eccezionalmente ammessa:

1° Contro chi chiedeva la restituzione di un deposito anche irregolare (292).

2° Contro chi chiedeva la restituzione di una cosa che gli era stata tolta colla violenza (293).

3° Contro certi diritti fatti valere dal fisco o da una città (294).

existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali componant: excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus. Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur». *D. k. Nov. Constantinopoli post cons. Lampadii et Orestis vv. cc.* [a. 531].

(291) Sulle varie interpretazioni dell'*ipso iure compensari*, veggasi LONGO, *Appendice* citata al GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XVI, 2.

(292) Vedi c. 11, Cod. IV, 34; c. 14, § 1, Cod. VI, 31 e § 30, *Inst.*, IV, 6. «.....excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur».

(293) C. 14, § 2, Cod. IV, 31.

(294) C. 1, Cod. IV, 31. Per altri casi vedi DERNBURG, *Pandekten*, II, § 63.

§ 19. *Altri modi di estinzione « ipso iure ».*

Altri modi di estinzione delle obbligazioni *ipso iure* si hanno nella confusione, nella distruzione fortuita della cosa dovuta, nel concorso di due cause lucrative, nel *contrarius consensus*, nel deposito in *publicum* della cosa dovuta.

1. *Confusione*. — Quando il creditore succede come erede (o successore universale) al debitore, o viceversa, la obbligazione si estingue per la impossibilità che una stessa persona sia, ad un tempo, creditore e debitore (295).

2. *Distruzione fortuita della cosa dovuta*. — Il debitore di una *res certa* resta liberato ove essa vada distrutta per caso fortuito: *impossibilium nulla obligatio*. Questo modo di estinzione dà luogo a difficoltà in materia di contratti bilaterali: vedi pagg. 104, 105, 230 e 246.

3. *Concursus duarum causarum lucrativarum* (296). — Se una persona alla quale è dovuta una cosa certa (*species*) a titolo lucrativo, per es. in base ad un *legatum* (*per damnationem*), ottiene quella stessa cosa in base ad altro indipendente negozio pure a titolo lucrativo, per esempio per donazione da parte del proprietario, perde con ciò stesso il primo suo credito. Il primo debitore resta liberato *concurso duarum causarum lucrativarum*. Il fondamento originario di questo modo di estinzione dell'obbligazione era riposto nella sopraggiunta impossibilità della prestazione

(295) Vedi fr. 75, Dig. 46, 3. *Modestinus libro octavo regularum*. «Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes peremit actiones, ita et confusio: nam si debitor heres creditorum extiterit, confusio hereditatis peremit petitionis actionem»; e fr. 107, Dig. eod.: *Pomponius libro secundo enchiridii*. «Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter: naturaliter veluti solutione aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit: civiliter veluti acceptilatione vel cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit». Cfr. fr. 95, § 2, eod.

(296) Fr. 33, Dig. 45, 1. *Pomponius libro vicensimo quinto ad Sabinum*. «Si Stichus certo die dari promissus ante diem moriatur, non tenetur promissor». Cfr. fr. 83, Dig. 45, 1 e fr. 92 e 98, § 8, Dig. eod.

per parte del primo debitore; gli è infatti impossibile dare ad una persona una cosa che essa ha già altrimenti ottenuta. In base a questo suo fondamento il *concursum* operava in origine indipendentemente dalla lucratività delle cause. Ma in seguito, forse per opera di Giustiniano (297), venne limitato al caso in cui le due cause concorrenti fossero lucrative: si ammise allora che ove l'obbligazione fosse divenuta impossibile per aver il creditore già ottenuta la cosa, ma a titolo oneroso, il creditore potesse chiederne l'*aestimatio* cumulando così il beneficio delle due obbligazioni.

4. *Contrarius consensus*. — Per le obbligazioni sorte da contratti consensuali, in ispecie per quelle *ex empto vendito*, si ammise, in applicazione della massima *prout quidque contractum est, ita et solvi debet*, che restassero estinte in base a semplice accordo delle parti (298).

5. *Deposito in « publicum »*. — Ove il creditore non si presentasse a ricevere la cosa che gli era dovuta, il debitore poteva, almeno per diritto giustiniano (299), liberarsi deponendola in *publicum*.

6. — Le obbligazioni possono anche restare estinte per effetto di speciali disposizioni di legge a titolo di pena.

§ 20. Altri modi di estinzione « ope exceptionis ».

I modi di estinzione delle obbligazioni *ope exceptionis* sono numerosissimi e si riferiscono generalmente a speciali obbligazioni. Così, ad esempio, l'*exceptio S. C. Macedoniani* estingueva l'obbligazione *ex mutuo* del *filius familias*, l'*exceptio S. C. Velleiani* quella, a titolo di intercessione, delle donne, e vai dicendo. Vi erano però anche delle

(297) Vedi FERRINI, *Intorno al « concursus causarum lucrativarum »* (Estratto dai Rendiconti del R. Istituto Lombardo, serie II, vol. XXIV, fasc. VI) e *Pandette*, pagg. 649 e segg. — S. DI MARZO, *Appunti sulla dottrina della causa lucrativa* (Estratto dal Bullettino di diritto romano, anno XV, 1902, fasc. III-IV).

(298) Vedi PEROZZI, *Il contratto consensuale* (negli *Studii in onore di F. Schupfer*, pagg. 175 e segg.).

(299) Vedi PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, pagg. 71 e segg.

exceptiones generali, opponibili cioè a qualsiasi obbligazione, come la *exceptio metus, doli, temporis, pacti*.

Una particolare importanza ha il *pactum de non petendo*, col quale un creditore si impegna a non esigere giudizialmente un suo credito. Il *pactum de non petendo* è di due sorta: *in rem* o *in personam*. È *in rem* quando è concluso in generale: *in personam* quando è concluso per la vita del creditore (300). L'obbligazione paralizzata da un *pactum de non petendo in rem* era considerata *inanis*, e se il debitore l'avesse eseguita per errore scusabile, poteva esperire la *condictio indebiti* (301).

Anche il termine opposto ad una obbligazione *ex stipulatu*, che originariamente si aveva per non apposto, dava luogo per diritto giustiniano ad una *exceptio pacti conventi*.

Per altre eccezioni analoghe rinviamo ai trattati speciali.

(300) Fr. 7, § 8, Dig. 2, 14. « Pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. in rem sunt, quotiens generaliter paciscor ne petam: in personam, quotiens ne a persona petam, id est ne a Lucio Titio petam. utrum autem in rem an in personam pactum factum est, non minus ex verbis quam ex mente convenientium aestimandum est: plerumque enim, ut Pedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum est ». Fr. 7, § 3, Dig. 2, 14. « Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionem ». Cfr. fr. 25, § 1, Dig. 2, 14.

(301) Vedi fr. 40, § 2, Dig. 12, 6, sopra trascritto a pag. 61, nota 90 e cfr. fr. 32, § 1, Dig. eod.

SEZIONE II.

Le singole obbligazioni.

CAPITOLO I.

« Pollicitatio votum e nexum ».

Sommario: § 1. Delle promesse unilaterali. — § 2. Del nexum.

§ 1. Delle promesse unilaterali (302).

Il principio romano era che le promesse unilaterali, non accettate, non producevano obbligazione. E questo principio aveva buon fondamento giuridico e pratico, poichè da una parte, non sembra corretto far sorgere dei diritti a favore di persone che non hanno dimostrato di volerli acquistare (*invito beneficium non datur*); e, dall'altra poi, è spesso difficile determinare e dimostrare il fatto di una promessa unilaterale. Con ciò non vuolsi tuttavia dire che a Roma non si facesse ricorso, in certi casi, alle promesse unilaterali; al contrario le nostre fonti ce ne offrono notevoli esempi (303). Ma il valore di tali promesse era essenzialmente sociale, e da esse non sorgevano vere e proprie azioni giudiziarie. Di ciò si ha una riprova anche nel fatto che, nei casi in cui i romani ammisero eccezionalmente la validità giuridica di una semplice *pollicitatio*, lo fecero

(302) RENÉ WORMS, *De la volonté unilaterale considérée comme source d'obligations*, Paris, 1891. — Confrontisi l'interessante studio di diritto germanico del SIEGEL, *Das Versprechen als Verpflichtungsgrund*, Wien, 1873 e FRANZ HOFMANN, *Die Entstehungsgründe der Obligationem*, Wien, 1874. — BRINI, *La bilateralità delle pollicitationes ad una res publica, e dei vota nel diritto romano*, Bologna, 1908 (Atti della Regia Accademia delle Scienze).

fondandosi su motivi di pubblico interesse e in circostanze del tutto speciali, a titolo di *ius singulare* (304).

La *pollicitatio*, o promessa unilaterale, venne infatti da essi riconosciuta obbligatoria solo quando fosse stata fatta a favore di una città, e in base ad una *iusta causa*: ad esempio in occasione di una pubblica calamità, o in segno di riconoscenza per onori ricevuti. Se mancava la *iusta causa* la *pollicitatio* non era obbligatoria, a meno che non vi fosse stato, da parte del pollicitante, un principio di esecuzione: per esempio un primo versamento, o degli atti preparatorii della esecuzione dell'opera promessa (305).

Inoltre, il pollicitante poteva, ove il completo adempi-

(303) Un esempio è contenuto nella seguente iscrizione che trovasi sopra un muro a Pompei: « Urna aenia perit de taberna. sei quis retulerit dabuntur H S XV. Sei furem dabit, unde [rem] servar[e] possim, X S] XX ». Un altro è dato da un collare di schiavo sul quale si trovano incise le seguenti parole: « Fugi; tene me; quum revocaveris me d[omino] m[eo] Zosimo, accipis solidum ».

(304) La singolarità della *pollicitatio* si desume da varii principii per esse sanciti: per es. che il pollicitante non è obbligato per gli interessi se non *ex mora*, fr. 1; la regola sulle condizioni, fr. 13; la liberazione parziale in caso di sopravvenuta degenza, ecc.

(305) Fr. 3, Dig. 50, 12. *Ulpianus libro quarto disputationum*. « Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum. et ideo illud est constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur, et est constitutum. Si quis quam ex pollicitatione tradiderat rem municipibus vindicare velit, repellendus est a petitione: *aequissimum est enim huiusmodi voluntates in civitates collatas paenitentia non revocari*, sed et si desierint municipes possidere, dicendum erit actionem eis concedendam ». Fr. 1, § 1, Dig. 50, 12. « Non semper autem obligari eum, qui pollicitus est, sciendum est. *si quidem ob honorem promiserit decretum sibi vel decernendum vel ob aliam iustam causam, tenebitur ex pollicitatione: sin vero sine causa promiserit, non erit obligatus. et ita multis constitutionibus et veteribus et novis continetur* ».

Fr. 4, *ibidem*. *Marcianus libro tertio institutionum*. « Propter incendium vel terrae motum vel aliquam ruinam, quae rei publicae contingit, si quis promiserit, tenetur ».

Fr. 11, *ibidem*. *Modestinus libro nono pandectarum*. « Si quis ob honorem vel sacerdotium pecuniam promiserit et antequam honorem vel magistratum ineat, decedet, non oportere heredes eius conveniri in pecuniam, quam is ob honorem vel magistratum promiserat, prin-

mento fosse per lui rovinoso, liberarsi dalla obbligazione assunta, cedendo un quinto del suo patrimonio (306); e suoi eredi potevano eventualmente liberarsi — ove l'eredità non bastasse a soddisfare la *pollicitatio*, — cedendo un quinto o un decimo della successione a seconda che fossero figli o estranei (307).

Trattamento analogo era fatto per diritto romano alle promesse alle divinità (308).

La materia delle promesse unilaterali ha avuto ampio svolgimento nella teoria giuridica moderna a proposito delle promesse per pubblici incanti, dei contratti a favore dei terzi, dei titoli al portatore, ecc.

§ 2. Del « *nexum* » (309).

Vi era nell'antico diritto romano un solenne rito giuridico che prendeva il nome di *per aes et libram agere*, e

cipalibus constitutionibus cavetur, nisi forte ab eo vel ab ipsa re publica eo vivo opus fuerit inchoatum».

Fr. 14, *ibidem*. Pomponius libro sexto epistularum et variarum lectionum. « Si quis sui alienive honoris causa opus facturum se in aliqua civitate promiserit, ad perficiendum tam ipse quam heres eius ex constitutione divi Traiani obligatus est, sed si quis ob honorem opus facturum se civitate aliqua promiserit atque inchoaverit et priusquam perficeret, decesserit; heres eius extraneus quidem necesse habet aut perficere id aut partem quintam patrimonii relicti sibi ab eo, qui id opus facere instituerat, si ita mallet, civitati, in qua id opus fieri coeptum est, dare: is autem, qui ex numero liberorum est, si heres exstitit, non quintae partis, sed decimae concedendae necessitate adficitur, et haec divus Antoninus constituit ». Cfr. fr. 1, §§ 3-4, Dig. *h. t.* e fr. 6 eod.

(306) V. fr. 9, Dig. *ibidem*. Modestinus libro quarto differentiarum. « Ex pollicitatione, quam quis ob honorem apud rem publicam fecit, ipsum quidem omnimodo in solidum teneri: heredem vero eius ob honorem quidem facta promissione in solidum, ob id vero, quod opus promissum coeptum est, si bona liberalitati solvendo non fuerint, extraneum heredem in quintam partem patrimonii defuncti, liberos in deciman teneri divi Severus et Antoninus rescripserunt, sed et ipsum donatorem pauperem factum ex promissione operis coepti quintam partem patrimonii sui debere divus Pius constituit ».

(307) V. fr. 15, Dig. *ibidem*. Ulpianus libro singulari de officio curatoris rei publicae. « Inter liberos nepotem quoque ex filia contineri divus Pius rescripsit ».

(308) V. Worms, pagg. 60-80.

compievansi pesando una quantità di bronzo alla presenza di cinque testimoni, e pronunciando solenni parole. Adibito allo scopo di trasferire la proprietà, questo rito costituiva il *mancipium* o *mancipatio*; adibito invece allo scopo di costituire una *obligatio*, costituiva il *nexum*. Il *nexum* è dunque il più antico negozio giuridico costitutivo di *obligatio*.

Per comprendere bene la sua essenza bisogna peraltro tener presente la speciale essenza della originaria *obligatio*. E forse gli è massimamente per avere disconosciuta questa distinzione, confondendo la originaria *obligatio* colla posteriore e moderna obbligazione, che la materia del *nexum* ha dato luogo a tanti dibattiti e congetture. L'*obligatio* originaria romana era *uno stato di personale dipendenza* di una persona (che per regola era il debitore, ma poteva anche essere un estraneo) di fronte ad un'altra persona creditrice; era una specie di schiavitù di fatto, destinata a durare finchè fosse soddisfatto quel certo dovere (*debitum*) a garanzia del quale essa era stata costituita. Il *nexum* quindi non era nè poteva essere il contratto di mutuo, ma era forse l'atto solenne col quale, eseguendosi mediante pesa pubblica un mutuo, il debitore, o chi per lui, si costituiva in ostaggio del creditore finchè fosse avvenuta la restituzione.

Così sembra a noi debba concepirsi l'antichissimo *nexum* (310). Ma questa ipotesi non è universalmente accolta.

(309) Le principali monografie sul *nexum* sono le seguenti: HUSCHKE, *Ueber das Recht des nexum*, Leipzig, 1846. — GIRAUD, *Des nexi, ou de la condition des débiteurs chez les romains*, Parigi, 1847. — CARLE, *Le origini del diritto romano*, 1888. — ROBY, *Roman Private Law in the time of Cicero and of the Antonines*, vol. II, Appendix B, pagine 296 e segg. — MITTEIS, *Ueber das Nexum* (nella Zeitschrift der Savigny Stiftung, vol. 22, pagg. 96 e segg.). — BEKKER, *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, vol. 23, pagg. 14 e segg. — LENEL, *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, vol. 23, pagg. 84 e segg. — MOMMSEN, *Ibid.*, pagine 348 e segg. — SCHLOSSMANN, *Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren*, Leipzig, 1904 e *Nexum, Nachträgliches. etc.*

(310) Una accurata analisi dei passi relativi al *nexum* trovasi fatta dal ROBY, op. cit., I, pagg. 296 e segg. Il ROBY studia il significato della parola *nexum* in LIVIO (II, 23-32; VI, 14-20, 27, 34-36; VII, 19-21; VIII, 28); nelle XII tav. (FESTO, pag. 177); in CICERONE (*Pro Caecina*, § 102; *Murena*, § 3; *Har resp.*, § 14; *Orat.*, I, 173; III, 159; *Rep.*,

Si è fatto valere contro di essa che se il *nexum* veniva adibito, nell'epoca storica, a sciogliere delle obbligazioni (nel senso moderno della parola) (311) esso doveva anche aver servito nelle origini a costituirle, e da ciò si è voluto trarre, in tanta penuria di salde testimonianze, un argo-

I, 27; II, 59; *Parad.*, V, 35; *Top.*, 28; *Ep. Fam.*, VII, 30); in VARRONE (*L. L.*, VII, 105; in FESTO (pag. 165); in GAI0 (II, 27; III, 173); nel digesto) fr. 52, § 2, Dig. 2. 14; fr. 33, Dig. 10, 2; fr. 1, § 4, Dig. 43. 4; c. 8. Cod. VIII, 15; c. 2, Cod. Theod., II, 30; c. 2, Cod. VIII, 27; fr. 26, § 7, Dig. 12, 6; fr. 1, Dig. 46, 4, ecc.). Da questa analisi risulta che la parola *nexum* è usata nelle fonti in varii sensi e cioè: 1° ad indicare una vera e propria prigionia dei debitori, e questo è il senso in cui la parola trovasi costantemente usata in Livio, e una volta da Cicerone e Varrone; 2° ad indicare la *mancipatio*; e in questo senso è normalmente usata da Cicerone e dai suoi contemporanei, (fatta eccezione per Varrone) e una volta da Gaio e Frontino (GAIO, 2, 27; FRONTINO, *de contr. ag.*, pag. 26, Ed. Lachamann); 3° ad indicare un vincolo legale come quello sorgente da pegno, e in questo senso metaforico trovasi usata generalmente nei giuristi classici. Aggiungasi il testo (che trascriviamo) nel quale la parola *nexum* è usata ad indicare *omne quod per aes et libram agitur*, e il passo di Festo, *de verb. sign.* s. v. Veggasi anche in riguardo alla classifica e valutazione delle fonti, MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, I, pagg. 236 e segg. Noi trascriveremo qui soltanto i testi principali che suffragano la nostra ipotesi. LIVIO, VIII, 28: «Eo anno plebei romanae velut aliud initium libertatis factum est quod necti desierunt; mutatum autem ius ob unius feneratoris simul libidinem, simul crudelitatem insignem... Victum eo die ob impotentem iniuriam unius ingens vinculum fidei, iussique consules ferre ad populum nequi, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne nectorentur». CICERONE, *R. P.*, II, § 59. «Sunt propter unius libidinem omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum».

VARRONE, *L. L.*, VII, 105. «Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia, Mucius quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeterquam mancipio detur. Hoc versus esse ipsum verbum ostendit, de quo quaeritur; nam id est, quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debet dat dum solveret, nexus vocatur, ut obaere obaeratus. Hoc C Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret, et omnes, qui bonam copiam iurarunt, ne essent nexi, dissoluti». Cfr. ROBY, op. cit., pagg. 305 e segg. e MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, I, pag. 138, n. 10.

(311) Vedi retro pag. 140.

mento decisivo per ritenere essere stato l'antico *nexum* un contratto obbligatorio nel senso moderno di questa espressione, e cioè dunque un vero e proprio contratto di mutuo. Ma questa argomentazione non ha un valore decisivo. Bisogna tener presente che Gaio, il quale tratta della *nexi liberatio*, scriveva nel secondo secolo dopo Cristo, in un'epoca cioè nella quale il *nexum*, come negozio costitutivo di *obligatio* nel senso originario della parola, era da più secoli abolito. La *nexi liberatio*, di cui parla Gaio, non poteva quindi avere riferimento che a quelle obbligazioni che col *nexum* si potevano ancora costituire dopo la *lex Poetelia*, cioè ad obbligazioni nel senso moderno della parola. Noi sappiamo del resto che la *lex Poetelia* non abolì il *per aes et libram agere*, ma forse solo l'applicazione che se ne faceva in antico a scopo di autopignoramento del debitore. Si può dunque anche ammettere, sebbene sia dubbio, che la *nexi liberatio* fosse in origine il modo solenne di porre fine alla prigionia del *nexus*, avvenuto il pagamento; ma ciò non toglie che essa venisse adibita in seguito ad estinguere, sia gli obblighi di ogni specie che eventualmente si potevano assumere, colla formalità del *nexum*, in base alla nota disposizione delle XII Tavole *cum nexum faciet mancipiumve uti lingua nuncupassit ita ius esto*, sia anche ad estinguere altre diverse obbligazioni come quelle fondate su di una sentenza (*iudicatum*), o su di un *legatum per damnationem*. Ad una estensione della *nexi liberatio* operata dalla giurisprudenza accenna del resto lo stesso Gaio colle parole *receptum est*.

Il *nexum* dunque, per quanto venisse usato massimamente in caso di mutuo, non era, a nostro avviso, il contratto di mutuo ma il negozio solenne che garantiva le obbligazioni di mutuo (o altre) col costituire il debitore, o chi per lui, in uno stato di servitù di fatto. Abolita dalla *lex Poetelia*, questa specie di servitù convenzionale, i mutui non ancora riconosciuti come validi contratti, vennero forse da prima garantiti mediante *stipulatio* (312), finchè

(312) Forse così può spiegarsi l'enigmatico passo di FESTO, pag. 163: «nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia quae per nexum obli-

da ultimo ottennero autonomo riconoscimento e azione propria (*condictio certi*).

Questo modo di considerare l'antico *nexum* si allontana dalla teoria ancor dominante che dobbiamo quindi obiettivamente riferire. Secondo questa teoria l'originario *nexum* era un vero contratto di mutuo e, come tale, serviva esclusivamente a creare nel mutuante l'obbligazione (in senso moderno) di restituire il denaro o le cose fungibili ricevute a mutuo. Ciò si sarebbe ottenuto mediante l'uso di parole solenni che sarebbero state pronunciate dal creditore all'atto in cui dava effettivamente, pesandolo (realmente o fittiziamente), il denaro a mutuo. La specialità del *nexum* non avrebbe quindi consistito nel costituire il debitore, o chi per lui, in ostaggio presso il creditore a titolo di garanzia, ma bensì, invece, nel renderne direttamente esecutiva l'obbligazione di restituire. Per effetto del *nexum*, in altri termini, il debitore, che alla scadenza non avesse spontaneamente pagato, sarebbe stato considerato come *iudicatus*, e soggetto alla procedura esecutiva: il *nexum* sarebbe dunque stato un contratto solenne munito di clausola esecutiva. Non è il caso di entrare qui in un'analisi minuta di questa opinione che conta tuttora valorosi sostenitori: rimandiamo alle critiche, per taluni riguardi, a nostro avviso, decisive del Mitteis e dello Schlossmann (313).

gatur»; confrontato con VARRONE, *LL.*, V, 102: «*qui pecuniam alligant stipulari et restipulari dicunt*», intendendo come *pecunia* per *nexum obligata* il denaro dato a mutuo, in origine dietro pegno personale del debitore o di altri in sua vece, e in seguito garantito con *sponsio*. Cfr. ROBY, op. cit., I, pag. 306.

(313) Così da ultimo ROBY, op. cit., pag. 308, che richiama l'analogia offerta dal *warrant of attorney* dell'antico diritto inglese, e BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 13 e segg. Il MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, pag. 142, perviene invece alla conclusione che il *nexum* fosse «*il negozio giuridico obbligatorio dell'antico diritto*».

CAPITOLO II.

Contratti verbali.

Sommario: § 1. Origini della «*stipulatio*». — § 2. Requisiti della stipulazione e loro attenuamento. — § 3. La stipulazione scritta. — § 4. Oggetto della stipulazione e sue principali applicazioni. — § 5. La causa nella stipulazione. — § 6. Azioni sorgenti dalla «*stipulatio*». — § 7. Altri contratti verbali.

§ 1. Origini della «*stipulatio*» (314).

Le origini della *stipulatio* sono avvolte nell'oscurità. Pare che le XII tavole non la conoscessero ancora, e certo solo ai tempi di Plauto ce ne è attestato l'uso nella vita giuridica romana. Si può quindi supporre che la sua introduzione cada fra il quarto e quinto secolo, e coincida coll'abolizione del *nexum* per opera della *lex Poetelia* (315). Ma come sorse essa, e quali furono i suoi precedenti? A queste domande, si è tentato di rispondere, ma senza pervenire a risultati certi e concordi. Vi è chi fa derivare la *stipulatio* da una semplificazione del *nexum*; chi dal giuramento all'ara massima di Ercole; chi dal semplice uso di solennizzare con libazioni le più importanti contrattazioni nei mercati; chi, più semplicemente ancora, dalle necessità dei commerci, e chi, infine, da una forma di garanzia imposta dal magistrato per le composizioni che non potessero venir pagate subito, o per l'esecuzione di una sentenza qualsiasi (316). Questa ultima ingegnosa

(314) Vedi DANZ, *Der Sacrale Schutz in römischen Rechtsverkehr*, Jena, 1857. — LIEBE, *Die Stipulation und das einfache Versprechen*, Braunschweig, 1840. — GIRTANNER, *Die Stipulation und ihr Verhältniss zum Wesen der Vertragsobligation*, Kiel, 1859. — MITTEIS, *Ueber die Herkunft der Stipulation (Eine Hypothese)* (nella *Festschrift für E. J. Bekker*, Weimar, 1907. — BERTOLINI, *Appunti didattici*, I, pagg. 43 e segg.

(315) Vedi retro, pag. 5.

(316) Per un riassunto delle varie teorie cfr. BERTOLINI, *Appunti*, cit., pagg. 48-55.

ipotesi del Mitteis (317) ha qualche fondamento nelle parole con cui, anche in epoca storica, si concludeva la *stipulatio* (*spondesne? spondeo*), e nel nome stesso di *sponsio* che la *stipulatio* aveva in origine, in quanto la *sponsio* è poi indicata come la più antica forma di garanzia. Essa potrebbe anche dar sussidio alle ipotesi da noi avanzate circa il momento in cui la *stipulatio* sarebbe stata primariamente introdotta nel sistema del diritto privato romano.

§ 2. Requisiti della stipulazione e loro attenuamento.

La *stipulatio* si perfezionava verbalmente, mediante lo scambio di una solenne domanda e risposta (318). Il futuro creditore (detto *stipulator*) domandava al futuro debitore (detto *promissor* o *promittens*) se voleva obbligarsi: questi rispondeva affermativamente (319). La domanda e la risposta

(317) Questa ipotesi emessa dal MITTEIS nel suo studio sul *Nexum*, (nella Zeitschrift der Savigny Stiftung, vol. 22, pagg. 96 e segg.), è stata dall'eminente scrittore maggiormente svolta nello scritto *Ueber die Herkunft der Stipulation*, pagg. 109-142.

Cfr. pr., *Inst.*, III, 15 [16]: « obligationum firmandorum gratia stipulationes inductae sunt » e fr. 1, § 4, Dig. 45, 1: « sciendum est omnes stipulationes natura sua cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione ». Le cosiddette *stipulationes necessariae*, sulle quali vedi pr. *Inst.*, III, 18 [19], sarebbero state le prime in ordine cronologico.

(318) Definizioni, fr. 5, § 1, Dig. 45, 1. « Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit ».

PAOLO, *Sent.*, II, 3. « Stipulatio est verborum conceptio ad quam quis congrue interrogatus respondet, velut *spondes? spondeo*..... ».

(319) Vedi i frammenti trascritti e citati nella nota precedente e fr. 1, § 1, Dig. 45, 1. *Ulpianus libro quadragesimo octavo ad Sabinum*. « Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt: nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent, si quis igitur ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et acquirat ei ex stipulatu actionem. item si quis obligari velit, iubeat et erit quod iussu obligatus. Qui praesens interrogavit, si antequam sibi responderetur discessit, inutilem efficit stipulationem: sin vero praesens interrogavit, mox discessit et reverso responsum est, obligat: intervallum enim medium non vitiait obligationem » e fr. 137, pr. *ibidem*. *Venuleius*

dovevano essere fatte colle parole sacramentali: *spondes? spondeo; uno actu*, alla domanda doveva cioè immediatamente tener dietro la risposta, onde era essenziale la contemporanea presenza delle parti; e occorreva infine anche che la risposta corrispondesse esattamente alla domanda, il che in origine si intendeva forse nel senso che il futuro debitore, promittente, dovesse ripetere tutte le parole pronunciate dal futuro suo creditore, stipulante (320).

Tutti questi requisiti subirono nel corso dell'epoca classica notevolissimi attenuamenti che finirono per trasformare sostanzialmente l'indole del contratto. Per quanto riguarda le parole si ammisero ben presto degli equivalenti: *dabis? dabo; promittis? promitto*, e si ritennero sufficienti anche parole in lingua greca, e, per i peregrini, in qualsiasi altra lingua che fosse nota ad entrambe le parti. Per quanto riguarda la forma della domanda e risposta, si ammise che non fosse essenziale purchè risultasse altrimenti la volontà delle parti di volersi obbligare *ex stipulatu*.

Anche l'*unitas actus* venne poi intesa meno rigorosamente, cioè *cum tractu temporis*, e da ultimo si finì per ammettere come non essenziale una completa corrispondenza della volontà delle parti, considerandosi validamente sorta l'obbligazione per quel tanto per cui le parti risultavano consenzienti (321).

libro primo stipulationum. « Continuus actus stipulantis et promittentis esse debet (ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit) et comminus responderi stipulanti oportet ceterum si post interrogationem aliud acceperit nihil proderit, quamvis eadem die spondisset ».

(320) Per le parole da usare V. GAIO, III, 92, 93. « Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut *dari spondes? spondeo; dabis? dabo; promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto; fideiubeo? facies? faciam* ».

C. 10, Cod. VIII, 37. *Imp. Leo A. Erithrio pp.* « Omnes stipulationes, etiamsi non sollemnibus vel directis, sed quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sint, legibus cognitae suam habeant firmitatem ». *D. k. Ian. Constantinopoli Marciano cons.* [a. 472]; e cfr. § 1, *Inst.*, III, 15.

(321) Vedi § 5, *Inst.*, III, 19. « Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quae interrogatus erit non responderit, veluti si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra: aut si

§ 3. *La stipulazione scritta.*

Il processo di affievolimento degli originari requisiti della *stipulatio* testè descritto venne indubbiamente favorito dall'uso di redigere in iscritto le stipulazioni, uso introdotto, in origine, al solo scopo di favorirne la prova, ma che, nel corso del tempo, finì per trasformarne la essenza.

Si cominciò qui coll'ammettere che fosse stata validamente conchiusa ogni stipulazione redatta in iscritto. La dichiarazione scritta di aver le parti scambiate, *inter presentes* e *uno actu*, la solenne domanda e risposta, costituiva una presunzione dell'essersi realmente compiuto il contratto verbale col rispetto delle sue forme e dei suoi requisiti (322). Naturalmente questa presunzione poteva venir distrutta mediante prova contraria: ma tale prova non era per sè facile e Giustiniano la rese poi anche più difficile disponendo che la *stipulatio* attestata per iscritto avesse, in

'ille pure stipuletur, tu sub condicione promittas', vel contra, si modo scilicet id exprimas, id est si cui sub condicione vel in diem stipulanti tu respondeas: 'praesenti die spondeo'. nam si hoc solum respondeas 'promitto', breviter videris in eandem diem aut condicionem spondidisse: nec enim necesse est respondendo eadem omnia repeti, quae stipulator expresserit»; e cfr. fr. 1, § 4, Dig. 45, 1. *Ulpianus libro quadragesimo octavo ad Sabinus*. «Si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, non esse contractam obligationem nisi in decem constat. ex contrario quoque si me viginti interroganti tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse». Interpolato.

(322) Vedi c. 14, § 2, Cod. VIII, 37 [38]. *Imp. Justinianus A. Iohanni p. p.* «Et si inter praesentes partes res acta esse dicitur et hoc esse credendum, si tamen in eadem civitate utroque persona in eo die commanet, in quo huiusmodi instrumentum scriptum est, nisi is, qui dicit sese vel adversarium abesse, liquidis ac manifestissimis probationibus et melius quidem, si per scripturam, sed saltem per testes undique idoneos et omni exceptione maiores estenderit sese vel adversarium suum eo die civitate afuisse: sed huiusmodi scripturas propter utilitatem contrahentium esse credendas». *D. k. Nov. post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.* [a. 531]. Cfr. § 12, *Inst.*, III, 19 [20] e BERTOLINI, *Appunti didattici*, pag. 69, n. 2.

ogni caso, a ritenersi validamente conchiusa ove al debitore non riuscisse di dimostrare, in modo indubitabile, che egli (o l'avversario suo) non si era trovato sul luogo del contratto per tutto il giorno entro il quale esso avrebbe avuto luogo a tenore della scrittura (323). A questo punto ben può dirsi che la *stipulatio* è diventata in pratica un contratto scritto, e che nella sua originaria natura di contratto verbale non restano che scarse vestigia nel principio da Giustiniano rispettato, in omaggio alla tradizione, della contemporanea presenza delle parti nello stesso luogo, nel giorno della stipulazione, e della incapacità del muto e del sordo a contrarre stipulazioni.

§ 4. *Oggetto della stipulazione e sue principali applicazioni.*

Nel momento in cui venne introdotta nel sistema giuridico la *stipulatio* non poteva avere per oggetto che una somma certa di denaro (*certa pecunia*); presto però la si ammise anche per una qualsiasi *res certa* e per ogni quantità di cose fungibili; e da ultimo per qualsiasi altra prestazione. Di qui ebbe origine la distinzione per molti riguardi importante — specie dal punto di vista processuale — fra *stipulatio certi* e *incerti* (324). La *stipulatio*

(323) Cfr. fr. 1, pr. Dig. 45, 1 e § 7, *Inst.*, III, 19 [20]. Naturalmente ridotto il formalismo della *stipulatio* ad un tale *minimum* doveva in molti casi riescire dubbio se si fosse di fronte ad una vera *stipulatio*, produttiva di azione, o ad un semplice *pactum*. Cfr. fr. 7, § 12, Digesto 2, 14. «Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri 'rogavit Titius, spondit Maevius', haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis: ideoque ex stipulatu nascitur actio, [nisi contrarium specialiter adprobetur quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium]». Dalla interpolazione finale risulta che i compilatori ammettevano patto o *stipulatio* a seconda della intenzione delle parti.

(324) Vedi fr. 74, Dig. 45, 1. *Gaius libro octavo ad edictum prov.* «Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. certum est, quod ex ipsa promentiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum».

Fr. 75 pr. e § 7, Dig. 45, 1. *Ulpianus libro vicensimo secundo ad edictum*. «Ubi autem non apparet, quid quale quantumque est in sti-

certi era quella che aveva oggetto certo nel suo *quid, quale, quantumve*: p. e. una somma di denaro, o una certa quantità di staia di grano, o una data *species*. La *stipulatio incerti* era quella che aveva oggetto incerto o, in altri termini, non determinato nel *quid, quale, quantumve*: p. e., la esecuzione di un'opera, o la astensione da un fatto qualsiasi.

Molteplici furono le applicazioni della stipulazione, cioè gli scopi ai quali la si fece servire. Noi abbiamo supposto che essa venisse in uso come succedaneo del *nexum*: ora poichè la funzione originaria del *nexum* era, a nostro avviso, di garanzia, così è, per noi, naturale ammettere che anche la *stipulatio* fosse originariamente adibita a scopo di garanzia. Essa fu forse il contratto col quale si garantiva un *debitum* altrui o proprio, più particolarmente un mutuo che non fosse per sè giuridicamente valido.

Ma come si sia in proposito certo è che la *stipulatio* servì in seguito a creare direttamente valide obbligazioni di ogni sorta. Era la *stipulatio* cui si faceva ricorso per creare la *solidarietà*, per far accedere all'obbligazione *ex mutuo* l'obbligazione delle *usurae*, per ottenere in via indiretta (*stipulatio poenae*) l'esecuzione della prestazione stipulata a favore di un terzo, per facilitare l'esecuzione di una obbligazione mediante *adstipulatio* o *adjectio solutionis causa*, e per regolare insomma a piacimento un qualsiasi rapporto.

§ 5. La causa nella stipulazione.

La stipulazione veniva generalmente contratta in base ad un dato rapporto giustificativo delle obbligazioni che da essa prendevano vita, e cioè, in altri termini, l'obbligazione del promittente aveva generalmente il suo fondamento

pulatione, incertam esse stipulationem dicendum est. — Quid id quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur: in faciendo, veluti *fossam fodiri, domum aedificari, vacuum possessionem tradi*: in non faciendo, veluti *per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat, per te non fieri quo minus mihi hominem Erotem habere liceat* ».

in una data *causa*. Egli avrà, ad esempio, promesso i 100 per avere antecedentemente ricevuto egual somma a titolo di prestito, o per esserne altrimenti debitore, o per compiere in tal modo una liberalità. Ma, dal punto di vista giuridico, la *causa* dell'obbligazione *ex stipulatu* non era in origine presa in considerazione. La *stipulatio*, essendo un contratto formale, produceva l'obbligazione *per sè stessa* e lo stipulante non aveva bisogno di dimostrare la *causa* per cui il promittente si era verso di lui obbligato. La *causa* dunque, pur essendovi, nulla aggiungeva alla validità dell'obbligazione, come nulla toglieva alla medesima nel caso in cui mancasse o fosse illecita.

A questo originario rigore di diritto, si arrecarono in seguito due notevoli attenuamenti. Il primo fu cautelare: si ammise cioè che il creditore dovesse dimostrare la *causa* della *obligatio ex stipulatu*, quando egli stesso l'avesse espressamente indicata nella stipulazione: ad es. con le parole *spondesne centum quae mihi ex mutuo debes dare?* Il secondo fu opera del pretore, il quale concesse al promittente di poter invocare la *exceptio doli (generatis)* (325) nel caso in cui la sua promessa non fosse stata fondata

(325) GAI, III, 116, 116 a: « Comparatae sunt... exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari. — Veluti si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli te defendi debere... ».

Fr. 2, § 3, Dig. 44, 4. « Circa primam speciem, quibus ex causi exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt. si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere: et si cum interponeretur, iustam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem ». Sulla *condictio obligationis* cfr. fr. 1 pr., §§ 1-2 e fr. 3, Dig. 12, 7.

sopra una *causa* qualsiasi. Anche in caso di *causa turpis* si ammetteva che il debitore potesse opporre la *exceptio doli generalis*. Quanto però egli avesse eseguito, non gli si accordava ripetere, in ogni caso, ma solo quando la *causa* fosse turpe solo da parte dell'accipiente (326).

Pel caso poi in cui alcuno si fosse obbligato, mediante *stipulatio*, a restituire una somma dichiarando di averla ricevuta a mutuo, mentre effettivamente, per un motivo qualsiasi, il mutuo non era stato effettuato, venne creata accanto all'*exceptio doli* la cosiddetta *exceptio non numeratae pecuniae* (327). Il debitore *ex stipulatu* invocando questa eccezione, — affermando cioè di non aver ricevuto il denaro che aveva promesso di restituire, — metteva l'avversario nella necessità di dimostrare che il versamento aveva invece effettivamente avuto luogo. Più tardi si ammise che il promittente senza attendere di essere convenuto, potesse (ove il denaro che aveva promesso di restituire non gli fosse stato consegnato) agire contro lo stipulante per ottenere la propria liberazione, colla c. d. *querella non numeratae pecuniae*. Il termine entro il quale potevasi promuovere

(326) Fr. 8, Dig. 12, 5. *Paulus libro tertio quaestionum*. « Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis, tamen si solveris, non posse te repetere, quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitudine, superesset: porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorum esse et ideo repetitionem cessare, tametsi ex stipulatione solutum est ».

(327) Vedi c. 3, Cod. IV, 30. *Imp. Antoninus A. Demetriae*. « Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae, compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto, absolutio sequitur ». *D. III. Kal. Iulias Laeto et Cereale cons.* [a. 215].

§ 1, *Inst.*, III, 21 [22]: « si quis debere se scripserit quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est... multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur ».

questa *querella* era originariamente di un anno, fu poi portato a cinque, e da ultimo ridotto, da Giustiniano, a due. Giustiniano stabilì anche che colui che aveva invocato la *exceptio non numeratae pecuniae* fosse tenuto in *duplum* qualora l'attore riescisse a dimostrare che il denaro gli era stato effettivamente consegnato (328).

§ 6. Azioni sorgenti dalla « stipulatio » (329).

Dalla *stipulatio* sorgevano tre azioni diverse a seconda che essa avesse per oggetto o una certa somma di denaro, o una quantità di cose fungibili, oppure una qualsiasi altra prestazione indeterminata: *actio* (o *condictio*) *certae creditae pecuniae*, *condictio certi* (o *triticaria*), e *actio ex stipulatu*. Coll'*actio certae creditae pecuniae* non potevasi chiedere che la precisa somma dovuta, a rischio di incorrere, in caso contrario, nelle pene della *plus petitio*, e il giudice, se condannava, non poteva condannare che nella precisa somma richiesta.

Anche colla *condictio certi* o *triticaria* non potevasi chiedere che la precisa quantità di cose (o la cosa) dovuta, a rischio di *plus petitio*, ma il giudice aveva facoltà di apprezzare, di suo arbitrio, il valore nella condanna la quale, nel diritto classico, era sempre pecuniaria.

Coll'*actio ex stipulatu* infine si chiedeva bensì la prestazione stipulata, ma rilasciando al giudice il compito di valutarne il valore (*quidquid ob eam rem N^m Nⁿ A^o A^a dare facere oportet*).

Queste tre azioni erano *stricti iuris*, nel senso che facevano valere il credito in base ai termini nei quali era stata formulata la relativa *stipulatio*, nè permettevano al giudice

(328) Nov. 18, c. 8, trad. lat. « Si protulerit aliquis scripturam, alter autem..... litteras quidem suscipiat, dicat autem non solutum debitum sibi et probaverit hoc legitimis modis actor: *condemnationem adversus eum duplicem... fieri sancimus...* ».

(329) Sulle vicende procedurali delle azioni sorgenti dalla *stipulatio* confr. GIRARD. *Manuel*, pagg. 486-489 e BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 105 e segg.

di risalire altrimenti alla volontà delle parti tenendo conto delle circostanze nelle quali la *stipulatio* era stata conclusa (330). Grande cura pertanto occorreva porre nello scegliere i termini della *stipulatio*, i quali erano poi decisivi per la valutazione delle possibili controversie, e le parti ricorrevano, per questa bisogna, al consiglio dei giureconsulti, per riescire ad una prudente e sicura formulazione delle loro volontà.

Ma poichè la diligenza posta in questo delicato compito non riesciva a togliere di mezzo la possibilità di equivoci e di interpretazioni discordi, si fece infine ricorso ad uno spediente che, attribuendo più ampi poteri di valutazione al giudice, riescì ad attenuare molto l'originario rigore della stipulazione. Questo spediente consistette nell'inserire nella stipulazione una clausola (c. d. *clausola doli*) colla quale le parti dichiaravano dovere la stipulazione stessa venir interpretata senza dolo, cioè senza cavilli e sottigliezze o, come anche dicevasi, *ex fide bona* (331).

§. 7. Altri contratti verbali.

Accanto alla *stipulatio* l'antico diritto civile conosceva altri due contratti verbali solenni: la *dictio dotis* e il *iusiurandum liberti*; ma questi erano di limitata applicazione, costituivano una specie di *ius singulare*, e caddero in disuso prima dell'epoca giustiniana.

1. La *dotis dictio* consisteva in una solenne dichiarazione verbale di costituzione di dote da parte del costi-

(330) Vedi GAIO, III, 137. « Item in his contractibus alter altere obligatur de eo quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur alius promittat, et in nominibus alius expenso ferendo obliget alius obligetur ». Cfr. § 3, *Inst.*, III, 22.

(331) Vedi fr. 121, Dig. 45, 1. *Papinianus libro undecimo responsorum*. « Ex ea parte cautionis, dolumque malum huic rei promissionique abesse a futurumque esse stipulatus est ille, spondit ille, incerti agetur ». Fr. 69, Dig. 50, 16. *Ulpianus libro septuagésimo octavo ad edictum*. « Haec verba ' cui rei dolus malus aberit afuerit ' generaliter comprehendunt omnem dolum, quicumque in hanc rem admissus est, de qua stipulatio est interposita ».

tuente (che solo parlava: *uno loquente*) mentre il marito, a cui favore la dote veniva costituita, doveva solo essere presente (332). Non qualsiasi persona poteva validamente costituire una dote mediante *dictio* ma solo la moglie ove fosse *sui iuris* o il padre o l'ascendente nella cui potestà essa si trovasse (333).

2. La *iusiurandum liberti* aveva per oggetto i doni d'occasione (*ut puta natalicium, sponsaliticium*) e le *operae* che il liberto prometteva al suo *dominus* per il caso della sua manomissione. Se avvenuta la manomissione lo schiavo manomesso, e divenuto liberto, ripeteva il giuramento, restava obbligato civilmente (334) come se si fosse vincolato, come pur poteva, mediante stipulazione.

(332) Vedi l'ampia discussione dei problemi relativi alla *dictio dotis* in BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 18 e segg.

(333) Vedi ULPIANO, VI, 2. « Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si iussu eius dicat; item parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione iunctus, velut pater, avus paternus. Dare promittere dotem omnes possunt ». *Vaticana Fragmenta*, 99, 100.

(334) GAIO, III, 96. *Frag. Vatic.*, 99-100. « Paulus respondit filiam familias ex dotis ditione obligari non potuisse. — Mater pro filia partem dotis dedit, partem dixit; filia in matrimonio decessit relictis filiis ex alio matrimonio; quaero de iure dotis. Paulus respondit eam quae data est mortua in matrimonio muliere apud virum remansisse, eam, quao dicta est, a matre peti non posse ».

Fr. 44, Dig. 40, 12. *Venuleius libro septimo actionum*. « Licet dubitatum antea fuit, utrum servus dumtaxat an libertus iurando patrono obligaretur in his quae libertatis causa imponuntur, tamen verius est non aliter quam liberum obligari. ideo autem solet iusiurandum a servis exigere, ut hi religione adstricti, posteaquam suae potestatis esse coepissent, iurandi necessitatem haberent... ».

CAPITOLO III.

Contratti letterali.

Sommario: § 1. Nomina « transcripticia ». — § 2. Chirografi e singrafe.

§ 1. Nomina « transcripticia » (335).

Accanto alla stipulazione si aveva nel diritto classico il *nomen transcripticum*, o diritto letterale (336). Per com-

(335) Vedi SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, vol. I, pagg. 205 e segg. — BUONAMICI, *Sulle « literarum obligationes » dell'antico diritto romano* (Archivio giuridico, vol. 16, pagg. 3 e segg., 1876). — VOIGT, *Ueber die Bankiers, die Buchführung und die Literar obligationen der Römer* (*La tenuta dei libri e l'obbligazione letterale dei Romani*, traduz. italiana di G. Carnazza, 1891). Cfr. la recensione di NIEMEYER, nella *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, vol. 13, n. 5, pagg. 312-326. — KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, §§ 66, 69. — COSTA, *L'orazione pro Q. Roscio Comoedo nella storia dei contratti letterali*, Bologna, 1896. — MITTEIS, nella *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, vol. 19, 1898. — ROBY, *Roman private Law in the time of Cicero and of the Antonines*, vol. II, pag. 64 e *Appendix*, pagg. 279 e segg. e *Appendix on Cicero, Pro Roscio Comoedo*, pagg. 486 e segg. — BERTOLINI, *Appunti didattici*, I, pagg. 114 e segg.

(336) Prima della scoperta delle istituzioni di Gaio poco sapevasi intorno al contratto letterale. Le principali fonti relative erano: CICERONE, *Pro Roscio Comoedo*; *De officiis*, III, 14, 58-60; *Ad. Att.*, 4, 18, 2. — PSEUDO ASCONIO, *Ad. Cic. Verr.*, II, 1, 23, 60. — THEOFILUS, *Inst.*, III, 21 pr. (Ed. FERRINI, pag. 348). — GAIO, *Epitome*, 2, 9, 12. Ora ne abbiamo una ampia descrizione in GAIO, III, 128-134. 128. « Litteris obligatio fit veluti nominibus transcripticiis. Fit autem nomen transcripticum duplici modo, vel a re in personam, vel a persona in personam ». 129. « A re in personam transcriptio fit, veluti si id quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero ». 130. « A persona in personam transcriptio fit veluti si id quod mihi Titius debet, tibi id capensum tulero; id est si Titius te delegaverit mihi ». 131. « Alia causa est eorum nominum quae arcaria vocantur. In his enim rei, non literarum obligatio consistit, quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae re facit obligationem. Qua de causa recte dicemus arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae

prendere questa caratteristica forma di contratto bisogna ricordare che i romani solevano tenere accuratamente l'amministrazione dei loro affari. Essi si servivano all'uopo di due specie di libri: gli *adversaria* o brogliaccio, e il *codex accepti et expensi* o libro di cassa. Negli *adversaria* notavano cronologicamente, giorno per giorno, le uscite e le entrate e le relative operazioni; nel *codex accepti et expensi* riportavano su pagine separate, sotto il nome di ciascuna persona colla quale erano in relazione di affari, le somme ricevute e quelle pagate, indicando le relative cause. È da queste scritture che trasse le sue origini il contratto letterale romano (337). Ma per ben comprendere come sorse bisogna tener presente che le semplici scritture o iscrizioni, di cui si è fin qui tenuta parola, non creavano delle obbligazioni, ma servivano solo a facilitarne la prova. Se, ad esempio, nella pagina intestata a Tizio, sotto la rubrica del *dare*. Caio avesse scritto: dato a Tizio a titolo di mutuo 100, non per questo Tizio era, senz'altro, considerato debitore; la scrittura serviva solo a dimostrare, fino a prova contraria, che i 100 erano stati veramente dati. Per creare un'obbligazione occorreva una *trascrizione*, cioè una operazione più complessa, che consisteva nella estinzione di un debito, o di un complesso di debiti preesistenti e aventi

testimonium praebere ». 132. « Unde non proprie dicitur arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur; quod genus obligationis iuris gentium est ». 133. « Transcripticiis vero nominibus an obligentur peregrini merito quaeritur, quia quodammodo iuris civilis est talis obligatio; quod Nervae placuit. Sabino autem et Cassio visum est, si a re in personam fiat nomen transcripticum, etiam peregrinos obligari; si vero a persona in personam, non obligari ». 134. « Praeterea literarum obligatio videtur chirographis et singraphis, id est si quis debere se aut datarum se scribat; ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est ». Cfr. GAIO, III, 138 (*glossema in fine*) e *Vat. Fr.*, 329 (trascritto sopra).

(337) Oltre agli *adversaria* e al *Codex accepti et expensi*, i romani avevano un libro a parte detto *Kalendarium* nel quale notavano le scadenze degli interessi da percepire. Sulla vera natura del *Codex accepti et expensi* è controversia. Cfr. MITTEIS, op. cit. nella bibliografia, pagg. 258-259 e ROBY, pure ivi citato, pag. 280, n. 1.

cause proprie, mediante creazione di un *nuovo debito* (338). Colla scorta di Gaio noi possiamo ricostruire due esempi tipici di *transcriptio*.

1° *Esempio*. — Tizio è debitore di 100 verso Caio per un prestito fattogli: egli è inoltre debitore dello stesso Caio di altre 100 come prezzo di una cosa da lui acquistata. Questi due crediti si trovano scritti nel *codex* di Caio, col-l'indicazione delle rispettive cause (mutuo, vendita). Questa semplice iscrizione non può servire a Caio che come mezzo di prova: il che vuol dire che se Caio vorrà esigere i 100 dati a mutuo, o il prezzo di 100 della cosa venduta, dovrà dimostrare il mutuo fatto o la vendita. Caio poteva tuttavia convenire con Tizio di estinguere questi due crediti sostituendoli con un unico credito formale per il loro complessivo ammontare. Ma come attuare tale convenzione? Noi abbiamo visto che si poteva adibire a tale scopo la *stipulatio*; ma a un certo punto si ammise che ciò potesse farsi anche *literis*. Caio scriveva nel suo *codex* di avere ricevuti i 100 dati a mutuo ed i 100 ammontare del prezzo della cosa venduta, e con questa prima operazione egli avrà liberato Tizio, poi egli trascriverà l'ammontare di 200 a debito di Tizio, come se glie li avesse in quel momento stesso dati a prestito (*expensum alicui ferre*). In base a questa

(338) Molti scrittori ritengono che non bastasse la sola iscrizione del debito nella partita *avere* del creditore, ma che occorresse una corrispondente iscrizione nella partita *dare* nel *codex* del debitore. Ma questa opinione non ha fondamento. Non solo Gaio (III, 132) non accenna affatto ad una corrispondente iscrizione nel *codex* del debitore, ma da Cicerone (*Pro Roscio Comoedo*) risulta il contrario, e si accentua l'unilateralità dell'iscrizione. Deve inoltre osservarsi come fosse naturale dare importanza alla scrittura da parte del creditore, che era l'interessato a fare l'iscrizione; e del resto il dare importanza all'atto del creditore era in armonia colle idee giuridiche romane che, anche in tutti gli altri atti costitutivi di diritti, davano importanza all'attività del creditore: così nella *stipulatio* è il creditore che ha l'iniziativa dell'atto (*spondes ne centum dare?*): GAIO, III, 92, 116; nella *mancipatio* è l'acquirente che afferma il diritto che acquista: *hunc ego hominem meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*: GAIO, I, 119. La tesi accolta nel testo è vigorosamente sostenuta dal ROBY, op. cit., I, pagg. 285-286.

seconda operazione — avvenuta, ben s'intende, col consenso di Tizio (cf. fr. 26, Dig. 39, 5) — si ammise (dalla giurisprudenza) che Tizio restasse obbligato verso Caio *literis*, o come dice Gaio, *ipso nomine*: come resterebbe oggidì obbligato cambiariamente un debitore che, ad estinzione di certo suo debito, emettesse a favore del creditore una cambiale. L'operazione vien detta *transcriptio a re in personam* (339).

2° *Esempio*. — Tizio è debitore di Caio per 100 da lui ricevuti in prestito, o come gestore d'affari, o come compratore di una cosa; questo debito è attestato dal *codex*, sotto la partita *avere* di Caio. Anche qui la semplice iscrizione non costituisce la *causa* dell'obbligazione di Tizio, ma un mezzo per dimostrare l'esistenza della *causa*; mutuo, gestione, vendita, ecc. Ma anche qui Tizio può convenire con Caio di assolverlo dalla sua obbligazione dietro prestazione di una obbligazione di eguale ammontare che venga assunta da un terzo. Se questo terzo, che chiameremo Sempronio, acconsente, si procederà alla relativa operazione. Caio scriverà nel suo *codex* — alla partita *dare* — di avere ricevuto il pagamento che Tizio gli doveva a titolo di mutuo, gestione o vendita, e riporterà poi i medesimi 100 a debito di Sempronio — col suo consenso — nella partita *avere*, come se in quello stesso momento glie li avesse dati a mutuo. Anche qui si aveva un mutuo fittizio; ma l'obbligazione che in tal modo sorgeva *literis*, a carico di Sempronio, era anche sostanzialmente fondata in rapporti che non occorreva risultassero nell'atto stesso. L'operazione è perfettamente corrispondente a quella che si ha oggi

(339) Un esempio tipico di *transcriptio a re in personam* ci è offerto da CICERONE, *De officiis*, III, 14, §§ 58, 60, passo già da noi citato a proposito della teoria del *dolo*. Un tale Cannio adescato dalle manovre fraudolente di un certo Pizio, decide di comperare una villa di questi a Siracusa. L'operazione ci è descritta come segue: Pizio addebita Cannio nel suo *codex* del prezzo pattuito per la vendita; poscia lo accredita come se il prezzo fosse stato pagato, mentre in realtà ciò non era; infine trascrive a debito di Cannio ugual somma, a titolo di mutuo, col consenso di Cannio stesso; e con ciò l'operazione è finita e Cannio è obbligato *literis*.

quando un debitore ottiene la liberazione di un proprio debito, o la liquidazione di tutta una partita di affari, mediante l'emissione di una cambiale per l'ammontare corrispondente da parte di un terzo accettato dal primitivo creditore. Questa seconda operazione vien detta *transcriptio a persona in personam*.

Quando sia stato primieramente riconosciuto il contratto letterale che abbiamo descritto, non possiamo dire (340). Esso presuppone una società nella quale si abbia un notevole svolgimento di affari e una contabilità perfezionata: può quindi ritenersi che sia notevolmente posteriore al riconoscimento della *stipulatio*, anche per la circostanza che a differenza di questa, e di tutti gli altri contratti formali, non richiedeva la presenza delle parti (341).

Il contratto letterale era in pieno vigore nell'epoca classica, ma più tardi cominciò a perder terreno di fronte alle forme di contratto scritto di origine ellenica. Esso era già caduto in desuetudine prima dell'epoca giustiniana.

§ 2. *Chirografi e singrafe* (342).

Gaio dopo aver parlato dei *nomina transcripticia*, accenna ad altre forme di contratti letterali proprie dei peregrini: ai *chirografi* e alle *singrafe*. Per *chirografo* si intendeva una dichiarazione di debito scritta e firmata dal debitore stesso; per *singrafe* una scrittura contenente il testo di

(340) In base a LIVIO, 35, 7, si ammette da alcuni scrittori che il contratto letterale fosse già riconosciuto nel 531 v. C., ma è illazione azzardata. Veggasi circa la sua applicabilità ai peregrini GAIO, III, 133.

(341) Il contratto letterale dava luogo all'*actio certae creditae pecuniae*. Vedi GAIO, III, 124; IV, 171; fr. 1, § 1 e fr. 2, § 3, Dig. 12, 1; CICERONE, *Pro Roscio Comoedo*, IV, § 10.

(342) Vedi GNEIST, *Die formellen Verträge*, etc., Berlin, 1845. — SCHUPFER, *Singrafe e Chirografi* (Rivista italiana per le scienze giuridiche, vol. 7, pagg. 345 e segg.) — MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, pagg. 459 e segg. — ROBY, op. cit., I, pag. 66. — BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 129 e segg. — MESSINA VITRANO, *La literarum obligatio del diritto giustiniano* (estratto dall'Archivio giuridico. — FILIPPO SERAFINI, vol. IX, fasc. 1).

una obbligazione fra due o più persone, firmata dalle medesime (*signata utriusque manu*) (343).

Queste scritture avevano, secondo il diritto ellenico, forza costitutiva di obbligazione: erano cioè dei veri contratti letterali che facevano perfetto riscontro ai *nomina transcripticia* romani (344). Ma quando, in base alla costituzione Antoniniana, venne estesa la cittadinanza, e con essa il diritto romano, a tutti i sudditi dell'impero, i *chirografi* e le *singrafe* dovettero, almeno formalmente, far posto alla romana *literarum obligatio*, ai *nomina transcripticia*. Ma non è facile ammettere, che una simile imposizione potesse reggere a lungo. L'uso di tenere i libri di cassa, alla romana, non era così generalmente osservato in Oriente come a Roma e in Italia, nè poteva ivi, di un tratto, venir accolta una forma il cui riconoscimento era fondato su di una pratica amministrativa e contabile tutta romana. È dunque assai probabile che l'introduzione del contratto letterale romano, al pari dell'introduzione di tanti altri istituti specifici romani, non avesse alcun seguito nella pratica dei paesi orientali nei quali avevano profonde radici le istituzioni giuridiche elleniche, e che viceversa si continuasse colà a far uso delle *singrafe* e dei *chirografi*.

Posto ciò, quando nelle istituzioni giustiniane troviamo detto che il debito attestato in un chirografo può venire impugnato colla prova del non esservi stato effettivo versamento (*exceptio non numeratae pecuniae*) ma solo entro due anni dalla sua emissione, possiamo, con qualche ragione, ritenere che la volontà del legislatore giustiniano, fosse che, dopo questo termine, il chirografo acqui-

(343) GAIO, III, 134, trascritto sopra.

(344) Così sostiene specialmente il Mitteis fondandosi su PSEUDO ASCONIO, *Ad Verrem*, II, 1, § 91. «Inter singraphas et cetera chirographa hoc interest, quod in ceteris tantum quae gesta sunt scribi solent, in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit, et non numerata quoque pecunia aut non integre numerata pro temporaria voluntate hominum scribi solent more institutoque Graecorum. Et ceterae tabulae ab una parte servari solent, syngraphen utriusque manu [signatam] utriusque parti servandum tradunt». Cfr. tuttavia ROBY, op. cit., pag. 66.

stasse quella sua forza costitutiva formale di obbligazione che, in origine, aveva già al momento della sua costituzione. Bisogna tener presente che se nei Digesta venne dai compilatori cancellata ogni traccia dei *nomina transcripticia*, e delle obbligazioni letterali, nelle Istituzioni invece la categoria delle obbligazioni *litteris* viene riaffermata con tutta la possibile chiarezza. Or come può spiegarsi questo fatto? Piuttosto che supporre che i compilatori delle Istituzioni parlassero del contratto letterale per salvare la quadripartizione dei contratti, pur sapendo che contratto letterale non esisteva più, è preferibile ritenere che essi volessero ridonare al chirografo la sua dignità originaria di *contratto formale*, trascorso il tempo utile accordato all'interessato per impugnarlo (345).

(345) Che i compilatori delle istituzioni volessero riammettere nel sistema l'*obligatio litterarum* risulta dall'aver essi alla medesima dedicato un titolo apposito.

Inst., III, 21. «Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. plane si quis debere se scripserit, quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. sic fit, ut et hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur: et ex ea nascitur conditio, cessante scilicet verborum obligatione. multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartatum est, ut ultra biennii metas huiusmodi exceptio minime extendatur».

E oltre a ciò dall'aver ripreso la quadripartizione dei contratti (§ 2, *Inst.*, III, 13; § 1, *Inst.*, III, 20 e passi corrispondenti della parafrasi di Teofilo) laddove nei frammenti del Digesto la medesima era stata abbandonata, sopprimendosi la categoria delle obbligazioni *litteris*. Cfr. fr. 1, § 1, Dig. 44 (cfr. GAI, III, 89); fr. 52, Dig. 44, 7; fr. 1, § 3, Dig. 2, 14; fr. 9, § 3, Dig. 12, 1, ecc.

CAPITOLO IV.

Contratti reali.

Sommario: § 1. Il mutuo. — § 2. Obbligazioni sorgenti dal mutuo. — § 3. Il mutuo ad interesse. — § 4. Dei mutui dei «filii familias». — § 5. Del comodato. — § 6. Obbligazioni sorgenti dal comodato. — § 7. Il «precarium». — § 8. Del deposito. — § 9. Obbligazioni sorgenti dal deposito. — § 10. Deposito necessario e sequestro. — § 11. Del deposito irregolare. — § 12. Del contratto di pegno. — § 13. Obbligazioni sorgenti dal contratto di pegno. — § 14. Dei contratti reali innominati. — § 15. Della permuta. — § 16. Effetti della permuta. — § 17. Altri contratti reali innominati.

§ 1. Il mutuo (346).

Il mutuo è un contratto mediante il quale una persona (detta mutuuario) che riceve una data somma di denaro o una quantità di cose fungibili, in proprietà da un'altra persona (detta mutuante), si obbliga a restituirla, dopo un certo tempo, altrettanta dello stesso genere e qualità (347).

(346) Vedi HUSCHKE, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehn*, etc., 1882. — FADDA, *Istituti di diritto commerciale*, Napoli. — BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 148 e segg., Torino, 1905. Oscure sono le origini del contratto di *mutuum*. In origine esso non aveva di per sé efficacia giuridica. Secondo l'ipotesi da noi accolta il *nexum* serviva a garantirlo, e più tardi, allo stesso fine, servi la *stipulatio*. Si ammette ora generalmente che il primo riconoscimento dell'obbligazione del mutuuario si avesse in base al principio del doversi restituire ogni indebito arricchimento. Il mutuuario sarebbe stato da prima obbligato a restituire il denaro o le cose mutate al proprietario mutuante, per il fatto che egli si sarebbe altrimenti indebitamente arricchito a sue spese. Solo in seguito sarebbe stato preso in considerazione l'elemento convenzionale e posto a fondamento delle obbligazioni del mutuuario. Cfr. GIRARD, *Manuel*, pagg. 502-503.

(347) GAI, III, 90. «Re contrahitur obligatio velut mutui datione. *Mutui autem datio* proprie in his [fere] rebus contingit quae pondere numero mensura constant, qualis est pecunia numerata vinum oleum frumentum aes argentum aurum. Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis

Il mutuo è un contratto reale perchè si perfeziona colla dazione da parte del mutuante al mutuatario. Non lo si deve quindi confondere colla promessa di mutuo che costituisce pure un valido contratto quando sia conchiusa nella forma della *stipulatio* (o come patto aggiunto ad un contratto di buona fede) (348). Esso è un contratto unilaterale poichè dà luogo al sorgere di una sola obbligazione: quella cioè del mutuatario di restituire.

Affinchè il mutuo si perfezioni occorre:

1° Che il mutuante sia proprietario delle cose date a mutuo, e ne abbia altresì la disponibilità.

2° Che egli effettivamente le trasferisca al mutuatario.

3° Che mutuante e mutuatario siano d'accordo sulla causa della dazione: che questa abbia luogo *credendi causa*, cioè: se tale accordo manca potrà eventualmente sorgere un altro contratto (e. g. deposito irregolare), ma non mutuo (349).

Si noti frattanto:

1° Che nel corso dell'epoca classica si ammise che potesse sorgere un'*obligatio ex mutuo* anche quando il mutuante non fosse stato proprietario delle cose date a

non eaedem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit».

Fr. 2, § 2, Dig. 12, 1. «Appellata est autem mutui datio ab eo, quod de meo tuum fit: et ideo, si non fiat tuum, non nascitur obligatio»; e fr. 1, § 22, Dig. 44, 7: *Gaius libro secundo aureorum*. «Obligaciones ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu. Re contrahitur obligatio mutui datione».

(348) Vedi fr. 68, Dig. 45, 1. *Paulus libro secundo ad edictum*. «Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. quod si ita stipulatus fuero, pecuniam te mihi crediturum spondes?, incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest».

(349) Vedi fr. 3, § 1, Dig. 44, 7. «Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur. itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est». Cfr. fr. 18, Dig. 12, 1; fr. 36, Dig. 41, 1.

mutuo, ove il mutuatario le avesse altrimenti fatte sue in buona fede: per esempio, mediante *commixtio* od *usucapio*; o quando, pure in buona fede, le avesse consumate, poichè, in tale ipotesi, il mutuatario aveva ottenuto, se non precisamente in base alla *datio* per parte del mutuante, quanto meno in conseguenza della medesima, quello stesso beneficio che avrebbe direttamente conseguito ove il mutuante fosse stato, all'atto della *datio*, proprietario della somma consegnata (350).

2° Che parimente si ammise che la materiale consegna, da parte del mutuante al mutuatario potesse essere sostituita da delegazione, da parte del mutuante stesso, di un suo debitore al suo futuro debitore *ex mutuo* (351); od operarsi mediante *traditio brevi manu*, convenendosi cioè fra il mutuante e il mutuatario che questi avesse a trattene come propria, a titolo di mutuo, la somma, o le cose, che antecedentemente deteneva a nome e. g. in deposito (352).

(350) I testi relativi sono: fr. 11, 12, 13, pr., e § 1; fr. 19, § 1, Dig. 12, 1; fr. 56, § 2, Dig. 46, 1; fr. 15, § 1, Dig. 12, 6; fr. 60 e 78; Dig. 46, 3. Dubbio è tuttavia se in tali ipotesi si conceda la vera e propria *condictio mutui* o non piuttosto una *condictio sine causa*. Cfr. BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 156 e segg.

(351) Vedi fr. 32, Dig. 12, 1. *Celsus libro quinto digestorum*. «Si et me et Titium mutuum pecuniam rogaveris et ego meum debitorem tibi promittere iusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris? subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti: sed propius est ut obligari te existimem, non quia pecunia tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest); sed quia pecunia mea ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et aequum est».

(352) V. fr. 34 pr., Dig. 17, 1. *Africanus libro octavo quaestionum*. «Qui negotia Lucii Titii procurabat, is, cum a debitoribus eius pecuniam exegisset, epistulam ad eum emisit, qua significaret certam summam ex administratione apud se esse eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quaesitum est, an ex ea causa credita pecunia peti possit et an usurae peti possint. respondit non esse creditam: alioquin dicendum ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. nec huic simile esse, quod, si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt: item quod, si a debitore meo iussero te accipere

3° Il terzo requisito non subì alcuna modificazione i giureconsulti erano unanimi nel ritenere che non potesse aversi mutuo qualora non vi fosse accordo delle parti contraenti sulla *causa credendi*: abbiamo però visto che Giuliano ammetteva, malgrado il dissenso sulla *causa credendi*, il trapasso della proprietà.

§ 2. *Obbligazioni sorgenti dal mutuo.*

In seguito al contratto di mutuo il mutuatario diventava proprietario delle monete, o delle altre cose fungibili, ricevute — onde ne sopportava il *periculum* — e nello stesso tempo restava obbligato a restituirle in egual somma numerica o quantità (*eiusdem bonitatis ac qualitatis*) (353). Questa obbligazione era *stricti iuris*: il mutuatario cioè era tenuto a restituire il preciso equivalente di ciò che aveva ricevuto: nulla più e nulla meno. Se si trattava di mutuo di denaro egli doveva dunque restituire un numero corrispondente di monete della stessa specie di quelle ricevute, senza tener conto dei cambiamenti intervenuti nel valore *di corso* o *intrinseco* delle medesime, purchè esse avessero tuttora corso legale al momento del pagamento (354).

pecuniam, credita fiat, ed enim benigne receptum est. his argumentum esse eum, qui, cum mutuum pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam recte petiturum: et tamen pecuniam ex argento redactam periculo eius fore, qui accepisset argentum. et in proposito igitur dicendum actione mandati obligatum fore procuratorem, ut, quamvis ipsius periculo nummi fierent, tamen usuras, de quibus convenerit, praestare debeat». Cfr. fr. 11 pr., c. 15, Dig. 12, 1 e fr. 9, § 9, Dig. eod. Confronta per altri casi simili BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 159 e segg.

(353) Vedi fr. 3, Dig. 12, 1. *Pomponius libro vicensimo septimo ad Sabinum*. « Cum quid mutuum dederimus, etsi non cavimus, ut aequae bonum nobis redderetur, non licet debitori deteriorem rem, quae ex eodem genere sit, reddere, veluti vinum novum pro vetere: nam in contrahendo quod agitur pro cauto habendum est, id autem agi intellegitur, ut eiusdem generis et eadem bonitate solvatur, qua datum sit ». Cfr. fr. 11, § 1, Dig. eod.

(354) Vedi GAIO, III, 90 sopra trascritto e fr. 98 Dig. 46, 3. *Paulus libro quarto responsorum*. « Respondit debitorem non esse cogendum

Qualora tuttavia di monete di quella specie non ve ne fossero più in corso, si teneva conto del valore intrinseco, e la restituzione poteva avvenire in monete diverse per l'ammontare del valore intrinseco che quelle date a mutuo avevano nel momento della conclusione del contratto. Quando poi il mutuo aveva per oggetto altre cose fungibili, p. es. olio, grano, vino, ecc., la restituzione doveva aver luogo nella quantità e qualità corrispondente.

Quanto al termine della restituzione bisognava distinguere anzitutto a seconda che fosse stato o meno pattuito espressamente, o tacitamente, un termine. Se non si era pattuito termine alcuno il mutuante poteva chiedere la restituzione subito. Se si era fissato un termine bisognava vedere se fosse stato fissato nell'interesse del debitore o del creditore o di entrambi. Se il termine era stato fissato nell'esclusivo interesse del debitore (come è per regola), il debitore poteva restituire anche prima della scadenza. In caso contrario il pagamento non doveva, nè poteva, aver luogo prima senza il consenso del creditore.

L'azione, con cui si fanno valere le obbligazioni sorgenti dal mutuo, era la *condictio certae pecuniae* quando si trattava di un mutuo di denaro, e la *condictio triticaria* quando si trattava di un mutuo di altre cose fungibili.

§ 3. *Il mutuo ad interesse.*

Il mutuo romano è essenzialmente gratuito. Ciò dipende dalla sua stessa struttura di contratto reale. Il mutuatario non era tenuto a restituire che in quanto aveva ricevuto: e poichè non poteva dirsi che egli avesse ricevuto le *usurae*, così neppure poteva essere tenuto a restituirle.

Il diritto romano si spinse anche più oltre in quanto, in omaggio alla natura *stricti iuris* dell'azione (sorgente

in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit ». Cfr. fr. 1, § 1, Dig. 34, 1. *Pomponius libro sexto ad Sabinum*. « Cui certum pondus argenti dare heres iussus sit. ei pecuniam numeratam dando ipso iure liberatur, si in ea pecunia eadem aestimatio fuerit; quod ita verum est, si non certum genus argenti legatum sit ».

dal mutuo), escluse la piena efficacia dei patti di usure aggiunti, ammettendo soltanto che da tali patti potesse sorgere un'*obligatio naturalis* (vedi retro pag. 60). Se il mutuante voleva assicurarsi la prestazione di *usurae*, occorreva che conchiudesse col mutuatario una apposita stipulazione, dal che risulta evidente che l'obbligazione delle *usurae* restava giuridicamente al di fuori del mutuo (355).

Ciò per regola: in via eccezionale si ammise che, in date circostanze, anche un semplice patto aggiunto al mutuo bastasse a renderlo produttivo di interessi. Il caso più importante ci è offerto dal prestito marittimo (*pecunia traiectica, foenus nauticum*). Questo consisteva nel mutuo di denaro destinato ad essere trasportato oltre mare, o in natura oppure in merci con esso acquistate. Il mutuatario si obbligava a restituire il denaro ricevuto solo ove riuscisse a portarlo a destinazione, cioè, in altri termini, addossando al mutuante il rischio del trasporto. Si ammise pertanto che, a titolo di compenso, per questo rischio che sopportava, il mutuante potesse validamente pattuire *usurae*, e in misura superiore al tasso normale (illimitatamente nel-

(355) Vedi fr. 24, Dig. 19, 5. *Africanus libro octavo quaestionum*. «Titius Sempronio triginta dedit pactique sunt, ut ex reditu eius pecuniae tributum, quod Titius pendere deberet, Sempronius praestaret computatis usuris semissibus, quantoque minus tributorum nomine praestitum foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret, quod amplius praestitum esset, id ex sorte decederet, aut, si et sortem et usuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset Titius Sempronio praestaret: neque de ea re ulla stipulatio interposita est. Titius consulebat, id quod amplius ex usuris Sempronius redegisset, quam tributorum nomine praestitisset, qua actione ab eo consequi possit. respondit pecuniae quidem creditae usuras nisi in stipulationem deductas non deberi: verum in proposito videndum, ne non tam faenerata pecunia intellegi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum, nisi quod ultra semissem consecuturus esset: sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniae creditae fuisse, quando, si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo vel amisisset vel vacuam habuisset, dicendum nihil eum eo nomine praestare debuisse. quare tutius esse praescriptis verbis in factum actionem dari, praesertim cum illud quoque convenisset, ut quod amplius praestitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet: quod ipsum ius et causam pecuniae creditae excedat» e *TEXTES*, pagg. 756, 757.

l'epoca classica: fino al 12% nell'epoca giustiniana) (356). Più tardi si estese il principio introdotto pel prestito marittimo ad ogni altra operazione di prestito (anche non marittimo) nella quale il mutuante convenisse la restituzione del denaro (o delle cose mutate) solo per il caso in cui si verificasse una data condizione. Anche in tale caso, infatti, il mutuante si assumeva un certo rischio: quello cioè di non riavere il denaro mutuato ove la condizione non si verificasse, e sembrò quindi opportuno estendere a questo caso il trattamento fatto per la *pecunia traiectica* (357).

§ 4. Dei mutui dei « filii familias » (358).

Abbiamo visto come di buon ora venisse in Roma riconosciuta la capacità dei figli di famiglia ad obbligarsi *civiliter* sia *ex delicto* che *ex contractu*. Le obbligazioni loro non potevano tuttavia sortire pieno effetto che al momento in cui diventavano *sui iuris* o in seguito ad emancipazione o per la morte del loro *pater familias*. Ne derivavano

(356) Fr. 7, Dig. 22, 2. *Paulus libro tertio ad edictum*. «In quibusdam contractibus etiam usurae debentur quemadmodum per stipulationem. nam si dedero decem traiectica, ut salva nave sortem cum certis usuris recipiam, dicendum est posse me sortem cum usuris recipere». Cfr. inoltre fr. 30, Dig. 22, 1; c. 23, Cod. IV, 32 e Nov. 136, c. IV. Sulla storia del tasso delle *usurae* e relativa legislazione cfr. GIRARD, *Manuel*, pagg. 510 e segg. Le *usurae* erano: *trientes* 3%; *quadrantes* 4%; *quincunces* 5%; *semisses* 6%; *septuncies* 7%; *besses* 8%; *deuncies* 11%; *unciariae* 12%; *biniae centesimae* 24%; *trinae centesimae* 36%; *quaternae centesimae* 48%, ecc.

(357) Vedi fr. 5, Dig. 22, 2. *Scaevola libro sexto responsorum*. «Periculi pretium est et si condicione quamvis poenali non existente recepturus sis quod dederis et insuper aliquid praeter pecuniam, si modo in aleae speciem non cadat: veluti ea, ex quibus conditiones nasci solent, ut 'si non manumittas', 'si non illud facias', 'si non convaluero' et cetera. nec dubitabis, si piscatori erogatur in apparatus plurimum pecuniae dederim, ut, si cepisset, redderet, et athletae, unde se exhiberet exerceretque, ut, si vicisset, redderet. In his autem omnibus et pactum sine stipulatione ad augendam obligationem quodest».

(358) Già una legge sotto Claudio aveva inteso a porre un freno ai prestiti a babbo morto. Vedi TACRO, *Annali*, XI, 13. Il S. C. Macedoniano venne fatto sotto Vespasiano.

gravi inconvenienti poi che spesso gli usurai approfittavano della situazione non concedendo credito ai figli di famiglia che a condizioni gravosissime, leggermente subite dai giovani più imprevidenti e dissoluti.

La cosa era, sul principio dell'epoca imperiale, giunta a tal punto, che il senato si vide indotto a *prohibere i mutui ai figli di famiglia*, ordinando ai magistrati di non riconoscerne l'efficacia giuridica. In armonia con questo senatoconsulto i pretori introdussero la così detta *exceptio S. C. Macedoniani*, invocando la quale il figlio di famiglia convenuto in giudizio poteva esonerarsi dall'obbligazione di restituire il denaro ricevuto a mutuo mentre ancora si trovava nella potestà del proprio padre (359).

I mutui di denaro fatti ai figli di famiglia restavano così, a stretto rigore, validi: ma grazie alla *exceptio S. C. Macedoniani*, la quale poteva venir opposta in qualsiasi stadio della procedura, e fino *in executivis* (360), potevano venire paralizzati. In sostanza quindi, dopo il senatoconsulto Macedoniano, il figlio di famiglia che avesse contratto dei mutui restava libero di pagarli o non pagarli, a seconda che la coscienza gli dettava. Se però pagava, pagava validamente e non poteva più ripetere (361) (vedi retro a

(359) Vedi fr. 1 pr., Dig. 14, 6. *Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum*. « Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: 'Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri' ». Vedi GIRARD, *Manuel*, pag. 514, n. 3.

(360) Vedi fr. 11, Dig. 14, 6. *Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum*. « tamen, si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur senatus consulti exceptione: et ita Iulianus scribit in ipso filio familias exemplo mulieris intercedentis ».

(361) Vedi fr. 14, Dig. 12, 1. *Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum*. « Si filius familias contra senatus consultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obicietur: sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait cessare conditionem, quo-

pag. 60). Gli è che lo scopo cui il senatoconsulto Macedoniano mirava non era di limitare la capacità dei figli di famiglia, ma piuttosto, come bene avvertono i testi, di trattenerne gli usurai dal compiere con essi immorali operazioni di credito.

Di ciò è facile persuadersi considerando:

1° Che anche dopo il S. C. restavano perfettamente validi i mutui dei figli di famiglia che avevano un *peculium castrense* o *quasi castrense* per l'ammontare del medesimo (362).

2° Che validi erano pure considerati i mutui approvati dal *pater familias*, prima o dopo la loro conclusione (363).

3° Come pure quelli che gli avessero direttamente profittato (*in rem versio*) (364).

niam totiens conditio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transisset: in proposito autem non esset. denique per errorem soluti contra senatus consultum crediti magis est cessare repetitionem ». Fr. 40, Dig. 12, 6, trascritto sopra a pag. 61, nota 90.

(362) V. fr. 1, § 3, Dig. 14, 6. « In filio familias nihil dignitas facit, quo minus senatus consultum Macedonianum locum habet: nam etiamsi consul sit vel cuiusvis dignitatis, senatus consulto locus est: nisi forte castrense peculium habeat: tunc enim senatus consultum cessabit ».

(363) Vedi fr. 12, Dig. 14, 6. *Paulus libro trigensimo ad edictum*. « Si tantum sciente patre creditum sit filio, dicendum est cessare senatus consultum. sed si iusserit pater filio credi, deinde ignorante creditore mutaverit voluntatem, locus senatus consulto non erit, quoniam initium contractus spectandum est ».

(364) V. fr. 7, 12-14, Dig. 14, 6. « Proinde si acceperit pecuniam et in rem patris vertit, cessat senatus consultum: patri enim, non sibi accipit. sed et si ab initio non sic accepit, verum postea in rem patris vertit, cessare senatus consultum libro duodecimo digestorum Iulianus ait intellegendumque ab initio sic accepisse, ut in rem verteret. non tamen vertisse videbitur, si mutuam pecuniam acceptam patri in proprium debitum solvit et ideo, si pater ignoravit, adhuc senatus consulto locus erit. Quod dicitur in eo, qui studiorum causa absens mutuum acceperat, cessare senatus consultum, ita locum habet, si probabilem modum in mutua non excessit, certe eam quantitatem, quam pater solebat subministrare. Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui, si peteret, exceptione non summovertetur, senatus consulti cessabit exceptio ».

4° Che validi diventavano anche quelli compiuti contro il divieto del senatoconsulto ove venissero confermati dal figlio stesso diventato *sui iuris* (365).

5° Che infine la *exceptio S. C. Macedoniani* non poteva invocarsi contro il mutuante che avesse dato il denaro a mutuo ignorando, per errore scusabile, che il mutuatario era un figlio di famiglia (366).

L'*exceptio S. C. Macedoniani* non veniva accordata al figlio soltanto, ma anche al padre, e agli eredi dell'uno e dell'altro.

§ 5. Del comodato (367).

Il comodato è un contratto mediante il quale una persona (detta comodatario, *is qui commodatum accepit*) che riceve da un'altra persona (detta comodante, *commodans is qui commodat*) una determinata cosa in detenzione per servirsene gratuitamente per un dato uso, si obbliga a restituirla dopo essersene servito secondo il convenuto.

(365) V. c. 2, Cod. IV, 28. *Impp. Severus et Antoninus AA. Serapiae.* « Zenodorus cum sui iuris esse publico videretur aut patris voluntate contraxit aut in eam rem pecuniam accepit, quae patris oneribus incumberet, vel suae potestatis constitutus novatione facta fidem suam obligavit vel alias agnovit debitum, non esse locum decreto amplissimi ordinis rationis est ». *PP. V. K. Mart. Saturninus et Gallus cons.*

(366) V. fr. 19, Dig. 14, 6. *Pomponius libro septimo ex varii lectionibus.* « Iulianus scribit exceptionem senatus consulti Macedoniani nulli obstare, nisi qui sciret aut scire potuisset filium familias esse eum cui credebatur ».

Fr. 3, eod. « Is autem solus senatum consultum offendit. § 3. qui mutuam pecuniam filio familias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit locavit vel alio modo contraxit: nam pecuniae datio perniciosa parentibus eorum visa est. et ideo etsi in creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi, etsi stipulatus sim: licet coeperit esse mutua pecunia, tamen quia pecuniae numeratio non concurrat, cessat senatus consultum. quod ita demum erit dicendum, si non fraus senatus consulto sit cogitata, ut qui credere non potuit magis ei venderet, ut ille rei pretium haberet in mutui vicem ».

(367) Vedi FERRINI, *Storia e teoria del comodato* (nell'Archivio giuridico, vol. 42 e 43, 1894) e *Pandette*, pag. 671 e segg. — BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 253 e segg.

Il comodato è un contratto reale, perchè si perfeziona colla consegna della cosa da parte del comodante al comodatario. Non si deve quindi confondere il comodato colla promessa di comodato, che è pure valida quando venga contratta mediante *stipulatio*. Esso è a titolo gratuito, perchè — a differenza della *locatio-conductio* — non tollera compenso per il comodante. È poi bilaterale imperfetto, perchè, mentre non dà *necessariamente* luogo che ad un'obbligazione, quella cioè del comodatario di restituire la cosa ricevuta in comodato, può, *eventualmente*, dare luogo ad obbligazioni del comodante, in caso di spese necessarie fatte dal comodatario per la conservazione della cosa comodata.

Affinchè il comodato si perfezioni occorre:

1° Che il comodante consegni la cosa, che può essere mobile (frequentissimi erano i comodati di schiavi) o immobile (368), al comodatario. Non occorre che il como-

(368) Vedi fr. 1 pr., e § 1, Dig. 13, 6. *Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum.* « Ait praetor: 'Quod quis commodasse diceret, de eo iudicium dabo'. Huius edicti interpretatio non est difficilis. unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum Paconius utendi fecit mentionem. inter commodatum autem et utendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait ».

§ 2, *Inst.* III, 14. « Item is cui res aliqua utenda datur, id est commodatur, re obligatur et tenetur commodati actione. sed is ab eo qui mutuum accepit longe distat: namque non ita res datur, ut eius fiat, et ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, veluti incendio ruina naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilo minus obligatus permanet. at is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire: sed propter maiorem vim maiore casu non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit: alioquin si id quod tibi commodatum est peregre ferre tecum malueris et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris, dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. commodata autem res tunc

dante sia proprietario; e neppure che sia possessore giuridico, non richiedendosi che il trasferimento della detenzione. Chiunque quindi detenga una cosa, giustamente o ingiustamente, può, per gli effetti contrattuali, darla ad altri in comodato (369).

2° Che la consegna della cosa avvenga allo scopo di attribuirne al comodante un più o meno ampio uso gratuito.

3° Che infine vi sia il consenso delle parti circa l'obbligo della restituzione, tosto che la cosa abbia servito all'uso convenuto.

§ 6. *Obbligazioni sorgenti dal comodato.*

Il comodatario si deve servire della cosa comodata da buon padre di famiglia, ed è responsabile per la distruzione e pel deterioramento della medesima dovuto a sua colpa (*culpa levis in abstracto*) (370). Egli se ne deve servire soltanto per gli usi convenuti; se viola dolosamente questo suo obbligo commette un *furtum usus* ed è, in ogni caso, responsabile anche per il caso fortuito determinato da sua colpa (371).

proprie intellegitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est. alioquin mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur: gratuitum enim debet esse commodatum». E cfr. BERTOLINI, *Appunti*, pagg. 262 e segg.

(369) Fr. 8, Dig. 13, 6. *Pomponius libro quinto ad Sabinum*. « Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus ».

Fr. 9 eod. *Ulpianus libro secundo ad edictum*. « nemo enim commodando rem facit eius cui commodat ».

Fr. 10 eod. *Paulus libro vicensimo nono ad edictum*. « Commodare possumus etiam alienam rem, quam possidemus, tametsi scientes alienam possidemus ».

Fr. 11 eod. *Marcellus libro quinto digestorum*. « ita ut et si fur vel praedo commodaverit, habeat commodati actionem ».

(370) Fr. 18 pr., Dig. 13, 6, sopra trascritto. Sulla fine di questo frammento la parola *pignori* è interpolata invece di *fiduciae*. Notevole è il richiamo alla c. d. *culpa in concreto*. Cfr. sopra pag. 100 e BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 278 e segg.

(371) Vedi fr. 5, §§ 3-4, Dig. 13, 6, « Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et,

Dopo essersene servito, secondo il convenuto, deve infine restituirla con tutte le sue accessioni: *cum omni causa*.

Il comodante può, eventualmente, esser tenuto a risarcire il comodatario dei danni a lui arrecati colposamente, in causa di vizi inerenti alla cosa (372) e a rifargli le spese necessarie e straordinarie che non siano una conseguenza del suo godimento (373).

Le azioni che servono a far valere queste obbligazioni sono l'*actio commodati directa* e *contraria*.

§ 7. *Il « precarium » (374).*

Da non confondersi col comodato, sebbene presenti con esso grandi affinità, è il precario. È questo un antichissimo

si forte res aestimata data sit, omne periculum praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit. Quod vero senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat. proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit vel aliquid damnum fatale, non tenebitur, nisi forte, cum possit res commodatas salvas facere, suas praetulit». E cfr. fr. 5, § 10, eod e BERTOLINI, op. cit., pagg. 282 e segg.

(372) Fr. 18, § 2, Dig. 13, 6. « Item qui sciens vasa vitiosa commodavit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effesumve est, condemnandus eo nomine est ».

(373) Fr. 18, § 2, Dig. 13, 6. « Possunt iustae causae intervenire, ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet: veluti de impensis in valetudinem servi factis quaeve post fugam requirendi reducendique eius causa factae essent: nam cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset. sed et id, quod de impensis valetudinis aut fugae diximus, ad maiores impensas pertinere debet: *modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eundem pertineant* ».

(374) Vedi DEGENKOLB, *Platzrecht und Miethe*, Berlin, 1867. — A. UBEBOLDE, *Ueber das precarium an körperlichen Sachen* (nell' *Archiv für die civ. Praxis*, vol. 59, 1876). — V. SCIALOJA, *Il possesso del precarista* (Studi per l'VIII Centenario dell'Università di Bologna), Roma, 1888.

Fr. 1, Dig. 43, 26. *Ulpianus libro primo institutionum*. « Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur. Quod genus liberalitatis ex iure gentium descendit.

istituto, le cui origini risalgono all'epoca primitiva, quando i patroni solevano concedere ai loro clienti dei terreni da sfruttare, a similitudine di quanto soleva fare la città in riguardo dell'*ager publicus* (375). Il precario non era allora un contratto; esso era una concessione di contenuto illimitato, ma essenzialmente revocabile. Il precarista non si trovava ad essere in alcun rapporto giuridico obbligatorio col concedente, il quale non aveva alcuna azione contrattuale per costringerlo a restituire il possesso della cosa data a precario (376). A questo scopo egli non poteva in origine servirsi che della *rei vindicatio*. In seguito si introdusse un apposito interdetto, cioè l'interdetto *de praecario*, col quale il concedente poteva recuperare il possesso dal precarista e da ultimo, infine, si ammise che egli potesse anche esperire un'azione civile. In questo momento il precario, da *semplice istituto di fatto* che era in origine, diventa un vero *contratto obbligatorio*, con spiccata tendenza a confondersi col comodato (377).

Et distat a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat, at qui precario concedit, sic dat quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere. Et est simile commodato: nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re commodata permittat ».

(375) Vedi SAVIGNY, *Recht des Besitzes* (7^a ed. per cura di Rudorff). Altre ipotesi in JHERING, *Sul fondamento della protezione del possesso* (traduzione italiana del Forlani), e nel più recente suo studio sulla volontà possessoria *Der Besitzwille*, pagg. 389-421.

(376) Vedi fr. 14, Dig. *h. t. Paulus libro tertio decimo ad Sabinum*. « Interdictum de precariis merito introductum est, quia nulla eo nomine iuris civilis actio esset: magis enim ad donationes et beneficii causam, quam ad negotii contracti spectat precarii condicio »; e fr. 14, § 11, Dig. 47, 2. « Is qui precario servum rogaverat subrepto eo postet quaeri an habeat furti actionem. et cum non est contra eum civilis actio (quia simile donato precarium est) ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem. plane post interdictum redditum puto eum etiam culpam praestare et ideo et furti agere posse ».

(377) V. fr. 2, §§ 1-2, Dig. 43, 26. « Hoc interdictum restitutorium est. Et naturalem habet in se aequitatem, namque precarium revocare volenti competit: est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum mutavero volun-

Tuttavia, anche nel diritto più recente, non si può certo dire che il precario e il comodato siano la stessa cosa. Intanto, come già abbiamo accennato, la concessione a precario è di contenuto illimitato, non avviene, cioè, per un uso determinato, potendo il precarista servirsi della cosa come più gli aggrada; oltre a ciò, il precarista ha il possesso giuridico, a meno che non abbia espressamente chiesta la sola detenzione (378); il comodatario invece è sempre semplice detentore; infine il precario può sempre venire revocato *ad libitum* del concedente (e anzi, neppure si può convenzionalmente limitare questo diritto del concedente) (379), il che non è invece per il comodato, poichè il comodante non può chiedere la restituzione della cosa che dopo che il comodatario se ne sia servito per l'uso per il quale gli è stata concessa.

tatem. itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fine oritur »; e fr. 19, § 2, Dig. 43, 26. « Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti conditione, id est praescriptis verbis ».

V. PAOLO, *R. S.*, v. 6, 10. « Redditur interdicti actio, quae proponitur ex eo, ut quis, quod precarium habet, restituat; [nam et civilis actio huius rei, sicut commodati, competit]: eo vel massime, quod ex beneficio suo unusquisque iniuriam pati non debet. — Precario possidere videtur non tantum qui per epistulam vel qualibet alla ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is, qui nullo voluntatis iudicio, patiente tamen domino, possidet. — Heres eius, qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est clam videri possidere: nullae enim preces eius videntur adhibitae. Et ideo persecutio eius rei semper manebit nec interdicto locus est ». Le parole fra parentesi quadra sono un glossema. Cfr. fr. 14, § 11, Dig. 47, 2.

(378) V. fr. 6, § 2, Dig. 43, 26. « Is qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit remanet: nam ei fructuarius, iniquit, et colonus et inquilinus sunt in praedio et tamen non possident ».

(379) V. fr. 12, Dig. *h. t. Item libro vicensimo quinto digestorum*. « Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in kalendas Iulias precario possideat, numquid exceptione adiuvandus est ne ante ei possessio auferatur? sed nulla vis est huius conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. Precario rogatio et ad heredem eius qui concessit transit: ad heredem autem eius qui precario rogavit non transit, quippe ipsi dumtaxat, non etiam heredi concessa possessio est », e v. retro.

§ 8. *Del deposito* (380).

Il deposito è un contratto, mediante il quale una persona (detta depositario, *depositarius* [fr. 1, § 36, Dig. 16, 3, interpolato] *qui depositum suscepit*) che riceve in consegna una cosa mobile, da un'altra persona (detta deponente *deponens: qui deponit*), si obbliga a custodirla e a restituirla a richiesta. Anche il deposito è un contratto reale che si perfeziona colla consegna della cosa dal deponente al depositario. Esso non va quindi confuso colla promessa di deporre, che può tuttavia costituire un valido contratto ove sia rivestita delle forme della *stipulatio* (381). Anche il deposito, al pari del comodato, è gratuito e bilaterale imperfetto, perchè, mentre non dà necessariamente origine che ad un'obbligazione di custodire e restituire, da parte del depositario, può, eventualmente, dare nascita anche ad obbligazioni del deponente, p. es. di risarcire i danni, rifare spese, ecc.

Affinchè il deposito si perfezioni occorre:

1° Che il deponente effettui il deposito, trasferendo la detenzione della cosa al depositario. Non occorre, per gli effetti del contratto, che il deponente sia proprietario e neppure che sia possessore della cosa depositata (382).

(380) Dig. XVI, 3, Cod. IV, 34.

(381) V. fr. 26, § 2, Dig. 16, 3. « Titius Sempronius salutem. Habere me a vobis auri pondo plus minus decem et discos duos, saccum signatum: ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis: item quos Trophimati decem: item ex ratione patris vestri decem et quod excurrit. quaero, an ex huiusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniae causam attinet. respondit ex epistula, de qua quaeritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse: an autem is quoque, qui debet sibi cavit in eadem epistula decem, probare possit hoc quod scripsit, iudicem aestimaturum ».

(382) V. fr. 1, § 39, Dig. 16, 3. « Si praedo vel fur deposuerint, et hos Marcellus libro sexto digestorum putat recte depositi acturos: nam interest eorum eo, quod teneantur ».

2° Che la consegna avvenga a scopo di gratuita custodia (383).

3° Che vi sia l'accordo delle parti circa la restituzione a richiesta.

§ 9. *Obbligazioni sorgenti dal deposito.*

Il depositario deve restituire la cosa che gli è stata data in deposito, in qualsiasi momento gli venga richiesta (384). Egli è per regola responsabile solo per la distruzione o pel deterioramento della cosa depositata dovuta a suo dolo o colpa lata (385); in via eccezionale tuttavia è tenuto anche per colpa lieve: 1° quando si sia offerto spontaneamente come depositario; 2° quando il deposito sia stato contratto a suo beneficio; 3° quando se ne sia altrimenti fatta patuizione (386). Ove poi si sia servito arbitrariamente della

(383) V. fr. 1, §§ 12-13, Dig. *h. t.* « Quod si rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit. et Pomponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem. Idem Pomponius quaerit, si tibi mandavero. ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, idque feceris, mandati an depositi tenearis. et magis probat mandati esse actionem, quia hic est primus contractus ». Cfr. fr. 8 pr., Dig. 17, 1.

Per la gratuità della custodia vedi fr. 1, §§ 8-9, Dig. *h. t.*; § 13, *Inst.*, III, 26 e cfr. BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 621 e segg.

(384) V. fr. 1, §§ 45-46, Dig. 16, 3. « Si deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas, et tecum et cum herede tuo possum depositi agere: possum enim mutare voluntatem et ante mortem tuam depositum repetere. Proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero et ego et heres meus agere depositi, ego mutata voluntate ».

(385) V. § 3, *Inst.*, III, 14. « Praeterea et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpa autem nomine, id est desidiaae atque negligentiae, non tenetur: itaque securus est qui param diligenter custoditam rem furto amisit, quia, qui negligenti amico rem custodiendam tradit, suae facilitati id imputare debet ». Cfr. fr. 1, §§ 16, 22, 24, 45, 46, Dig. 16, 3; fr. 38, Dig. 22, 1; c. 2, Cod. IV, 34.

(386) V. fr. 1, § 35, Dig. 16, 3. « Saepe evenit, ut res deposita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur; ut puta si hoc

cosa depositata, risponde anche del caso fortuito (387), ed eventualmente per *furtum usus* (vedi oltre).

Il deponente deve risarcire al depositario i danni che gli sono derivati in causa del deposito per sua colpa, e anche risarcire le spese fatte per conservare la cosa depositata, o comunque col consenso del deponente.

Le azioni che servono a far valere queste obbligazioni sono l'*actio depositi directa* e *contraria*. L'*actio depositi directa* è infamante (388).

§ 10. *Depositum necessario e sequestro.*

Il deponente che abbia eseguito il deposito sotto la pressione di un imminente pericolo, senza aver il tempo e la tranquillità necessaria per scegliere la persona cui

nominatim convenit. Sed et si se quis depositum obtulit, idem Iulianus scribit periculo se depositum illigasse, ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos». Cfr. fr. 4, Dig. 12, 1; fr. 1, § 6, Dig. 4, 1.

(387) V. fr. 1, § 25, Dig. 16, 3. «Si rem depositam vendidisti eamque postea redemisti in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi, quia semel dolo fecisti, cum venderes».

(388) V. GAIUS, IV, 182. «Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, item pro socio, fiduciae, tutelae, mandati depositi».

Fr. 1, Dig. 3, 2. *Iulianus libro primo ad edictum*. «Praetoris verba dicunt: 'Infamia notatur qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit: qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit: qui lenocinium fecerit: qui in iudicio publico calumniae praevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit: qui furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit: qui pro socio, tutelae, mandati, depositi suo nomine non contrario iudicio damnatus erit: qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam virum elugeret, in matrimonium collocaverit: eamve sciens quis uxorem duxerit non iussu eius, in cuius potestate est: et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit: quive suo nomine non iussu eius in cuius potestate esset, eiusve nomine quem quamve in potestate haberet bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit'».

affidarsi, è in particolar modo tutelato contro la mala fede del depositario. Parlassi, in tali casi, di *depositum necessario*, e si tiene il depositario obbligato in *duplum* ove, richiesto, si rifiuti di eseguire la restituzione (389).

Un altro caso speciale di deposito è il sequestro. Il sequestro è il deposito di una cosa mobile (o anche, a differenza del deposito ordinario, di un immobile), fatto da due o più persone che siano in lite riguardo alla medesima, col patto che abbia da venir restituita, a lite o controversia decisa, a chi di ragione. Il sequestro si differenzia dal deposito ordinario: 1° in quanto il sequestratario acquista (o quanto meno può acquistare) il possesso giuridico della cosa presso di lui depositata; 2° in quanto l'obbligo della restituzione non è a richiesta, ma subordinato invece alla risoluzione della controversia; 3° in quanto non è *ab initio* determinata la persona alla quale la restituzione dovrà essere fatta e che potrà pretenderla.

§ 11. *Del deposito irregolare.*

Il deposito ordinario ha per oggetto una cosa certa che va restituita *in specie*. Per questo si distingue nettamente dal mutuo, che ha per oggetto una somma di denaro, o una quantità di cose fungibili, da restituire *in tantundem eiusdem qualitatis et bonitatis*. Il deposito d'una somma

(389) V. L. 1, §§ 1-4, Dig. 16, 3. *Ulpianus libro trigensimo ad edictum*. «Praetor ait: *Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum. in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur qui mortuus sit, in simplum, quod ipsius, in duplum iudicium dabo*. — Merito has causas deponendi separavit praetor, quae continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem. — Eum tamen deponere tumultus vel incendii vel ceterarum causarum gratia intellegendum est, qui nullam aliam causam deponendi habet quam imminens ex causis supra scriptis periculum. — Haec autem separatio causarum iustam rationem habet: quippe cum quis fidem elegit nec depositum redditur contentus esse debet simpli, cum vero extante necessitate deponat, crescit perfidiae crimen et publica utilitas coercenda est vindicandae rei publicae causa: est enim inutile in causis huiusmodi fidem frangere».

di denaro da restituirsì *in tantundem* non è pertanto un vero deposito, ma piuttosto un mutuo. Il diritto romano tuttavia per sottrarre questo genere di operazioni, ai rigorosi principii del mutuo, e per dare ad esse una disciplina più conforme agli scopi delle parti, le ricondusse al tipo del deposito, creando la figura del così detto *depositum irregulare* (390).

(390) Il NABER, *Observationculae de iure romano*, XCIII: *de deposito usurario* (in *Mnemosyne*, vol. XXXIV, 1905, pagg. 59 e segg.), e il LONGO, *Appunti sul deposito irregolare* (nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. XVIII, 1906, pagg. 121 e segg.), hanno sostenuto che il deposito irregolare è creazione dei compilatori giustinianeî, operata mediante interpolazione dei testi classici. Il SEGRÈ, *Sul deposito irregolare in diritto romano* (nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, anno XIX, fasc. I-VI, 1907, pagg. 197 e segg.), ritiene « che almeno Papiniano, e forse egli solo, prestando ascolto ai suggerimenti della pratica, abbia riconosciuto la figura giuridica del deposito irregolare ». Il Segrè, ammette quindi la interpolazione dei relativi testi di Paolo e Ulpiano (fr. 29, § 1, Dig. 16, 3; fr. 26, § 1, Dig. 16, 3; e fr. 9, § 9, Dig. 12, 1 e 10 eod; fr. 1, § 34, Dig. 16, 3; fr. 7, § 2, Dig. 16, 3; fr. 24, § 2, Dig. 45, 2) ed in complesso aderisce, salvo alcune divergenze, all'esegesi dei testi del Longo, ma difende invece la genuinità dei due famosi passi di Papiniano che qui trascriviamo:

Fr. 24, Dig. 16, 3. *Papinianus libro nono quaestionum*. « Lucius Titius Sempronius salutem. Centum nummos, quos hac die commendaſti mihi adnumerante servo Stichus actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo. queritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam sit ut tantundem solvetur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur »; e fr. 25, § 1, Dig. *h. t. Papinianus libro tertio responsorum*. « Qui pecuniam apud se non obſignatam, ut tantundem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque iudicio depositi condemnandus est ». Cfr. SEGRÈ, *op. cit.*, pagg. 227 e segg. e BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 175 e segg.

Gli effetti per i quali il *depositum irregulare* si differenzia dal *mutuum* sono i seguenti:

1° Le parti possono validamente pattuire interessi, e, ad ogni modo, sono sempre dovuti gli interessi *ex mora*.

2° Quando il depositario sia un *filius familias*, non può opporre al deponente che lo convenga l'*exceptio senatusconsulti Macedoniani*.

3° Il depositario convenuto e condannato è soggetto all'*infamia*.

4° Anche il depositario può agire contro il deponente coll'*actio depositi contraria*.

Viceversa, come nel mutuo, così anche nel deposito irregolare, il depositario diventa proprietario delle cose depositate, e ne sopporta il *periculum*, mentre ciò non si verifica nel deposito ordinario.

§ 12. Del contratto di pegno (391).

Il contratto di pegno è quel contratto mediante il quale una persona (detta creditore pignoratizio) che riceve in consegna a titolo di garanzia una cosa da un'altra persona sua debitrice, o che interviene nell'interesse di questa, si obbliga a conservarla ed a restituirla, quando sia stata soddisfatta l'obbligazione a garanzia della quale la cosa stessa venne costituita in pegno. Anche il contratto di pegno è un contratto reale, perchè si perfeziona colla consegna del pegno, e va quindi tenuto distinto dalla promessa di costituzione di pegno, che può pure validamente farsi nella forma della stipulazione. Esso è pure bilaterale imperfetto in quanto dà necessariamente luogo ad una sola obbligazione, cioè a quella del creditore pignoratizio; ma eventualmente anche ad una obbligazione del debitore.

Bisogna guardarsi dal confondere il contratto di pegno con l'atto costitutivo del diritto reale di pegno. Il contratto

(391) Vedi Dig. 13, 7; Cod. IV, 24 e BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 361 e segg.

di pegno non crea che delle obbligazioni fra le parti contraenti; il diritto di pegno viene invece costituito dalla tradizione del pegno a scopo di garanzia. La consegna del pegno ha, in altri termini, due funzioni: relativamente al contratto di pegno essa è necessaria per il suo perfezionarsi; relativamente al diritto di pegno è *causa* del suo sorgere.

§ 13. *Obbligazioni sorgenti dal contratto di pegno.*

Il creditore pignoratizio è obbligato di fronte al debitore pignoratizio a custodire la cosa ricevuta in pegno, e risponde di tutti i danni arrecati alla medesima per *culpa levis* (392). A meno che non ne abbia avuto il permesso, egli non può servirsi della cosa pignorata; se se ne serve, senza permesso, od oltre il permesso avuto, commette *furtum usus*, e risponde anche per il caso fortuito. Se la cosa data in pegno è produttiva di frutti, il creditore pignoratizio deve curarne la percezione, e imputarli a diminuzione degli interessi del debito o del capitale, a seconda che il suo credito sia o non sia fruttifero e che i frutti percepiti siano, per ammontare, inferiori o superiori agli interessi del debito garantito (393). Estinto che sia il suo credito, egli deve restituire la cosa; e qualora, in base al suo diritto di pegno, l'abbia alienata ad un prezzo superiore all'ammontare del suo credito, deve restituire l'*hyperocha* (394).

Il debitore pignoratizio può eventualmente essere tenuto di fronte al creditore pignoratizio ad indennizzarlo delle spese da questi fatte per conservare la cosa data in pegno,

(392) Vedi fr. 14, Dig. 13, 7. *Paulus libro vicensimo nono ad edictum*. «Ea igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur». Fr. 24, § 3, Dig. eod. e cfr. fr. 5, § 2, Dig. 13, 6, sopra trascritto.

(393) Può tuttavia convenirsi fra creditore e debitore pignoratizio che i frutti della cosa data in pegno restino al creditore pignoratizio a soddisfacimento degli interessi del suo credito. Questa convenzione prende il nome di *anticresi*. Cfr. c. 1, Cod. IV, 24 e fr. 11, § 1, Digesto 20, 1.

(394) Vedi vol. II, pagg. 505 e segg.

od a risarcire i danni che da vizi della medesima siano per sua colpa provenuti al creditore pignoratizio (395).

§ 14. *Dei contratti reali innominati.*

Nei contratti reali nominati, dei quali ci siamo fin qui occupati, la *causa* dell'obbligarsi è riposta nell'essere una cosa data *a credito* e si parla di contratto *re* in quanto il creditore consegna una cosa al debitore che si impegna di restituirla.

I cosiddetti contratti innominati si differenziano profondamente da quelli nominati perchè in essi la consegna della cosa (ove pure abbia luogo) non avviene a *scopo di credito*, con obbligo cioè di restituzione da parte dell'accipiente, ma allo scopo di ottenere una diversa cosa o prestazione.

Il riconoscimento di questi contratti ebbe luogo gradatamente, e solo nel diritto giustiniano essi si trovano raccolti nella nota quadripartizione: *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* (396). Nell'epoca classica se

(395) Vedi fr. 8 pr., Dig. 13, 7. *Pomponius libro tricensimo quinto ad Sabinum*. «Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pigneraticiam actionem habedo: finge enim medicis, cum aegrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse, item insulam fulsisse vel refecisse et postea deustam esse nec abere quod possem retinere».

Fr. 62, § 1, Dig. 47, 2. *Africanus libro octavo quaestionum*. «His etiam illud consequens esse ait, ut et si is servus, quem mihi pignori dederis, furtum mihi fecerit, agendo contraria pigneraticia consequar, uti similiter aut damnum decidas aut pro noxae deditioe hominem relinuas». Cfr. fr. 31, Dig. 13, 7.

(396) Vedi fr. 5 pr., Dig. 19, 5. *Paulus libro quinto quaestionum*. «Naturalis meus filius servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, ut et tu meum manumitteres et ego tuum: ego manumisi, tu non manumisisti: qua actione mihi teneris, quaesitum est. in hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspicere postet. qui in his competit speciebus: aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut facias: in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur». Cfr. GRADENWITZ, *Interpolationem*, pagg. 121 e segg. — LENEL, nella *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, vol. IX, pagg. 181 e segg.

alcuno eseguiva una prestazione *ab causam* (per ottenere cioè una controprestazione), non acquistava, per ciò solo, il diritto di pretendere la controprestazione. Non si considerava che avesse avuto luogo un vero contratto obbligatorio, e si riteneva che il rapporto fosse sufficientemente tutelato dai principii sull'indebito arricchimento. Colui pertanto che aveva dato per ottenere una controprestazione, se non l'ottenneva, poteva agire solo per ripetere quanto aveva dato: *condictio ab causam datorum* (che i giustiniani chiamano: *causa data causa non secuta*) (397).

(397) Il PEROZZI nel suo scritto sul *Contratto consensuale classico* (negli *Studi giuridici dedicati e offerti a F. Schupfer*, pagg. 161-199) giustamente rileva che nei contratti reali nominati del diritto classico, la *res* non era intesa come elemento formale del contratto. Questa idea è piuttosto dei compilatori che l'hanno introdotta interpolando i testi classici e avvicinando i contratti innominati ai contratti reali. Ma a torto il Perozzi si spinge fino a negare, per diritto classico, un qualsiasi contrapposto fra contratti consensuali e reali. Secondo il Perozzi il solo contrapposto noto ai giuristi classici sarebbe stato il contrapposto fra contratti formali (*verbis et literis*) e contratti non formali o consensuali. I contratti reali sparivano, a suo avviso, nell'ampia categoria dei contratti consensuali: non essendo *formali* essi erano semplicemente *consensuali*. Da ciò il Perozzi deduce che, per i giuristi classici, vi potesse essere un contratto consensuale richiedente per la sua perfezione la consegna della cosa al debitore. (Tale sarebbe stato e. g. la locazione, vedi più avanti a pag. 238, nota). Questa dottrina del Perozzi ha, a nostro avviso, un duplice difetto: da una parte essa esagera il contrapposto fra contratti verbali e letterali e contratti consensuali affermando, contro la chiara testimonianza delle fonti, la non necessità della volontà nei contratti formali (Vedi *contra* fr. 1, § 3, Dig. 2, 14; fr. 26, Dig. 39, 5). Dall'altra essa attenua troppo, per l'epoca classica, il contrapposto fra contratti consensuali e reali. Sembra anche a noi molto probabile ciò che il Perozzi sostiene, che cioè nei contratti reali nominati la *res* non fosse la consegna *intesa come formalità* (cfr. GAIO, III, 135 e *Inst.*, III, 22), ed ammettiamo quindi volentieri che non si possano contrapporre i contratti reali ai consensuali, *allo stesso modo come a questi si contrappongono i verbali e letterali*; ma è tuttavia fuor di dubbio che, anche per l'epoca classica, il consenso era accompagnato, nei contratti reali, dalla *datio* della cosa, e che questa dazione era indispensabile per potere attuare l'accordo delle parti sulla restituzione, per la semplice ragione che nessuno può obbligarsi a restituire ciò che non ha ancora ricevuto. Un contrapposto fra contratti reali e consensuali esisteva dunque, ed aveva appunto la sua ragion

Con questo rimedio si evitava bensì l'indebito arricchimento dell'accipiente, ma non si tutelava completamente l'interesse di colui che aveva eseguito la *datio ob causam*. Il fatto stesso di aver eseguito tale *datio*, per ottenere una diversa controprestazione, bastava infatti a dimostrare che questa aveva per lui un valore maggiore di quella. Oltre a ciò dalla mancata controprestazione potevano sempre provenirgli dei danni: per esempio per non aver egli potuto, nel frattempo, disporre della cosa *data ob causam*. Si ammise pertanto dalla giurisprudenza che, almeno in certi casi, si dovesse concedere a chi aveva eseguito una *datio ob causam* di pretendere, invece della semplice restituzione del dato, la controprestazione o il valore della medesima con un'azione *in factum* o *praescriptis verbis* (398).

d'essere in ciò: che nei contratti consensuali l'obbligazione sorgeva in base al semplice consenso delle parti, nei contratti reali in base al consenso che accompagnava la consegna. Nè vale dire, come fa il Perozzi, che Gaio, parlando di *obligationes consensu*, doveva necessariamente opporle « ad altre perfezionantesi con una cosa diversa dal consenso, e non già con un'altra cosa *oltre* il consenso ». Questa è una sottigliezza. Gaio contrappone le obbligazioni *ex consensu* alle obbligazioni *verbis et literis*, sebbene anche queste presuppongono consenso. E così poteva, da un altro punto di vista, contrapporre anche alle obbligazioni *re*. Tanto nell'uno che nell'altro caso si trattava di contrapporre appunto obbligazioni sorgenti dal semplice consenso ad obbligazioni sorgenti dal consenso più qualche cosa altro. Lo stesso Perozzi del resto rileva le più gravi obiezioni che ostano alla sua tesi, e possiamo quindi rimandare alla sua trattazione, limitandoci qui a due sole osservazioni: la prima è che egli non è riuscito a cancellare il contrapposto fra contratti consensuali e reali nei frammenti relativi alla estinzione delle obbligazioni: vedi specialmente fr. 80, Dig. 46, 3; la seconda è che a torto egli vede tracce di vendita reale nei fr. 5, § 1, Dig. 19, 5 (sicuramente interpolato) e nel fr. 16, Dig. 12, 4.

(398) E nel caso di prestazione *in faciundo l'actio de dolo*. Vedi fr. 5, § 3, Dig. 19, 5. *Paulus libro quinto quaestionum*. « Quod si faciam ut des et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civitis actio, et ideo de dolo dabitur ».

Vedi per l'*actio in factum*, fr. 7, § 2, Dig. 2, 14; fr. 10, Dig. 19, 5; fr. 1, § 1, Dig. 19, 4; fr. 22, Dig. 19, 5. I testi nei quali è fatta menzione dell'*actio praescriptis verbis* sono interpolati. Vedi specialmente GRADENWITZ, *Interpolationen*, pagg. 146 e segg. — PERNICE, *Labeo*, III, 1, pagg. 251 e segg. — FERRINI, *Pandette*, pag. 678, e BONFANTE, *Istituzioni*, pag. 440, n. 1.

Questa azione (che i giureconsulti classici concedevano anche in altri casi), venne dai compilatori giustiniani generalizzata alle quattro categorie di contratti reali innominati, da essi ridotti a sistema, e allora poté dirsi che ogni e qualsiasi convenzione di scambio di prestazione produceva azione, ogniquale volta una delle parti avesse eseguito.

Dopo questa riforma pertanto da ogni contratto innominato sorgevano due azioni: la *condictio ob causa datorum* (che i giustiniani chiamano: *causa data causa non secuta*) e l'*actio praescriptis verbis*: la prima per la restituzione del *datum ob causam* e la seconda per l'*id quod interest*. Giustiniano poi accanto a queste due ne pose una terza: la c. d. *condictio ex mera poenitentia*, colla quale colui che aveva eseguito una *datio* per un determinato scopo poteva sempre ripeterla prima che l'accipiente avesse eseguito (399).

§ 15. Della permuta (400).

La permuta è un contratto reale mediante il quale una persona che riceve in consegna la proprietà di una cosa si obbliga a trasferire al tradente la proprietà di altra cosa convenuta. La permuta va quindi tenuta ben distinta dalla promessa di permuta che poteva dar luogo a valida obbligazione ove fosse rivestita delle forme della *stipulatio*,

(399) Nel diritto giustiniano si nega la *condictio ob causam* quando la controprestazione non ha avuto luogo senza la colpa del debitore; questa restrizione è opera dei compilatori. Vedi c. 10, Cod. IV, 6 e cfr. fr. 5, § 1, Dig. 19, 5; fr. 5, § 4, Dig. 12, 4; fr. 8, Dig. 19, 5. Sulla *condictio ex mera poenitentia* che nel diritto antegiustiniano era accordata solo in casi singolari, vedi fr. 5 pr., Dig. 12, 4 e fr. 3, §§ 2 e 3, Dig. 19, 5 (interpolato). Cfr. GRADENWITZ, *Interpolationen*, pagg. 146 e segg. e PERNICE, *Labeo*, III, 1, pagg. 261 e segg.

(400) V. BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 390 e segg. — GAIO, III, 141, § 2, *Inst.*, III, 23. « Item pretium in numerata pecunia consistere debet. nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut fundus aut toga alterius rei pretium esse possit, valde quaerebatur. Sabinus et Cassius etiam in alia re putant posse pretium consistere: unde illud est, quod vulgo dicebatur per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi eamque speciem emptionis venditio-

e che, in ogni caso, era, per se stessa, *iusta causa traditionis*. Essa è un contratto bilaterale perfetto, poichè dà luogo a obbligazioni reciproche, e presenta molta somiglianza colla vendita dalla quale peraltro si diversifica per molti riguardi.

La vendita infatti è un contratto consensuale, si perfeziona cioè mediante il solo consenso delle parti: mentre la permuta richiede invece la consegna da parte del permutante; la vendita presuppone un prezzo mentre la permuta invece è scambio di cosa con altra cosa; la vendita non richiede necessariamente trasferimento della proprietà da parte del venditore al compratore, e la permuta invece esige il reciproco trasferimento del dominio delle cose permutate; la vendita infine può per diritto giustiniano, venir risolta per lesione enorme, mentre ciò non è per la permuta (401).

*nisque vetustissimam esse: argumentoque utebantur Graeco poeta
*Homero, qui aliqua parte exercitum Achivorum vinum sibi comparasse
*ait permutatis quibusdam rebus, his verbis:

ἔνθεν ἄῶ οἰνίζοντο καρημομόωντες Ἀχαιοί,
ἄλλοι μὲν χαλκῶ, ἄλλοι δ' αἰθωνοῖσιν ἠέρω,
ἄλλοι δὲ ἔνωϊς, ἄλλοι δ' ἀντήσι βόεσσι,
ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι.

Diversae scholae auctores contra sentiebant aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem. alioquin non posse rem expeditis permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse: nam utramque videri et venisse et pretii nomine datam esse rationem non pati. Sed proculi sententia dicentis permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam merito praevaluit, cum et ipsa aliis Homericis versibus adiuvarur et validioribus rationibus argumentatur. Quod et anteriores divi principes admiserunt et in nostris digestis latius significatur. Cfr. fr. 1, Dig. 18, 1, trascritto sopra.

(401) V. fr. 1, pr. 3, Dig. 19, 4. *Paulus libro trigesimo secundo ad edictum*. «Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet,

§ 16. *Effetti della permuta* (402).

Eseguita che sia la *datio* da parte di uno dei permutanti, la permuta è perfetta e produce tutti i suoi effetti. L'accipiente diventa proprietario della cosa ricevuta, indipendentemente dall'aver eseguito la controprestazione, ma resta obbligato ad eseguirla. Entrambi i contraenti sono poi tenuti per evizione, a similitudine di quanto avviene nella vendita, salvo che non occorre che chi agisce sia stato privato del possesso, bastando che egli abbia comunque scoperto che la cosa ricevuta non era in proprietà di colui che glie l'ha data in permuta. Essi sono poi anche reciprocamente tenuti pei vizi occulti delle cose date in permuta.

Le azioni che servono a far valere queste obbligazioni sono la *condictio causa data causa non secuta* e l'*actio praescriptis verbis* (403).

si merx, neutrius, sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis. Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur. Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione, mandato. Ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem ».

(402) Vedi fr. 2, Dig. 19, 4. *Paulus libro quinto ad Plautium*. « Aristo ait, quoniam permutatio vicina esset emptioni, sanum quoque furtis noxisque solutum. et non esse fugitivum servum praestandum, qui ex causa daretur »; e fr. 19, § 5, Dig. 21, 1. « Deinde aiunt aediles: 'emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus'. pollicentur emptori actionem et successoribus eius qui in universum ius succedunt. emptorem accipere debemus eum qui pretio emit. sed si quis permutaverit, dicendum est utrumque emptoris et venditoris loco haberi et utrumque posse ex hoc edicto experiri ».

(403) Vedi fr. 5, § 1, Dig. 19, 5. « Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non

§ 17. *Altri contratti reali innominati* (404).

Fra i contratti reali che non hanno un nome proprio nelle fonti, conviene ricordare:

1° Il cosiddetto contratto estimatorio (*vendendum dare, aestimatum*), il contratto cioè col quale una persona che riceve una cosa, mobile od immobile, da vendere, si obbliga o a restituirla entro un certo termine, o a pagarne il prezzo fissato all'atto della consegna indipendentemente dall'averlo essa effettivamente realizzato vendendo: e cioè dunque con facoltà da sua parte di trattenere l'eventuale differenza (405).

est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes. explicitus est articulus ille do ut des »; e c. 4, Cod. 4, 64. *Imp. Diocletianus et Maximianus Leontio*. « Cum precibus tuis expresseris placitum inter te et alium permutationis intercessisse eumque fundum a te datum vendidisse, contra emptorem quidem te nullam habere actionem perspicis, cum ab eo susceperit dominium, cui te tradidisse titulo permutationis non negasti. — § 1. Secundum fidem autem placiti, si stipulatio subsecuta est, successores eius, cum quo contractum habuisti, convenire non prohiberis: si vero nulla stipulatio intercessit, praescriptis verbis actione, ut vel fides placiti servetur tibi vel, quod alterius accipiendi fundi gratia dedisti, causa non secuta restituatur ».

C. 5, Cod., eod. *Imp. Diocletianus et Maximianus Theodolanae*, « Quoniam adseris patrem tuum ei contra quem preces fundis ea condicione dedisse fundum, ut invicem domum certam acciperet, aditus praeses provinciae placitis eum parere vel, si causam, propter quam fundus datus est, sequi non perspexerit, conditionis ratione datum restituere, sicut postulas, iubebit ».

(404) Vedi NICOLA COVIELLO, *Del contratto estimatorio* (nella Rivista italiana per le scienze giuridiche, vol. XV, pagg. 363 e segg.; e vol. XVI, pagg. 3 e segg.). — DE MEDIO, *Il contractus aestimatorius*, Messina, 1900. — BERTOLINI, *Appunti*, fasc. 4, pagg. 402 e segg.

(405) Vedi fr. 13 pr., Dig. 19, 5. *Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum*. « Si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse

2° Il contratto di consegna a vista o a prova (*inspicendum ed experiendum dare*), che è il contratto col quale una persona che riceve una cosa in esame, o a prova, si obbliga o a restituirla o a farne acquisto alle condizioni indicate, o col quale una persona che riceve in consegna una cosa, si obbliga a restituirla insieme con un giudizio sulla sua natura, valore o vai dicendo (406).

actionem, sed in factum quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium exceptit»; fr. 17, § 1, Dig. 19, 5. « Si margarita tibi aestimata dederò, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis»; fr. 19, Dig. 19, 5. *Ulpianus libro trigesimo primo ad edictum*. « Rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio utereris. si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus. Si praedium pro te obligavero, deinde placuerit inter nos, ut mihi fideiussorem praestares, nec facias, melius esse dico praescriptis verbis agi, nisi merces intervenit: nam si intervenit, ex locato esse actionem » e cfr. fr. 4 pr. e 15, Dig. 12, 1.

(406) Vedi fr. 17, §§ 2-4, Dig. 19, 5. *Ulpianus libro vicensimo ad edictum*. « Papinianus libro octavo quaestionum: scripsit si rem tibi inspiciendam dedi et dicas te perdidisse, ita demum mihi praescriptis verbis actio competit, si ignorem ubi sit: nam si mihi liqueat apud te esse, furti agere possum vel condicere vel ad exhibendum agere. secundum haec, si cui inspiciendum dedi sive ipsius causa sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem, periculum non: si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum, quia prope depositum hoc accedit. 3. Si cum unum bovem haberem et vicinus unum placuerit inter nos, ut per denos dies ego ei et ille mihi bovem commodarem ut opus faceret et apud alterum bos periret, commodati non competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est ». Cfr. fr. 20, §§ 1-2, eod.; fr. 23, Dig. 19, 5; fr. 52, § 3, Dig. 9, 2.

CAPITOLO V.

Contratti consensuali.

Sommario: § 1. La compra-vendita. — § 2. Oggetto della compra-vendita. — § 3. Il prezzo. — § 4. Obbligazioni sorgenti dalla compra-vendita. — § 5. « Res perit emptori ». — § 6. Della responsabilità per evizione. — § 7. Della responsabilità del creditore per i vizi della cosa venduta. — § 8. Della locazione in generale. — § 9. Locazione di cose. — § 10. Responsabilità per colpa e caso fortuito. — § 11. Della « locatio operarum » in generale. — § 12. « Locatio operarum » e « locatio operis ». — § 13. Casi nei quali la « locatio-conductio operis » tende a confondersi coll' « emptio venditio ». — § 14. « Lex Rhodia de iactu ». — § 15. Della società. — § 16. I tipi originari della società. — § 17. Requisiti di ogni società. — § 18. Effetti della società fra le parti. — § 19. La società di fronte ai terzi. — § 20. Scioglimento della società. — § 21. Del mandato. — § 22. Effetti del mandato fra le parti. — § 23. Effetto del mandato di fronte ai terzi. — § 24. Estinzione del mandato. — § 25. Casi tipici di mandato. — § 26. Dei patti.

§ 1. La compra-vendita (407).

La compra-vendita è un contratto mediante il quale una persona, detta venditore, si obbliga a consegnare ad un'altra persona, detta compratore, il pacifico e definitivo possesso di una cosa, o di un diritto, dietro corrispettivo di una determinata somma di denaro (prezzo) che questi si obbliga a versare (408).

La compra-vendita è dunque un contratto consensuale nel senso che si perfeziona in base al semplice consenso delle parti, sulla cosa e sul prezzo. Essa è un contratto bilaterale perfetto, perchè dà luogo necessariamente a reciproche obbligazioni delle parti. È infine un contratto a

(407) Vedi BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen Recht*, vol. I, 1876; vol. II, 1884; vol. III, 1905. — FERRINI, *Origini del contratto di compra-vendita* (Atti della R. Accademia di Modena, 1893). — BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 436 e segg.

(408) Vedi i testi citati sopra relativamente alla permuta.

titolo oneroso, poichè ciascuna delle parti si obbliga per un corrispettivo.

§ 2. *Oggetto della compra-vendita.*

Qualsiasi cosa *in commercio*, mobile o immobile, corporale o incorporale (409), può formare oggetto della compra-vendita. Si possono anche comprare cose future: per esempio i frutti che saranno prodotti da una pianta, il grano che verrà raccolto in un certo fondo (410). Si parla in tali casi di *emptio rei speratae*, alla quale si contrappone nei testi l'*emptio spei*. La principale differenza fra questi due tipi di compra-vendita consiste in ciò: che mentre nella *emptio rei speratae* si presuppone che la cosa abbia certamente a prodursi, e quindi si vuole comprarla e venderla solo in quanto venga ad esistere: nella *emptio spei* invece si è fin da principio in chiaro che eventualmente la cosa potrà totalmente mancare e si vuole, per così dire, dedurre nel contratto la possibilità del suo esistere, la speranza o, come altrimenti dicono i testi, l'*alea* del suo prodursi o meno. In caso di *emptio rei speratae* pertanto

(409) Vedi fr. 17, Dig. 18, 4. *Ulpianus libro quadrigesimo tertio ad edictum*. « Nomina eorum qui sub condicione vel die debent, et emere et vendere solemus: ea enim res est quae emi et venire potest ».

Fr. 20, Dig. 8, 1. *Iavolenus libro quinto ex posterioribus Labeonis*. « Quotiens via aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt ». Cfr. fr. 12, § 2, Dig. 7, 1. E per la vendita dei crediti confronta retro.

(410) Vedi fr. 8, Dig. 18, 1. *Pomponius libro nono ad Sabinum*. « Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse. Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, *veluti cum quasi alea emitur*. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur ».

nulla era dovuto al venditore se la cosa non si produceva, considerandosi il contratto come condizionale, mentre invece era il contrario nel caso di *emptio spei* (411). Come esempio di *emptio spei* le fonti adducono la compera del *iactus retium* o del *iactus missilium*, cioè del pesce preso in un dato lancio di reti o gettoni che il venditore riescisse ad afferrare in una data occorrenza. Si possono validamente vendere anche le cose altrui (purchè in buona fede) (412):

(411) Vedi fr. 7-11, Dig. 18, 4. *Paulus libro quarto decimo ad Plautium*. « Cum hereditatem aliquis vendidit, esse debet hereditas, ut sit emptio: *nec enim alea emitur*. ut in venatione et similibus, sed res: quae si non est, non contrahitur emptio et ideo pretium condicetur ».

Fr. 8 eod. *Iavolenus libro secundo ex Plautio*. « Quod si nulla hereditas ad venditorem pertinuit, quantum emptori praestare debuit, ita distingui oportebit, ut, si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa aestimetur, si nulla est, de qua actum videatur, pretium dumtaxat et si quid in eam rem impensum est emptor a venditore consequatur ».

Fr. 9 eod. *Paulus libro trigesimo tertio ad edictum*. « et si quid emptoris interest ».

Fr. 10 eod. *Iavolenus libro secundo ex Plautio*. « Quod si in venditione hereditatis id actum est, si quid iuris esset venditoris, venire nec postea quicquam praestituri: quamvis ad venditorem hereditas non pertinuerit, nihil tamen eo praestabitur, quia id actum esse manifestum est, ut quemadmodum emolumentum negotiationis, ita periculum ad emptorem pertineret ».

Fr. 11 eod. *Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum*. « Nam hoc modo admittitur esse venditionem 'si qua sit hereditas, est tibi empti', et quasi spes hereditatis: ipsum enim incertum rei veneat, ut in retibus ».

(412) Vedi fr. 28, Dig. 18, 1. *Ulpianus libro quadragensimo primo ad Sabinum*. « Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest ».

Cfr. fr. 30, § 1, Dig. 19, 1. *Africanus libro octavo quaestionum*. « Si sciem alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturò vendiderit ».

Fr. 34, §§ 3-4, Dig. 18, 1. *Paulus libro trigensimo tertio ad edictum*. « Item si et emptor et venditor scit furtivum esse quod venit, a

è questa una logica conseguenza dell'essere la vendita romana un contratto obbligatorio e non reale: un contratto cioè che fa semplicemente sorgere nel venditore l'obbligazione di consegnare al compratore il pacifico possesso della cosa venduta. Nulla infatti osta, in principio, all'ammettere che il venditore possa legittimamente procurarsi la cosa altrui che egli ha venduta; e, d'altra parte, il compratore resta, in ogni evento, sufficientemente tutelato, potendo chiedere, in caso di inadempimento, l'*id quod ei interest*.

§ 3. Il prezzo.

Il prezzo è ciò che differenzia la compra-vendita dalla permuta. Esso deve consistere in una determinata somma di denaro. Non occorre tuttavia che l'ammontare di tale somma sia già noto e precisato nel momento in cui si perfeziona la vendita. Le parti possono validamente convenire, come prezzo, una somma di cui fanno l'esistenza, ma di cui non possono, al momento, precisare l'esatto ammontare: per esempio l'incasso di una giornata di un dato negozio. Esse possono anche rimettere all'*arbitrium* di un terzo l'equa determinazione del prezzo; ma abbiamo già visto (vedi retro, pag. 31, nota 47) come su questo punto il diritto classico divergesse notevolmente da quello giustiniano. Per diritto classico si distingueva a seconda che la determinazione del prezzo fosse stata rimessa al puro arbitrio (*merum arbitrium*) o all'equo arbitrio (*arbitrium boni viri*) di un terzo. Giustiniano stabilì invece che per la vendita (e locazione) non si avesse a istituire tale ricerca, ma che essa avesse, in ogni caso, ad essere considerata come contratto *sub condictione*.

neutra parte obligatio contrahitur: si emptor solus scit, non obligatur venditor nec tamen ex vendito quicquam consequitur, nisi ultro quod convenerit praestet: quod si venditor scit, emptor ignoravit, utrinque obligatio contrahitur, et ita Pomponius quoque scribit. Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit, et in iudicio possessionis potior esset ». Vedi BONFANTE, *Istituzioni*, pag. 427.

Un'altra importante divergenza fra il diritto classico e giustiniano, consiste in ciò: che mentre, per diritto classico, non si esige alcun rapporto proporzionale fra il valore della cosa venduta e il prezzo, per diritto giustiniano si esige che il prezzo raggiunga almeno la metà del valore della cosa venduta, e si rescinde, in caso contrario, la vendita (*laesio enormis*) (413).

§ 4. Obligazioni sorgenti dalla compra-vendita.

Il venditore è obbligato a consegnare la cosa venduta e ad assicurarne il pacifico possesso. Non occorre dunque che egli renda proprietario il compratore: *hactenus (tenetur) ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat* (414). Se però egli stesso è proprietario della cosa, consegnandola al compratore, glie ne trasferisce il dominio, purchè questi ne paghi o accrediti il prezzo (415). La vendita è cioè *iusta causa traditionis*. Insieme colla cosa venduta il venditore deve consegnarne tutti gli accessori: come sono gli aumenti alluvionali, l'*insula in flumine nata*, i frutti civili e naturali, le azioni *ex delicto*, e vai dicendo (416).

(413) Vedi c. 2, Cod. IV, 44. *Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Aurelio Lupo*. « Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit ». Cfr. c. 8, Cod. eod. Il GRADENWITZ (Bullettino dell'Istituto di diritto romano, anno II, 1889, pagg. 14 e segg.) sostiene che la riforma qui attribuita a Diocleziano e Massimiano è probabilmente ad essi posteriore.

(414) Vedi fr. 25, § 1, Dig. 19, 1. *Ulpianus libro trigesimo quarto ad Sabinum*. « Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur qui fundum stipulante spondit ».

(415) Cfr. fr. 11, § 2, Dig. 19, 1. Sul *pactum reservati dominii*, vedi fr. 80, § 3, Dig. 18, 1. *Labeo libro quinto posteriorum a Iavoleno epitomatarum*. « Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus ».

(416) Vedi § 3, *Inst.*, III, 23, trascritto a nota 421, e confronta fr. 13, § 18, Dig. 19, 1. *Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum*. « Si quid servo distracto venditor donavit ante traditionem, hoc quoque restitui ».

Egli è inoltre responsabile per tutti i danni che la cosa abbia subito per sua colpa, cioè per non aver egli usata la diligenza dovuta. Oltre a ciò il venditore deve *praestare evictionem* (cioè tener indenne il compratore che sia stato evitto dal vero proprietario della cosa), e star infine garante per certi difetti della cosa venduta che si siano manifestati dopo la consegna. Di queste due ultime obbligazioni è necessario dire separatamente (vedi §§ 6 e 7).

Il compratore è anzitutto obbligato a pagare il prezzo convenuto, al momento in cui il venditore gli consegna la cosa, e se chiede la consegna della cosa, senza aver adempiuto questa sua obbligazione, può venir respinto colla cosiddetta *exceptio non adimpleti contractus* (417). Nè propriamente basta che egli paghi, ma occorre altresì che paghi in denaro suo proprio di cui trasferisca la proprietà al venditore (418). Può tuttavia il venditore contentarsi del semplice accredito del prezzo, e, in tal caso, il compratore, può esigere la consegna della cosa indipendentemente dall'averla già pagata, e ottenerla in consegna ne diventa proprietario se tale era prima il venditore. Il compratore è anche obbligato a rifare al venditore tutte le spese che egli abbia incontrate per conservare la cosa

debet: hereditates quoque per servum adquisitae et legata omnia, nec distinguendum, cuius respectu ista sint relicta. item quod ex operis servus praestit venditori, emptori restituendum est, nisi ideo dies traditionis ex pacto prorogatus est, ut ad venditorem operae pertinerent ». Pei *lucra propter negotiationem percepta*, cfr. JHERING, *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Leipzig, 1844, pagg. 58 e segg. e PACCHIONI, *La gestione degli affari altrui*, Lanciano, 1893.

(417) Vedi GAIÒ, IV, 126 a, e cfr. GIRARD, *Manuel*, pag. 529, n. 4. Cfr. *Vaticana Fragmenta*, § 12 e c. 24, Cod. VIII, 44 [45] e fr. 19, § 1, Dig. 18, 6 [interpolato].

(418) Vedi fr. 11, § 2, in fine, Dig. 19, 1: *emptor autem nummos venditoris facere cogitur* e cfr. fr. 1 pr., Dig. 19, 4 trascritto sopra a pag. 219. Il compratore deve anche gli interessi del prezzo dal momento in cui gli è stata consegnata la cosa comperata. Vedi fr. 13, § 20, Dig. 19, 1. *Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum*. « Veniunt autem in hoc iudicio infra scripta. in primis pretium quanti ea res venit. item usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur aequissimus est eum usurae pretii pendere ».

nell'interesse del compratore (419). Gli è che, pur non essendo ancora proprietario della cosa comperata, il compratore è *dominus gestionis* in riguardo ai negozi che con essa vengano conchiusi dal venditore.

§ 5. *Res perit emptori* (420).

Una speciale attenzione merita il principio romano: *res perit emptori*. Noi abbiamo veduto che la compra-vendita romana non trasferisce, per se sola, la proprietà della cosa venduta; ma che, a tale effetto, occorre la consegna o *traditio*, al compratore. Prima che la *traditio* abbia avuto luogo, la cosa venduta è in proprietà del venditore. Tuttavia se si tratta di *res certa*, e se essa perisce per caso fortuito (cioè senza colpa del venditore), perisce per conto del compratore il quale, pur non potendo più ottenerne la consegna, dovrà egualmente pagarne il prezzo (421). È

(419) Vedi fr. 20, 38, Dig. 19, 1 (o 18, 1).

(420) Veggasi specialmente sulla origine di questa regola e sui varii tentativi di giustificazione della medesima HOFMANN, *Das Periculum beim Kaufe*, Wien, 1870. — PUNTSCHART, *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des röm. Privatrechts*, Leipzig. — ARNÒ, *La teorica del « periculum rei venditae »*, Torino, 1877, che, con argomenti non persuasivi, sostiene essere essa dovuta ai compilatori giustiniani.

(421) Vedi il § 3, *Inst.*, III, 23. « Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit cum sine scriptura res agitur) *periculum rei venditae statim ad emptorem* pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae vel aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi flummis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere ». Gravi difficoltà ha dato agli interpreti del diritto romano il fr. 33, Dig. 19, 2. *Africanus libro octavo quaestionum*. « Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruiisset, nihilo minus tenebris. nom et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod haecenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum

dunque il compratore che sopporta il rischio e pericolo della cosa comperata, dal momento della perfezione della vendita a quello successivo della *traditio*, sebbene egli non sia ancora proprietario della cosa comperata (422). Sulla origine e sul fondamento giuridico di questa regola molto si è disputato nella dottrina romanistica.

§ 6. Della responsabilità per evizione (423).

Il principio per cui il venditore è tenuto in garanzia verso il compratore per il caso che questi venga evitto da terzi proprietari od aventi diritto sulla cosa venduta, è il risultato di un processo storico del quale dobbiamo brevemente occuparci.

In origine il compratore evitto poteva agire in garanzia solo quando avesse acquistato una *res Mancipi* mediante *mancipatio* (424). Gli competeva a tale effetto un'actio spe-

vacuum mihi tradi. similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris. nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis ».

(422) Sul modo nel quale applicare la regola *res perit emptori* in caso di vendita duplice della medesima *species*, vedi JHERING, *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Leipzig, 1844, e la più recente monografia dello stesso autore *Sul vero significato del principio « il pericolo della cosa venduta è a carico del compratore »* (traduz. ital. di F. Serafini), Pavia, 1862. Inoltre PACCHIONI, *La gestione degli affari altrui*, Lanciano, 1893, pagg. 198-226.

(423) Vedi specialmente BECHMANN, op. cit., I, pagg. 103 e segg., e GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, 1884.

(424) Occorreva tuttavia sempre che l'evizione avesse avuto luogo: solo il giureconsulto GIULIANO faceva eccezione in caso di vendita dolosa di cosa altrui. Vedi fr. 30, § 1, Dig. 19, 1. *Africanus libro octavo quaestionum*. « Si sciens alienam rem ignorantibus mihi venderis, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit

ziale detta *actio auctoritatis*, colla quale poteva esigere dal mancipante il doppio del prezzo pagato (425). Se si trattava invece di compera di *res nec Mancipi* trasferite in base a semplice *traditio*, il compratore era, in caso di posteriore evizione, privo di ogni tutela. Si considerava, in sostanza, che il venditore avesse sufficientemente adempito al dover suo consegnando al compratore il possesso libero e incontrastato della cosa venduta.

Ma ben presto si sentì la necessità di rafforzare maggiormente la posizione del compratore, anche in caso di pura vendita consensuale, a similitudine di quanto avveniva *ab antiquo* in caso di *mancipatio*, e si ricorse ad un espediente cautelare, cioè ad una *stipulatio*, colla quale il compratore cui la cosa venduta (*Mancipi* o *nec Mancipi*) fosse stata semplicemente consegnata, si faceva promettere il doppio del prezzo versato, oppure anche solo il semplice risarcimento dei danni, pel caso in cui la cosa stessa gli venisse evitta (426).

in id, quanto mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat. quia tamem dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignorantibus vendidit: id est maxime si manumissuro vel pignori daturus vendiderit ». Cfr. BONFANTE.

(425) Per l'*actio auctoritatis* veggasi PAOLO, *R. S.*, II, 17, 1-3: « Venditor si eius rei quam vendidit dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari. 2. Si res simpliciter traditae evincantur, tanto venditor emptori condemnandus est quanto si stipulatione pro evictione cavisset. 3. Res emptor mancipatione et traditione perfecta, si evincatur, auctoritatis venditor duplatus obligatur ». L'*actio auctoritatis* venne meno col venir meno della *mancipatio*. I testi relativi ad essa vennero modificati dai compilatori giustiniani.

(426) Vedi fr. 56 pr., Dig. 21, 2. *Paulus libro secundo ad edictum aedilium curulium*. « Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum aut quadruplum promitteretur, ex empto perpetua actio agi poterit. non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisfacere debet qui duplam promittit, sed sufficit nuda repromissio, nisi aliud convenerit ». Fr. 70, Dig. eod. *Paulus libro quinto quaestionum*. « Evicta re ex empto actio non ad pretium dumtaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit: ergo et, si minor esse coepit, damnum emptoris erit ». VARRO, *De R. R.*, II, 10, 5.

In base a tale espediente il compratore poteva evitare la solennità della *mancipatio* ed essere, in ogni evento, egualmente protetto; ma occorre che effettivamente contraesse la relativa *stipulatio*, senza di che restava privo di ogni tutela.

La giurisprudenza fece un passo ulteriore. Essa ammise da prima che il compratore potesse, coll'*actio empti*, costringere il venditore ad interporre la *stipulatio duplae* o *simplicis* a seconda che l'uso richiedesse, data la natura dell'oggetto venduto; e da ultimo poi stabilì che il compratore evitto potesse coll'*actio empti* agire contro il venditore come se fosse stata interposta la *stipulatio* anche quando questa, per qualsiasi motivo, non avesse avuto luogo.

A questo punto pertanto: o il compratore aveva fatto la *stipulatio duplae* e allora poteva, ove restasse evitto dal vero proprietario, agire contro il venditore per il doppio del prezzo; oppure egli aveva ommesso la *stipulatio* e poteva, quanto meno, agire in regresso per l'*id quod interest* coll'*actio empti*. Diciamo « quanto meno » poichè in taluni casi, nei quali si considerava essere il venditore obbligato a concludere col compratore la *stipulatio duplae*, si ammetteva che il compratore potesse chiedere coll'*actio empti* non il solo interesse ma il *duplum* del prezzo anzichè il semplice *id quod interest* pur non avendo conchiuso la relativa *stipulatio* (427).

Affinchè il compratore potesse agire in regresso per evizione occorre che egli fosse stato, in tutto o in parte, privato del pacifico possesso ed uso della cosa in seguito a sentenza giudiziaria (428), provocata dal vero proprie-

(427) Vedi specialmente fr. 37, § 1, Dig. 21, 2. *Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum*. « Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte aut ornamenta pretiosa vel vestis Serica vel quid aliud non contemptibile veneat. per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor iubetur ».

(428) Vedi fr. 16, § 1, Dig. h. t.; fr. 24 eod.; fr. 18 [19], § 3, Dig. 3, 5: c. 17, Cod. VIII, 44 [45]; fr. 57, 1.

tario (o titolare del diritto comperato). E che ciò fosse avvenuto senza sua colpa (429), avendo egli cioè tempestivamente denunciato al venditore l'azione contro di lui promossa (430), ed avendo l'evizione avuto luogo in base ad un vizio inerente al diritto del venditore e anteriore alla vendita.

§ 7. Della responsabilità del creditore per i vizi della cosa venduta.

In origine il venditore non era tenuto per i vizi o mancamenti della cosa venduta. Si riteneva che spettasse al venditore premunirsi contro tale eventualità facendo domande e inchieste che davano poi luogo, quando la vendita veniva conchiusa mediante *mancipatio*, a speciali dichiarazioni di garanzia (*dicta e promissa*) (431), oppure, quando la vendita veniva conchiusa casualmente, a speciali stipulazioni (432). Ma in seguito anche questa materia venne più accuratamente regolata per opera della giurisprudenza e degli edili curuli.

La giurisprudenza, fondandosi sulla natura *bonae fidei* delle azioni sorgenti dal contratto di compra-vendita, fece prevalere il concetto che il venditore avesse da essere tenuto responsabile verso il compratore ogniquale volta gli avesse slealmente sottaciuto i vizi della cosa venduta.

Gli edili curuli, che avevano la suprema giurisdizione dei mercati, introdussero da prima l'*actio redhibitoria* (433),

(429) Fr. 56, § 3, Dig. 21, 2; fr. 51 eod.; fr. 17, Dig. 21, 2.

(430) C. 8, Cod. VIII, 44 [45].

(431) Si ammette generalmente che la garanzia assunta dal mancante dell'assenza di dati vizi o difetti della cosa mancata all'atto della *mancipatio* lo obbligasse in base alla legge delle XII tavole *cum nexum faciet mancipiumve ut lingua nuncupasset ita jus esto*. Vedi tuttavia in senso contrario GIRARD, *Manuel*, pag. 558, n. 5.

(432) Queste clausole colle quali il venditore garantiva la assenza di vizi o difetti della cosa venduta venivano generalmente aggiunte alle clausole di garanzia per evizione.

(433) V. fr. 45, Dig. 21, 1. *Gaius libro primo ad edictum aedilium curulium*. « Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor. nam si

colla quale il compratore di uno schiavo, in mercato poteva chiedere la risoluzione della compra-vendita, quando lo schiavo si palesasse in seguito affetto da certi vizi che erano rimasti occulti al momento della conclusione del contratto. E più tardi poi introdussero anche un'altra azione, l'*actio quanto minoris*, colla quale il compratore di un giumento, in mercato, poteva chiedere, ove scoprisse nel giumento stesso certi determinati vizi, rimasti occulti al momento della conclusione del contratto, la restituzione di una parte del prezzo sborsato (434).

Entrambe queste azioni erano proponibili entro termini ristretti (entro sei mesi la prima, un anno la seconda), e solo per le compere concluse nei mercati che si trovavano sotto la sorveglianza degli edili. Esse tuttavia avevano di fronte all'*actio empti* un grande vantaggio, poichè competevano al compratore indipendentemente dalla circostanza di essere stato il venditore in mala fede. Gli edili tendevano a costringere i mercanti a dichiarare i vizi degli schiavi e dei giumenti offerti in vendita sui mercati. Le azioni da essi introdotte avevano uno scopo moralizzatore dei commerci.

Dal cumulo di questi diversi rimedi risultava un sistema di garanzie piuttosto complicato, e cioè: garanzia contrattuale (*stipulatio rei* o *duplae* come per evizione); garanzia per così dire legale, fondata sulla mala fede del venditore, e fatta valere coll'*actio empti*; garanzie edilizie fondate sul danno, e fatte valere colle due azioni *redhibitoria* e *quanto minoris* per le compere in mercato di schiavi e di giumenti.

Nell'epoca giustiniana le azioni *redhibitoria* e *quanto minoris* vennero generalizzate ad ogni sorta di vendite concluse in mercato o fuori di mercato (435). Ogni com-

neque pretium neque accessionem solvat neque eum qui eo nomine obligatus erit liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur: si vero reddat pretium et accessionem vel eum qui eo nomine obligatus est liberet, simpli videtur condemnari ».

(434) Vedi LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, 2^a ed., pagg. 530 e segg.

(435) Vedi fr. 1, Dig. 21, 1. *Ulpianus libro primo ad edictum aedilium curulium*. « Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus

pratore potè allora agire pei vizi occulti della cosa acquistata, o in base al dolo del compratore.

§ 8. Della locazione in generale (436).

La locazione (*locatio conductio*) è un contratto consensuale in base al quale una persona (detta locatore) si obbliga a garantire ad un'altra persona (detta conduttore), o l'uso temporaneo di una cosa, o la prestazione di date *operae*, o l'esecuzione di un'*opera*, dietro un determinato corrispettivo (*pensio*, *merces*, ecc.). La locazione è un contratto consensuale nel senso che si perfeziona in base al semplice consenso delle parti, senza bisogno di formalità alcuna, o di consegna della cosa o esecuzione delle *operae* o dell'*opus*; ed è pure consensuale nel senso che non crea a favore del conduttore alcun diritto sulla cosa locata, o sulle *operae* o sull'*opera* promessa (437). Essa è un con-

rerum esse [tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes]. Aiunt aediles: ' Qui mancipia vendunt certiores faciant ' emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit ' noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, ' palam recte pronuntianto. quodsi mancipium adversus ea venisset, ' sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, ' quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ' ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. si ' quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera ' familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei ' accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ' ea omnia restituat. item si quas accessiones ipse praestiterit, ut ' recipiat. item si quod mancipium capitale fraudem admiserit, ' mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione ' pronuntianto: ex his enim causis iudicium dabimus. hoc amplius ' si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicitur iudicium ' dabimus ' ». Cfr. fr. 38 pr., Dig. eod. e GIRARD, *Manuel*, pag. 562, n. 2.

(436) Vedi BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 605 e segg.

(437) Si ritiene da eminenti scrittori che la locazione fosse originariamente un contratto reale. Vedi PERNICE, *Labeo*, vol. I, pag. 466. — KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte*, vol. II, pag. 635. — Il PEROZZI, *Istituzioni*, vol. II, pag. 231, sostiene che la locazione era un contratto reale anche nell'epoca classica. Questa tesi deve certo impressionare ogni

tratto bilaterale perfetto, in quanto dà sempre e necessariamente luogo ad obbligazioni reciproche: obbligazione del locatore di prestare l'uso della cosa (*uti frui*), le *operae* o l'*opera*; e obbligazione del conduttore di prestare la mercede pattuita. Questa deve poi per diritto giustiniano, consistere sempre in una somma di denaro, o già determinata o almeno determinabile ad arbitrio di un terzo (438).

lettore che non abbia domestichezza colla teoria del Perozzi del contratto consensuale classico, da noi sopra esposta e criticata (pag. 216, nota 397), secondo la quale i classici avrebbero considerato contratto consensuale qualsiasi contratto non formale, quindi anche i contratti reali. Che la locazione fosse poi nell'epoca classica un contratto *consensuale sì ma anche reale*, il Perozzi lo desume dal non trovarsi mai fatto cenno in testi... non sospettabili di interpolazione, che il locatore fosse obbligato, a consegnare la cosa locata al conduttore. Ciò si spiega, secondo il PEROZZI, colla natura reale del contratto. Il fr. 15, § 1, Dig. 19, 2, ove è fatta menzione dell'obbligo del locatore di prestare la cosa è, secondo il PEROZZI, interpolato dai giustiniani; il fr. 60, Dig. eod., dimostrerebbe che il locatore non deve prestare nulla al conduttore... mentre dice appunto il contrario; il fr. 24, § 4, Dig. eod., che è tutto corrotto, dimostrerebbe, ad ogni modo, *piuttosto il carattere reale della locazione*, in quanto vi si parla di una *expulsio a conductione*... il che presuppone consegna. E così via. La tesi ardua è sostenuta con molto acume ma la dimostrazione non mi sembra riescita. Più facile e piana riesce l'esegesi dei testi considerando che il locatore è semplicemente tenuto a permettere al conduttore l'*in possessione morari*.

(438) Vedi § 2, *Inst.*, III, 24 [25]. « Praeterea sicut vulgo quaerebatur, an permutatis rebus emptio et venditio contrahitur: ita quaeri solebat de locatione et conductione, si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit. et placuit non esse locationem et conductionem, sed proprium genus esse contractus. veluti si, cum unum quis bovem haberet et vicinus eius unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, et apud alterum bos perit: neque locati vel conducti neque commodati competit actio, quia non fuit gratuitum commodatum, verum praescriptis verbis agendum est ».

Cfr. GAIUS, III, 142-145: « Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur, nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi ». 143. « Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, velut quanti Titius aestimaverit, quaeritur an locatio et conductio contrahatur. Qua de causa si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim, nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus quanti inter nos convenerit, quaeritur

Se non si è pattuita la mercede non vi è locazione ma mandato. Così pure non si ha locazione ove la determinazione della mercede sia stata rimessa ad una posteriore convenzione (439).

La locazione è di tre specie a seconda che abbia per oggetto la prestazione dell'uso di una cosa, o di *operae* o di un *opus*.

§ 9. Locazione di cose.

Nella locazione di cose il locatore si obbliga ad assicurare al conduttore l'uso e il godimento di una data cosa non consumabile, mobile od immobile, corporale od incorporale, propria od altrui, per un determinato periodo di tempo (*ut re conductori uti fruit liceat*) (440). Il conduttore

an locatio et conductio contrahatur ». 144. « Item si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur an locatio et conductio contrahatur ». 145. « Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio »; e fr. 25, Dig. *h. t.* e vedi retro.

(439) Vedi fr. 22, Dig. 19, 5. *Gaius libro decimo ad edictum provinciale*. « Si tibi polienda sarcierendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio, si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. quod si neque gratis hanc operam susceperis neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis »; e cfr. fr. 5, § 2, Dig. 19, 5; fr. 5, Dig. 19, 2; fr. 46, Dig. eod.; e testi citati da BERTOLINI, *Appunti didattici*, pag. 622.

(440) Per la locazione di cosa altrui vedi fr. 7, Dig. 19, 2. *Paulus libro trigesimo secundo ad edictum*. « Si tibi alienam insulam locavero quinquaginta tunque eadem sexaginta Titio locaveris et Titius a domino prohibitus fuerit habitare, agentem te ex conducto sexaginta consequi debere placet, quia ipse Titio tenearis in sexaginta »; fr. 9, § 6, Dig. eod. « Si aliena domum mihi locaveris eaque mihi legata vel donata sit, non teneri me tibi ex locato ob pensionem: sed de tempore praeterito videamus, si quid ante legati diem pensionis debetur: et puto solvendum ». Per la locazione dell'usufrutto vedi fr. 12, § 2, Dig. 7, 1. « Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere

peraltro non acquista, in base al contratto di locazione, un diritto *sulla cosa*, e neppure ne diventa possessore giuridico, poichè la tiene a nome del locatore, come semplice detentore. In caso di turbative o di violenze da parte di terzi egli non può quindi intentare le azioni possessorie, ma deve invocare l'intervento del locatore.

Il conduttore ha diritto ai frutti, ma solo di fronte al locatore; e non ne acquista quindi la proprietà che percependosi col suo consenso. Se il locatore non è proprietario il conduttore avrà, rispetto alla percezione dei frutti, la posizione di un possessore di buona o mala fede, a seconda che gli sia, o meno, nota la mancanza di dominio del locatore. Se poi il locatore è proprietario, ma proibisce al conduttore di percepire i frutti, questi non ne diventa guari proprietario; potrà però, in base al contratto, agire contro il proprietario locatore per ottenerne il trasferimento o *l'id quod interest*. Il locatore può, malgrado il

potest: nam et qui locat utitur, et qui vendit utitur. sed et si alii precario concedat vel donet, puto eum uti atque retinere usum fructum, et hoc Cassius et Pegasus responderunt et Pomponius libro quinto ex Sabino probat. non solum autem si ego locavero, retineo usum fructum, sed et si alius negotium meum gerens locaverit usum fructum, Iulianus libro trigensimo quinto scripsit retinere me usum fructum. quid tamen si non locavero sed absente et ignorante me negotium meum gerens utatur quis et fruatur? nihilo minus retineo usum fructum (quod et Pomponius libro quinto probat) per hoc, quod negotiorum gestorum actionem adquisivi ».

Fr. 38, Dig. eod. *Marcianus libro tertio institutionum*. « Non utitur usufructuarius, si nec ipse utatur nec nomine eius alius, puta qui emit vel qui conduxit vel cui donatus est vel qui negotium eius gerit. plane illud interest, quod, si vendidero usum fructum, etiamsi emptor non utatur, videor usum fructum retinere », e fr. 16, Dig. 50, 16; c. 6, Cod. IV, 65.

Nulla è la locazione di cose appartenenti al conduttore a meno che egli non sia privo dell'usufrutto o del possesso delle medesime: c. 20, 23, Cod. IV, 65. Vedi fr. 15, Dig. 16, 3. *Iulianus libro tertio decimo digestorum*. « Qui rem suam deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur: sicuti qui rem suam conducit aut precario rogat, nec precario tenetur nec et locato ». Fr. 45, Dig. 50, 17. *Ulpianus libro trigensimo ad edictum*. « Neque pignus neque depositum neque precarium neque emptio neque locatio rei suae

contratto, espellere il conduttore dal fondo locato sempre però, ben s'intende, esponendosi ad essere convenuto pei danni con l'azione contrattuale. A maggior ragione può il proprietario-locatore vendere la cosa data in locazione trasferendone la proprietà al compratore; nel qual caso questi ne potrà poi, a suo piacimento, espellere il conduttore (colono o inquilino) a meno che non si sia nella compera pattuito il rispetto della precedente locazione (441). Nella dottrina pandettistica si suole pertanto insegnare che *la compera rompe la locazione (Kauf bricht Miethe)*, ma è insegnamento improprio ed inesatto, poichè, in realtà, la compera posteriore non rompe punto la locazione precedente: vero è solo che il compratore di fondo già dato in locazione, può, se ne diventa proprietario, espellere il conduttore. Il contratto di locazione tanto poco resta per ciò diminuito o annullato, che gli è appunto in base ad esso che il conduttore espulso potrà ottenere il

consistere potest ». Fr. 21, Dig. 41, 3. *Iavolenus libro sexto epistularum*. « Ei, a quo fundum pro herede diutius possidendo capturus eram locavi eum: an nullius momenti eam locationem existimes, quaero: quod si nullius momenti existimas, an durare nihilo minus usucapionem eius fundi putes. item quaero, si eidem vendidero eum fundum, quid de his causis, de quibus supra quaesit, existimes. respondit: si is, qui pro herede fundum possidebat, domino eum locavit, nullius momenti locatio est, quia dominus suam rem conduxisset: sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locatur retinuerit, ideoque longi temporis praescriptio non duravit. in venditione idem iuris est, quod in locatione, ut emptio suae rei consistere non possit ». Fr. 28, Dig. 41, 2. *Tertullianus libro primo quaestionum*. « Si aliquam rem possideam et eandem postea conducam, an amittam possessionem? multum refert in his, quid agatur: primum enim refert, utrum sciam me possidere an ignorem: et utrum quasi non meam rem conducam an quasi meam: et sciens meam esse. utrum quasi proprietatis respectu an possessionis tantum. nam et si rem meam tu possideas et ego emam a te possessionem eius rei vel stipuler, utilis erit et emptio et stipulatio, et sequitur, ut et precarium et conductio specialiter possessionis solius conducendae vel precario rogandae animus interveniat » che secondo PEROZZI, *Istituzioni*, II, pag. 233, è interpolato, e cfr. fr. 29, Dig. 7, 4; fr. 87, Dig. 13, 7; fr. 55, Dig. eod.; fr. 20, Cod. IV, 65 e c. 23 eod.

(441) Vedi testo sopra trascritto a pag. 76.

risarcimento dei danni subiti in conseguenza della espulsione (442).

Il conduttore ha diritto di usare e fruire della cosa, anche subaffittandola; egli è obbligato ad osservare, nell'uso e godimento, la diligenza di un buon padre di famiglia, e deve prestare una pensione o mercede al locatore. Questa pensione consiste, per regola, in una somma di denaro; solo eccezionalmente si ammetteva che potesse consistere, in parte o in tutto, in derrate (443).

(442) V. fr. 12, Dig. 43, 16. *Marcellus libro nono decimo digestorum*. « Colonus eum, cui locator fundum vendiderat; cum is in possessionem missus esset, non admisit: deinde colonus vi ab alio deiectus est: quaerebatur, quis aberet interdictum unde vi. dixi nihil interesse, colonus dominum ingredi volentem prohibuisset an emptorem, cui iussisset dominus tradi possessionem, non admisit. igitur interdictum unde vi colono competiturum ipsumque simili interdicto locatori obstrictum fore, quem deiecisit tunc videretur, cum emptori possessionem non tradidit, nisi forte propter iustam et probabilem causam id fecisset ». Fr. 18, eod. *Papinianus libro vicensimo sexto quaestionum*. « Cum fundum qui locaverat vendidisset, iussit emptorem in vacuum possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit: postea emptor vi colono expulit: de interdictis unde vi quaesitum est. placebat colono interdicto venditori teneri, quia nihil interesset, ipsum an alium ex voluntate eius missum intrare prohibuerit: neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem ommitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset. emptorem quoque, qui postea vim adhibuit, et ipsum interdicto colono teneri: non enim ab ipso, sed a venditore per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata. quaesitum est, an emptori succurri debeat, si voluntate venditoris colono postea vi expulisset. dixi non esse iuvandum, qui mandatum illicitum suscepit ». Fr. 20, Dig. 41, 2. *Marcellus libro nono decimo digestorum*. « Si quis rem, quam utendam dederat, vendiderit emptorique tradi iusserit nec ille tradiderit, alias videbitur possessione dominum intervertisse, alias contra. nam nec tunc quidem semper dominus amittit possessionem, cum reposcenti ei commodatum non redditur: quid enim si alia quaequam fuit iusta et rationabilis causa non reddendi, non utique ut possessionem eius interverteret? ».

(443) Vedi i testi sopra citati. La *colonia partiaria*, frequente nel diritto classico, è considerata come un'anomalia nel diritto giustiniano. Il FERRINI, *La colonia parziaria* (Rendiconto dell'Istituto Lombardo, anno 1893, pag. 87), ritiene che la colonia parziaria, il cui corrispettivo era in derrate, non fosse più, nell'epoca giustiniana, considerata come locazione.

Essa va prestata postnumerando, salvo, s'intende, patuituzione in contrario, e va temporaneamente rimessa quando, per cause imprevedibili o irresistibili, sia stato impossibile al conduttore di usare o fruire del fondo preso a locazione. Indipendentemente da ciò, se il locatore espelle il conduttore, questi resta esonerato dall'obbligo di pagare il canone (444).

Il conduttore infine, come ha diritto di immettersi nel possesso (naturale) della cosa presa a locazione, così ha il dovere, alla fine del contratto, di restituirla in buono stato: una costituzione dell'imperatore Zenone stabilì che il conduttore fosse tenuto nel doppio del valore della cosa locata ove si rifiutasse, senza giusto motivo, di restituirla (445).

Il conduttore può chiedere il risarcimento delle spese, ma presta i danni causati per sua colpa.

(444) Vedi fr. 24, § 4, Dig. 19, 2. « Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiat: nec enim semper liberabitur dominus eo, quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus neque ipse pensionum nomine obligatus erit et quantum per singulos annos compendii facturus erat, consequetur: sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest. quod si paucis diebus prohibuit, deinde paenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet. item utiliter ex conducto agit is, cui secundum conventionem non praestantur quae convenerant, sive prohibeatur frui a domino vel ab extraneo quem dominus prohibere potest ».

Fr. 60 pr., Dig. eod. *Labeo posteriorum libro quinto a Iavoleno epitomatorum*. « Cum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex calendis illis cuiusque anni, sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit. itaque si ea domus ex kalendis Ianuariis fulta in kalendis Iunii permanisset, ita ut nec habitare quisquam nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestaturum, adeo ut nec cogi quidem posset ex kalendis Iulii refecta domu habitare, nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare ». — Cfr. fr. 9, eod. — PEROZZI, *Istituzioni*, II, pag. 234, n. 1. — BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 652 e segg.

(445) Vedi c. 34, Cod. IV, 65.

La locazione può essere *in perpetuum, perpetua* o a *termine*. È *in perpetuum* quando è stata *conclusa per sempre*; è *perpetua* quando è stata *conclusa senza limitazioni di tempo* onde è revocabile ad ogni istante; è a *termine* quando è stata conclusa per un certo periodo fisso di tempo. Le locazioni di fondi rustici si intendevano concluse per 5 anni. Quando la locazione era a termine si risolveva automaticamente al sopraggiungere del medesimo. Ove però il conduttore perseverasse nell'uso e godimento della cosa, senza che il locatore si opponesse, la locazione si aveva per rinnovata tacitamente (*relocatio tacita*).

Grave controversia si ha circa la durata della *relocatio tacita*, giacchè pei fondi rustici, i testi dicono che ha da valere per un anno, ma per quelli urbani si esprimono in termini ambigui che hanno dato luogo a interpretazioni diverse (446).

(446) Vedi fr. 13, § 11, Dig. 19, 2. « Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat: huius enim novus consensus erit necessarius. eadem causa erit et si rei publicae praedia locata fuerint. quod autem diximus taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse: *hoc enim ipso quod tacuerunt, consensisse videntur*. et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. *in urbanis autem praediis alio iure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est* ».

Le ultime parole di questo testo vengono da alcuni scrittori intese nel senso che la locazione di fondi urbani, rinnovata tacitamente, abbia a durare quanto la locazione originaria, e che quindi, ove questa fosse a termine, allo stesso termine si abbia da considerare rinnovata tacitamente; che se invece quella fosse senza termine anche la rinnovata abbia da considerarsi risolvibile a disdetta delle parti come di consuetudine. — Per altre interpretazioni vedi c. 16, Cod. h. t. — BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 670-671 e note.

La locazione può venire risolta per cause molteplici, sia da parte del conduttore, che del locatore; da parte del conduttore, quando il locatore non presti la cosa nel tempo dovuto e in condizioni da potere essere usata e fruita; da parte del locatore quando il conduttore non abbia pagato per due anni la *pensio*, o abbia abusato della cosa, e vai dicendo. Essa può anche estinguersi per morte delle parti.

§ 10. Responsabilità per colpa e caso fortuito.

Tanto il locatore quanto il conduttore possono essere tenuti l'uno di fronte all'altro per danni arrecati colposamente durante il contratto. Così sarà responsabile il locatore, se ha dato in locazione una cosa difettosa, senza avvertirne il conduttore, ove questi abbia in conseguenza di ciò subito un danno: se ha dato, per esempio, in locazione delle botti forate e il conduttore ha perduto il vino; o se ha dato in affitto una casa pericolante e il conduttore ha perduti i mobili, gli animali e gli schiavi per la ruina della medesima. E sarà per contro responsabile il conduttore se, per sua negligenza, avrà deteriorata la cosa presa a locazione, diminuendole il valore oltre ai limiti implicati dall'uso a lui concessione (447). Se per caso fortuito (e. g., terremoto, inondazione, ecc.), l'uso e godimento della cosa diventa impossibile, ha luogo riduzione proporzionale delle *mercedes*: se la cosa data in locazione va distrutta fortuitamente il conduttore è liberato. Il *periculum* è dunque sopportato dal locatore: *periculum est locatoris*, a differenza di quanto abbiamo visto valere in caso di vendita di *res certa* (448).

(447) Vedi fr. 5, § 2, Dig. 13, 6 e rr. 23, Dig. 50, 17 sopra trascritto a pag. 98.

(448) Vedi fr. 19, § 6, Dig. 19, 2. « Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime Mela scripsit ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum: non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causam conductionis proficeret. aliter atque si quis, cum

§ 11. Della « *locatio operarum* » in generale (449).

Il contratto di locazione di opere non ha raggiunto nel diritto romano un pieno svolgimento per due ragioni: anzitutto perchè l'istituto della schiavitù ne faceva meno sentire il bisogno; inoltre per l'idea che i romani avevano che non fosse decoroso per un uomo libero di procurarsi dei guadagni col proprio lavoro. Questa idea non venne però tratta a tutte le sue logiche conseguenze.

Si cominciò anzitutto col distinguere fra *operae liberales* ed *illiberales*: per queste si ammise (o almeno non consta che si proibisse) che si potesse validamente pattuire una mercede. Certo l'uomo libero che locava, in tal modo, il suo lavoro era diminuito nell'opinione pubblica, ma ciò non toglieva che il contratto relativo fosse valido e munito d'azione. Per le *operae liberales* invece il divieto venne più rigidamente osservato, in quanto si negò all'uomo libero che le avesse locate di agire in giudizio per la pattuita mercede.

Ma, anche entro questi limiti, il principio non poteva resistere a lungo. La progressiva frequenza colla quale, nella realtà dei rapporti sociali, si compensavano certe *operae liberales*, veniva naturalmente determinandone un valore di mercato, e metteva in evidenza l'ingiustizia del non potersi agire in giudizio. La conciliazione del principio tradizionale colle nuove esigenze venne pertanto trovata

decem conduxisset, quindecim solverit: hic enim si per errorem solvit, dum putat se quindecim conduxisse, actionem ex conducto non habebit, sed solam conditionem. nam inter eum, qui per errorem solvit, et eum, qui pensionem integram prorogavit, multum interest ».

Fr. 30, § 1, eod. « Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret ». Cfr. fr. 25, § 2; fr. 27, eod.; fr. 9, § 34, eod.

(449) Vedi LÖWENFELD, *Inästimmbarkeit und Honorirung der artes liberales* (nella Festgabe für Plank, München, 1887). — ENDEMANN, *Die Behandlung der Arbeit im Privatrecht*, Jena, 1896 ed altre indicazioni bibliografiche in BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 691 e segg.

nella seguente formula: che cioè per le *operae liberales locari solitae*, si potesse pattuire ed esigere un *honorarium*, non però mediante azione civile ma per *extraordinariam cognitionem*, o, come si direbbe oggi, in via amministrativa: mentre, per le *operae liberales locari non solitae*, restò fermo l'antico principio che non si potesse comunque esigere mercede (450).

§ 12. *Locatio operarum e locatio operis*.

Per quanto il diritto romano non abbia dato al contratto di locazione di opere una disciplina ampia quale è richiesta dalle condizioni e dai bisogni della vita moderna, pur tuttavia esso ne ha tenute distinte due fondamentali forme, indicate appunto come *locatio operarum* l'una, e come *locatio operis* l'altra.

Si ha *locatio operarum* quando una delle parti (detta locatore) si obbliga a prestare una certa quantità di lavoro, per un certo tempo, all'altra parte (detta conduttore), affinché questa se ne valga secondo il convenuto. Si ha invece *locatio operis* quando una delle parti che, con termine non romano, possiamo chiamare imprenditore, si obbliga di fronte all'altra (che viene detta nelle fonti *conductor* e che modernamente chiamasi committente) a compiere una certa impresa che richiede una certa quantità di lavoro (451). Questa seconda specie di locazione di opera

(450) La distinzione tra *operae locari solitae* e *locari non solitae* non risulta chiara dai testi. L'idea da noi accolta è desunta dall'ENDEMANN, op. cit., pagg. 25-26. Confr. BERTOLINI, *Appunti*, pagg. 692-693. Generalmente si ammette che il contrapposto fra *operae locari solitae* e *non solitae* combaciasse con quello fra *operae liberales* e *illiberales*.

(451) Notiamo che scarsissimi sono i testi che trattano della *locatio operarum* (c. 26, 28, 40, 41, Cod. 4, 65). Più numerosi sono quelli che trattano della *locatio operis* (GAI, III, 142, 14, *Inst.*, III, 24). Talvolta però non è facile distinguere se si tratti di *locatio operarum* o di *locatio operis*. Così è, ad es., per la c. 13 pr., e §§ 1-2, Cod. IV, 65. *Imp. Valerianus et Gallienus AA. et Valerianus C. Aurelio Heraclidae*. « Si divisa conductio fuit et in singulis pro partibus facta, alium eomine conveniri vos non oportet. si autem omnes qui conducebant

non fu mai ritenuta sconveniente per un uomo libero, in quanto chi si assumeva un'impresa non si impegnava ad eseguirla personalmente, ma anzi, per regola, la conduceva a compimento valendosi del lavoro servile.

In base alla *locatio operarum*, il *conductor* aveva diritto di esigere le *operae* convenute o il loro valore, e, per regola, dal locatore personalmente. Questi aveva diritto alle mercedi pattuite, anche quando il *conductor* fosse morto, a meno che non gli fosse possibile locare le stesse *operae* ad altri, e alle stesse condizioni. Il *periculum* era dunque sopportato dal locatore il quale non poteva esigere la mercede ove, per malattia o per altra causa fortuita, non potesse prestare le *operae* (452).

In base alle *locatio operis*, il committente aveva diritto di ottenere l'opera finita, nel tempo e luogo convenuto (453). L'imprenditore aveva diritto di ottenere il prezzo convenuto, ma solo a lavoro finito, a meno che non avesse pattuito una retribuzione proporzionale a rate: per es.: a peso o a misura (*ad singulos dies, in pedes mensurasve*, ecc).

L'imprenditore rispondeva dell'inadempimento colposo (454).

in solidum locatori sunt obligati, ius ei competens conveniendi quem velit non debeat conferri. Habetis sane vos facultatem locatori offerendi debitum et, ut transferantur in vos ea, quae ob hanc conductionem ab is quorum nomine inquietamini obligata sunt, postulandi ». *PP. VIII. Id. Martiis Aemiliano et Basso cons.* [259], e fr. 40, 41, eod. Cfr. ENDEMANN, op. cit., pagg. 18 e segg.

(452) Cfr. fr. 19, §§ 9, 10, Dig. 19, 2: fr. 38, § 1, Dig. eod.

(453) V. fr. 36, § 1, Dig. 19, 2. *Florentinus libro septimo institutionum*. « Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit quo minus opus adprobetur vel admetiatur. si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset ».

(454) Vedi fr. 13, § 5, Dig. 19, 2. *Ulpianus libro trigensimo secundo ad edictum*. « Si gemma includenda aut insculpenda data sit eaque fracta sit, si quidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato

Quanto all'inadempimento fortuito valevano i seguenti principii. Se il committente aveva già approvato l'opera compiuta, o se *tale opus fuit ut probari deberet*, ne sopportava il *periculum* (doveva cioè pagarne il prezzo anche quando l'*opus* fosse andato fortuitamente distrutto); nel caso contrario il *periculum* era dell'imprenditore a meno che il committente non avesse determinato il caso fortuito con una colpa propria, o che non si trattasse già di semplice caso fortuito ma di *vis maior* (455).

L'imprenditore dell'opera poteva, per regola, subappaltarla (456).

§ 13. *Casi nei quali la « locatio-conductio operis » tende a confondersi coll' « emptio-venditio »* (457).

Quando la *locatio conductio operis* era rivolta alla produzione e consegna di una cosa, p. e. di un anello, di un vaso, ecc., presentava grande somiglianza colla *emptio venditio*. Poteva sorgere il dubbio se Tizio, facendosi promettere da Caio la consegna di un oggetto che questi avrebbe dovuto fare, avesse concentrato di preferenza la

actio, si imperitia facientis, erit. huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat, tunc enim etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio ». — BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 717 e segg.

(455) Vedi nota 460 a pag. 249 e cfr. l'esegesi dei testi relativi in BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 723-735, e sopra pag. 103.

(456) Vedi fr. 48, Dig. 19, 2. *Marcellus libro octavo digestorum*. « Si cui locaverim faciendum quod ego conduxeram, constabit habere me ex locato actionem. Qui servum conductum vel aliam rem non immobilem non restituit, quanti in litem iuratum fuerit damnabitur ». V. fr. 31, eod. e BERTOLINI, *Appunti didattici*, pag. 716.

(457) V. GAIUS, III, 145, 147. « ...quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret, et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio, an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem. Sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi. Atqui si meum aurum ei dederò, mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi ». Cfr. § 4, *Inst.*, III, 24 e fr. 2, § 1, Dig. 19, 2. Per l'enfiteusi cfr. § 3, *Inst.*, III, 24 e vedi retro.

sua attenzione sulla cosa come già fatta, o non piuttosto sul lavoro dell'artefice dal quale se l'era fatta promettere. Nel primo caso poteva ammettersi esservi compera di cosa futura, nel secondo locazione di opera. E poichè i principii che valgono per questi due tipi di contratto sono diversi, gli è evidente che la risoluzione del dubbio non aveva soltanto una importanza dottrinale ma ben anche pratica. Fra i giuristi romani si ebbe, in proposito, un vivo dibattito. I più sostenevano doversi ammettere *locatio-conductio operis* quando il committente stesso avesse dato all'imprenditore dell'opera la materia colla quale comporla: *emptio venditio* nel caso contrario. Il giurista Cassio sosteneva, che quando il committente aveva fornito la materia prima vi era vendita e locazione di *operae*; vendita della materia, e locazione delle opere per trasformarla secondo il convenuto. Altri giuristi ritenevano che non in tutti i casi in cui l'imprenditore forniva la materia si dovesse, senz'altro, ammettere *emptio venditio*; ma che convenisse guardare se la mercede fosse stata pattuita con prevalente riguardo alla remunerazione del lavoro necessario per fare l'opera, o anche in vista del valore della materia; solo in questo ultimo caso sembrava loro si potesse propriamente parlare di *emptio venditio* (458).

Quando l'opera commessa consisteva nella costruzione di una casa su terreno del committente, si ammetteva generalmente (cfr. tuttavia fr. 2, § 1, Dig. 19, 2) che dovesse prevalere il concetto della locazione, poichè la casa costruita diventava del committente *iure accessionis* (459).

(458) Per il caso in cui il committente abbia bensì fornito la materia, ma permettendo all'imprenditore di valersi a suo piacimento di altra materia dello stesso genere; vedi il vessato fr. 34, Dig. 34, 2, sul quale cfr. BERTOLINI, *Appunti didattici*, pag. 710.

(459) V. fr. 22, § 2, Dig. 19, 2. « Cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transfert et tamen locatio est: locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem » e fr. 20, Dig. 50, 1.

§ 14. *Lex Rhodia de iactu.*

Se per salvare dal naufragio una nave carica di merci, si rendeva necessario fare gettito di una parte del carico, o tagliare l'alberatura, o sacrificare una qualsiasi altra parte della nave stessa, le leggi marittime di Rodi stabilivano che il danno avesse da essere sopportato, in parti proporzionali, da tutti quelli che avevano avuto interesse che la nave si salvasse, cioè dunque dall'armatore (*exercitor*) e dai proprietari delle merci su di essa caricate. Questo principio venne recetto nel diritto romano, e la interpretazione ad esso data dai giureconsulti romani costituì poi, in seguito, fino ai giorni nostri, il fondamento comune dei diritti moderni sulle così dette grosse avarie.

I rapporti che sorgevano in conseguenza del principio del contributo, venivano fatti valere colle *actiones locati conducti*.

Il proprietario delle merci gettate a mare chiedeva, coll'*actio locati*, al capitano della nave che ne aveva assunto il trasporto, il risarcimento del danno subito, e questi coll'*actio conducti* chiedeva agli altri la loro parte contributoria (460). Il valore delle merci gettate si valutava secondo il prezzo loro di acquisto; quello delle merci salvate, e della nave, secondo il prezzo di vendita. Si consi-

(460) V. PAOLO, II, 7, 1-5. « Levandae navis gratia iactus cum mercium factus est, omnium intributione sarcitur, quod pro omnibus iactum est. Nave vel arbore vi tempestatos amissa vectores ad contributionem non tenentur, nisi ipsis arborem salutis causa eruentibus, navis salva sit. Iactu navis levata si perierit extractos aliorum per urinatores mercibus, eiusquoque rationem haberi placuit, qui merces salva nave iactavit. Levandae navis gratia merces in scapham transiectas atque ideo amissas intributione earum, quae in navi salvae sunt, refici convenit, nave autem perdita conservatae cum mercibus scaphae ratia non habetur. Collatio contributionibus ob iactum salva nave fieri debet ». V. fr. 1, Dig. 14, 2 e confronta BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 756 e segg. Se invece di *locatio operis*, cioè di trasporto, il proprietario delle merci gettate aveva conchiuso una *locatio rei*, cioè locazione di una parte della nave, egli doveva agire coll'*actio conducti*, ed il capitano nella stessa ipotesi, agiva contro gli altri con l'*actio locati*.

derivavano come merci anche i bagagli dei passeggeri: solo le vettovaglie erano esenti da contributo.

L'obbligo di contribuire presupponeva che il gettito fosse riescito a salvare la nave e con essa le rimanenti merci; se la nave andava perduta, e una parte del carico veniva salvata nelle imbarcazioni, non aveva più luogo contributo.

§ 15. Della società (461).

La società è un contratto consensuale mediante il quale due o più persone, dette *socii*, si obbligano a contribuire con beni o prestazioni personali al raggiungimento di uno scopo lecito di comune interesse. La società è un contratto consensuale: non occorre quindi, per il suo perfezionarsi, che abbia luogo il conferimento; essa è un contratto bilaterale perfetto poichè dà luogo necessariamente al sorgere di obbligazioni reciproche fra le parti contraenti.

Le società si distinguono in *societates rerum, operarum, e mixtae*, a seconda che i soci si obbligano a conferire beni od opere, o beni ed opere ad un tempo. Esse sono generali o speciali (462), a seconda che i soci si obbligano a conferire tutti i loro beni presenti e futuri, o solo una

(461) Dig. 17, 2, Cod. IV, 34; *Inst.*, III, 25.

(462) V. GAIO, III, 148, 154. « Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii, veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum. — ...nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet ». « Magna... quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Q. Mucius *contra naturam societatis esse existimavit. Sed. Ser. Sulpicius, cuius etiam praevaluit sententia*, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, *ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti...* — [Et] illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, [tamen] aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse. Sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoquequod omissum est, similes partes erunt ». Cfr. § 2, *Inst.*, III, 25.

parte dei medesimi: per esempio i soli prodotti del loro lavoro (esclusi quindi, e. g., gli acquisti ereditari, ecc.) (463). Quanto allo scopo cui tendono, si dividono in società di speculazione, cioè rivolte ad un lucro pecuniario (*societates quaestuariae*) e società non rivolte a tale fine (*societates non quaestuariae*).

§ 16. I tipi originari della società (464).

Le regole relative al contratto di società non hanno origine unitaria; esse provengono dalla fusione e sovrapposizione di regole originariamente escogitate per alcuni tipi speciali di società. Il più antico fra questi tipi è indubbiamente il *consortium familiare*, che si aveva quando, morto il *pater familias*, gli *heredes sui* non si dividevano la *hereditas*, ma restavano in comunione. Dal *consortium familiare* si sviluppò la *societas omnium bonorum*. Le *societates quaestuariae* invece trassero forse la loro origine dalle *societates publicanorum*, che provvedevano all'appalto

(463) Vedi fr. 3, §§ 1, 2, Dig. *pro socio*, 17, 2. *Paulus libro trigesimo secundo ad edictum*. « Cum specialiter omnium bonorum societas coita est, tunc et hereditas et legatum et quod donatum est aut quaqua ratione adquisitum communioni acquiretur. — De illo quaeritur, si ita *sit coita* societas, ut, si qua iusta hereditas alterutri obvenerit, communis sit, quae *sit iusta* hereditas, utrumquae iure legitimo obvenit an etiam ea quae testamento. Et probabilius est ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere ». Fr. 7-9 eod. *Paulus libro trigesimo ad Sabinum*. « Coiri societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaeslu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione, conductione descendit ». L. 8, Dig. *h. t. Paulus ad Sabinum*. « *Quaestus* enim intellegitur, qui ex opera cuius descendit ». L. 9, Dig. *h. t. Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum*. « Nec adiecit Sabinus hereditatem, vel legatum vel donationes mortis causa sive non mortis causa, fortassis haec ideo, quia non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt »; e fr. 2, §§ 16, 17, Dig. eod.

(464) Vedi PERNICE, *Labeo*, I, pagg. 443 e segg., e *Zum röm. Gesellschaftsvertrage* (nella Zeitschrift der Sav. Stiftung, vol. III, pagg. 48 e 65). — FERRINI, *Le origini del contratto di società* (in Archivio giuridico, vol. 38, pagg. 3 e segg.). — DE MEDIO, *Contributo alla storia del contratto di società in Roma*, Messina, 1901. — Più ampia bibliografia in BERTOLINI, *Appunti didattici*, pag. 749.

delle imposte e ad altre imprese analoghe ed avevano acquistata una grande importanza sulla fine della repubblica. Le *societates unius rei* infine ebbero probabilmente, come loro punto di partenza, un rapporto, assai frequente nell'epoca antica, per cui il proprietario pattuiva con un abile agricoltore che questi gli migliorasse un proprio fondo, acconsentendo a dividere con lui il vantaggio delle migliori (Politio).

Questa dottrina che fa scaturire il sistema della società romana da tre diverse fonti, non è universalmente accolta; e veramente i testi non offrono elementi decisivi a suo sostegno. Essa ci sembra tuttavia assai probabile per il fatto che diversissime sono le finalità cui provvedono i diversi tipi di società sopra descritti, onde è naturale ammettere che siano stati determinati da rapporti economici e sociali di indole disparata. La società, come concetto generale, è il prodotto di un'astrazione giuridica: nella realtà della vita si hanno solo delle società, ciascuna con fisionomia e funzioni proprie. Non sembra quindi verosimile che i giuristi romani abbiano creata una teoria della società in astratto di cui si siano poi distinti i vari tipi: ma è piuttosto da ammettersi che si siano avuti in origine dei tipi distinti di società dai quali, solo in seguito, si siano, per la considerazione degli elementi comuni, astratte delle regole generali (465).

§ 17. *Requisiti di ogni società.*

Alla valida costituzione di qualsiasi società occorre che vi siano due o più soci i quali si obblighino a contribuire qualche cosa (beni o opere) (466) per il raggiungimento di

(465) Vedi però in contrario BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 750 e segg.

(466) V. fr. 5, Dig. 17, 2. *Ulpianus libro trigesimo ad edictum*. « Societates contrahuntur sive universorum honorum sive negotiationis alicuius sive vectigalis sive etiam rei unius. Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. *donationis causa societas recte non contrahitur* ». Cfr. fr. 6, fr. 29, fr. 52, fr. 80, Dig. eod.

uno scopo comune e lecito (467). Non occorre che il valore del conferimenti dei singoli soci sia eguale, o della stessa natura, potendo, ad esempio, un socio obbligarsi a conferire *operae*, ed un altro cose, od opere di altro genere. Ma, per regola, la società si considera, in riguardo ai lucri e alle perdite, come fatta per parti uguali (468), e solo mediante convenzione può stabilirsi che la partecipazione ai lucri ed alle perdite sia proporzionale all'effettivo valore dei rispettivi conferimenti o che, per esempio, un socio abbia a partecipare ai lucri, ma non alle perdite (469). Sarebbe tuttavia nulla la clausola colla quale si stabilisse che uno dei soci avesse da essere escluso da ogni partecipazione ai lucri pur sottostando alle perdite (cosiddetta *societas leonina*). Una simile clausola è infatti immorale e contraria a quello spirito di fratellanza (*affectio societatis*) che, nel concetto romano, doveva dominare in ogni *societas*.

§ 18. *Effetti della società fra le parti.*

Ogni socio è obbligato ad eseguire i conferimenti promessi ed è tenuto in garanzia tanto per evizione che per

(467) V. GATO, III, 150, sopra citato (cfr. § 1, *Inst.*, III, 25), e fr. 29, Dig. 17, 2. *Contra* cod. civ. it.

(468) V. GAIO, III, 149, sopra trascritto.

(469) V. fr. 29, § 2, Dig. 17, 2. *Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum*. « Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa. Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, periculā subeat solus. *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum inim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet* ». Cfr. fr. 30; fr. 5, §§ 1 e 6, Dig. *h. t.*, §§ 1-3, *Inst.*, III, 25.

i vizi occulti. Il trasferimento va operato nei modi di legge: ove si tratti di *res Mancipi* occorre dunque la *mancipatio* o la *in iure censo*: ove si tratti di *res nec Mancipi* occorre la *traditio* e vai dicendo. Solo in caso di *societas omnium bonorum* la conclusione della società basta ad operare il trapasso della proprietà dei conferimenti (cosidetto *transitus legalis* (470).

Non avendo la società una propria organizzazione, ogni socio è, fino a proibizione contraria (471), autorizzato ad amministrarne i beni; ma risponde pei danni eventualmente arrecati alle cose sociali, per dolo e colpa *in concreto* (472), senza che possa compensarla coi lucri alla

(470) L. 1, § 1, Dig. 17, 2. *Paulus libro trigesimo secundo ad edictum*. « In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur ».

L. 2, Dig. h. t. *Gai, libro decimo ad edictum prov.* « Quia licet specialiter traditio non interveniat, tacite tamen creditur intervenire ».

L. 3 pr., Dig. h. t. *Paulus libro trigesimo secundo ad edictum*. « Ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu: sed actiones invicem praestare debent ».

(471) V. fr. 28, Dig. 10, 3. *Papinianus libro septimo quaestionum*. « Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. unde manifestum est prohibendi ius esse: *in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat*. sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividendo actionem damnum sarciri poterit. sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur ».

(472) V. fr. 52, § 2, Dig. eod. « Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet. si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire ».

Vedi § 9, *Inst. h. t.* « Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpa, id est desidia atque negligentiae nomine, quaesitum est: praevaluit tamen etiam culpa nomine teneri

medesima procurati colla propria attività (473). Egli deve conferire, immediatamente, nella cassa comune tutto ciò che ha ritratto nell'amministrazione della società (fr. 74, Dig. h. t.) ma può esigere dai consoci (*pro rata parte*) il rimborso delle spese incontrate.

L'*actio pro socio*, colla quale si fanno valere gli obblighi e i diritti reciproci sorgenti dalla società, è azione di buona fede. Il convenuto che in essa soccombe può invocare il *beneficium competentiae*: se però la sua condanna è fondata sul suo dolo, perde il beneficio e resta oltre a ciò colpito d'infamia (474). Questi principii si spiegano col concetto, dominante nella società, di una certa fratellanza dei soci (*ius quodammodo fraternitatis*).

§ 19. La società di fronte ai terzi.

La società non ha, per regola, personalità giuridica (475). Di fronte ai terzi la società non è che la somma dei sin-

eum. culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: *sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet* ». Cfr. BERTOLINI, *Appunti didattici*, pag. 780.

(473) V. fr. 23, § 1, Dig. h. t. « Idem quaerit, an commodum, quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quod culpa praebuit, debeat, et ait compensandum. quod non est verum, nam et Marcellus libro sexto digestorum scribit, si servus unius ex sociis societati a domino praepositus neglegenter versatus sit, dominum societati qui praeposuerit praestaturum *nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno: et ita divum Marcum pronuntiasse, nec posse dici socio: 'abstine commodum, quod per servum accessit, si damnum petis'* ». Cfr. fr. 26, 72, Dig. h. t.

(474) V. GAIO, IV, 182. « Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti... item pro socio, fiducia, tutelae, mandati depositi... ». — Testo riprodotto in § 2, I. *de poen. temere litig.*, 4, 16, modificando ed aggiungendo come appare: « ...item tutelae, mandati, depositi, directis non contrariis actionibus, item pro socio, quae ab utraque parte directa est et ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus ignominia notatur... ».

(475) Poteva tuttavia, in casi eccezionali, acquistarla. Così era secondo GAIO, fr. 1, Dig. 3, 4, delle *societates publicanorum*, sulle quali vedi KNIEP, *Societates publicanorum*, 1896, e MITTEIS, *Das röm. privatrecht*, I, pagg. 403 e segg.

goli soci che la compongono: ogni socio risponde di fronte ad essi solo per gli atti proprii o in quanto sia stato validamente rappresentato dai suoi consoci (476). Se tutti i soci contrattano con terzi, *insieme*, restano obbligati in proporzione delle rispettive quote sociali, cioè, per regola, in parti uguali (477). Tuttavia i terzi contraenti con un singolo socio potranno sempre agire contro gli altri, in quanto questi abbiano ratificato o in quanto abbiano risentito un arricchimento, in base ai principii della *negotiorum gestio*, e della *in rem versio* (478).

§ 20. Scioglimento della società.

La società può venire sciolta: 1° per volontà unanime dei soci (479); 2° per venir meno del suo scopo, e cioè: o

(476) Vedi fr. 1, §§ 1-3, Dig. 17, 2; fr. 68, pr. 74, 82; fr. 52, § 18, Dig. eod. e confronta CICERONE, *Pro Roscio Com.*, 17, 18, §§ 51-56 e fr. 62, Dig. 17, 2.

(477) V. fr. 5, § 2, Dig. 14, 1. « Si unus ex bis exercitoribus cum magistro navis contraxerit, agere cum aliis exercitoribus poterit ». Cfr. fr. 44, Dig. 21, 1. « Proponitur actio ex hoc edicto in eum cuius maxima pars in venditione fuerit, quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere: aequum enim aedilibus visum est vel in unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere, ne cogere emptor cum multis litigare, *quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt*: nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est ».

Pei *socci banchieri* facevasi tuttavia eccezione: vedi fr. 9 pr., e 21, §§ 5, 27, Dig. 2, 14.

(478) V. fr. 84, Dig. 17, 2, sopra citato.

(479) Vedi GAI, III, 151, 154. « Manet... societas eo usque, donec in eodem consensu perseverant. At cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur. Sed plane si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucri faciat, cogetur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucri fecerit duod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Mihi vero quidquid omnino post renuntiatam societatem adquisitur, soli conceditur. — Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. — Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem, quia

per essere stato esso raggiunto, o per essere diventato impossibile; 3° per spirare del termine (salvo tacito riprolungamento) o per il verificarsi di una condizione risolutiva (480); 4° per venir meno del patrimonio sociale (*publicatio*) (481); 5° per morte naturale o civile, o anche per recesso, di un singolo socio (482).

A liquidare le società servivano l'*actio pro socio* e l'*actio communi dividendo*. Colla prima si regolavano i rapporti obbligatori fra i soci; colla seconda si otteneva la divisione delle cose comuni; (fr. 27 e 43, Dig. 17, 2).

§ 21. Del mandato.

Il mandato è un contratto consensuale (483), mediante il quale una persona (detta mandante) affida ad altra

civili ratione capitis deminutio mortis coaequatur; sed utique si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas. — Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas. Sed haec quoque societas de qua loquimur, id est quae consensu contrahitur nudo, iuris gentium est itaque inter omnes homines naturali ratione consistit ». Cfr. fr. 1, Dig. 17, 2, e fr. 4 eod.

(480) V. c. 6, Cod. IV, 37. *Iustinianus A. Iohanni pp.* « De societate apud veteres dubitatum est, si sub condizione contrahi potest: puta « si ille consul fuerit, societatem esse contractam. sed ne simili modo apud posteritatem sicut apud antiquitatem huiusmodi causa ventiletur, sancimus societatem contrahi posse non solum pure, sed etiam sub conditione: *voluntates etenim legitime contrahentium omnimodo conservandae sunt* ».

(481) V. § 7, *Inst.*, III, 25. « Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur: nam cum in eius locum alius succedit, pro mortuo habetur ».

(482) Vedi retro § *Societates e corporazioni*, Il principio non valeva per le *societates publicanorum* sulle quali vedi le opere citate. Cfr. ROBY, *Roman Private Law*, vol. II, pagg. 133-134. Nelle *societates* contratte per un certo tempo, i singoli *socci* non possono sciogliere la società prima dello scadere del termine, a meno che non vi siano gravi motivi giustificativi: e. g. *si ita iniuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati*.

(483) Dig. 17, 1; Cod. IV, 35, *Inst.*, III, 26. Si è sostenuto che anche il mandato fosse nelle sue origini un contratto reale. Vedi in proposito: PERNICE, *Labeo*. — CARLEBACH, *Die actio mandati, deren En-*

persona (detta mandatario) la cura di uno o più, o anche di tutti i proprii affari. Il mandato è un contratto bilaterale imperfetto poichè da esso non sorge, necessariamente, che un'obbligazione: quella del mandatario di eseguire il mandato; mentre, solo eventualmente, può anche il mandante restare obbligato di fronte al mandatario: per esempio a risarcirlo delle spese incontrate. Il mandato è un contratto essenzialmente gratuito, non comporta cioè remunerazione, e resta, per questo suo tratto, distinto dalla locazione di opere (484).

Il mandato può essere, come già abbiamo accennato, o speciale (*unius rei*), o generale (*omnium bonorum*). Il mandatario generale chiamavasi, nell'epoca classica, *procurator*, ed aveva amplissimi poteri di amministrazione (485). Esso era generalmente uno schiavo manomesso che continuava, da libero, le funzioni di amministratore che aveva

turckelung, ecc., Leipzig, 1896. — DNIESTRANSKY, *Die Aufträge zu Gunsten Dritter*, Leipzig, 1904. — La natura consensuale del mandato, nell'epoca classica è attestata da numerosi frammenti. Vedi e. g., fr. 1, 6, 53, Dig. 17, 1.

(484) V. fr. 1, § 4, Dig. 17, 1. *Paulus libro trigensimo secundo ad edictum*. « Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit », e cfr. fr. 22, Dig. 19, 5, sopra trascritto a pag. 237 nota 439. Sul *pactum quotae lites* vedi fr. 6, § 7, Dig. 17, 1; fr. 7, e fr. 13 eod., c. 1, 20, Cod. IV, 35. In base a questi testi correttamente si sostiene che la gratuità è elemento essenziale del mandato. Per certi mandati tuttavia le stesse fonti romane ammettono che si possa validamente pattuire una mercede da richiedersi per *extraordinariam cognitionem*, e fin anco coll'*actio mandati*. Vedi fr. 7, Dig. 17, 1. *Papinianus libro tertio responsorum*. « Salarium procuratori constitutum si extra ordinem peti coeperit, considerandum erit, laborem dominus remunerare voluerit atque ideo fidem adhiberi placitis oporteat an eventum litium maioris pecunia praemio contra bonos mores procurator redemerit ».

C. 1, Cod. IV, 35. *Impm. Severus et Antoninus*. « Adversus eum, cuius negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri: de salario quod promisit a praeside provinciae cognitio praebebitur ». Confr. c. 17, Cod. eod., fr. 6, 7, 26, § 8; fr. 56, § 3, Dig. 17, 1; cfr. BARON, *Pandekten*, § 299, II.

(485) Vedi retro, vol. II, pagg. 286 e 355 e segg.

da schiavo, e veniva considerato come un *alter ego* del suo patrono. Il mandato speciale poteva essere giudiziale o estragiudiziale; nel primo caso il mandatario prendeva il nome di *procurator ad litem*. In ogni caso il mandato doveva aver luogo nell'interesse del mandante o almeno anche nel suo interesse. Un mandato nell'interesse del solo mandatario era considerato nullo (486). Nullo era pure ogni mandato impossibile, illecito o immorale (487).

§ 22. Effetti del mandato fra le parti.

Il mandatario è obbligato ad eseguire il mandato assunto, in conformità alle istruzioni avute dal mandante, e alla natura dell'affare. Egli deve usare nella sua gestione la diligenza del buon padre di famiglia (*diligentia in abstracto*), ed è responsabile per i danni arrecati per averla omessa (488).

(486) Vedi fr. 2, Dig. 17, 1. *Gaius libro secundo cottidianorum*. « Mandatum inter nos contrahitur, sive mea tantum gratia tibi mandem sive aliena tantum sive mea et aliena sive mea et tua sive tua et aliena. quod si tua tantum gratia tibi mandem, supervacuum est mandatum et ob id nulla ex eo obligatio nascitur. 1. Mea tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandem, ut negotia mea geras vel ut fundum mihi emeris vel ut pro me fideiubeas. 2. Aliena tantum, veluti si tibi mandem, ut Titii negotia gereres vel ut fundum ei emeris vel ut pro eo fideiubeas. 3. Mea et aliena, veluti si tibi mandem, ut mea et Titii negotia gereres vel ut mihi et Titio fundum emeris vel ut pro me et Titio fideiubeas. 4. Tua et mea veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederis ei, qui in remmeam mutaretur. 5. Tua et aliena, veluti si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes: quod si, ut sine usuris crederes, aliena tantum gratia intervenit mandatum. 6. Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tuas potius in emptiones praediorum colloques quam faeneres, vel ex diverso ut faeneres potius quam in emptiones praediorum colloques: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui datur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium ». Cfr. GAIUS, III, 155-157, e § 6, *Inst.*, III, 26, e MANCALEONI, *Mandatum tua gratia et consilium*.

(487) Vedi e. g. fr. 6, § 6; fr. 12, §§ 11, 17, e fr. 22, § 6, Dig. 17, 1, e GAIUS, III, 157; § 7, *Inst.*, III, 26.

(488) Si è recentemente risostenuto che il mandatario non fosse in origine, e per tutta l'epoca classica, responsabile che per dolo. Vedi

Egli deve inoltre rendere conto e restituire tutto ciò che ha acquistato nell'esecuzione del mandato: *ex mandato apud eum qui mandatam suscepit nihil remanere oportet* (489). In particolar modo deve restituire le *usurae* tratte da investimenti di capitali appartenenti al mandante, anche quando tali investimenti siano stati fatti contro la sua volontà, o se egli stesso si sia servito dei denari appartenenti al mandante.

Il mandante, alla sua volta, è tenuto a rifare al mandatario le spese incontrate per l'esecuzione del mandato, a

HUSCHKE, nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* n. F., V, pagg. 113 e segg. — LUSIGNANI, *Studii sulla Custodia*, e MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, I, pag. 32. Questa tesi ci sembra assai dubbia. A nessuno è riuscito di togliere di mezzo il passo di CICERONE, *Pro Roscio Amerino*, 38, 111. « In privatis rebus, si quis rem mandatam non modo malitiosus gessisset sui commodi aut quaestus causa, verum etiam neglegentius, eum maiores summum admisisse dedecus existimabant. Itaque mandati constitutum est iudicium non minus turpe quam furti, credo propterea, quod quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in iis operae nostrae vicaria fides amicorum supponitur: quam si laedit, oppugnat omnium commune praesidium, et quantum in ipso est disturbat vitae societatem. Non enim possumus omnia per nos agere: alius in alia re magis utilis. Idcirco amicitiae comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur. *Quid recipis mandatum si aut neglecturus aut ad tuum commodum conversures es? cur mihi te offers ac meis commodis officio simulato officis et obstat?* »; dal quale risulta che già nelle origini il mandatario era tenuto oltre che per dolo anche per colpa. Oltre che nel passo di Cicerone il mandatario è tenuto responsabile per colpa anche nei seguenti testi: fr. 10, § 1, Dig. 17, 1, ove è detto che il mandante avrà omesso, per colpa, di farsi prestare le *cautio de sanitate* e *de ceteris vitiis*: *si culpa caveri non curaverit condemnabitur*; e fr. 22, § 11, Dig. 17, 1, ove è tenuto responsabile il mandatario che ha omesso, per negligenza, di adempiere il mandato o di rinunziarvi. Il MITTEIS, op. cit., cerca attenuare il valore di questi testi rilevando che si tratta in essi di tale colpa che è, in altri testi, espressamente parificata al dolo (fr. 9, § 4, Dig. 10, 4). E trova poi decisivo, per escludere che il mandatario fosse, nell'epoca classica, tenuto per colpa, il passo di MODESTINO, contenuto nella *Collatio*, 10, 2, 3 (*in mandato vero iudicio dolum non etiam culpa deducitur*). Posto ciò, conclude essere certamente interpolato, per quanto si attiene alle responsabilità del mandatario, il fr. 23, Dig. 50, 17 (vedi sopra), e forse anche le costituz. 11 e 13, Cod. IV, 35.

(489) Vedi fr. 20, Dig. 17, 1.

tenerlo indenne delle obbligazioni allo stesso fine contratte, e dai danni comunque risentiti in diretta conseguenza del mandato (490). Egli deve pure prestare le *usurae* del denaro che il mandatario abbia impiegato, di proprio, nell'esecuzione del mandato (491).

Se il mandatario eccede i limiti del mandato può essere egualmente convenuto coll'*actio directa* dal mandante che v'abbia interesse, e può anche, secondo l'opinione dei Proculiani accolta da Giustiniano, agire coll'*actio contraria* per la parte compresa nel mandato (492).

(490) Cfr. fr. 12, § 9; fr. 26, § 6; fr. 27, § 4, Dig. 17, 1 e fr. 56, § 4 trascritto a nota seguente. Cfr. anche fr. 62, § 5, Dig. 17, 2 e fr. 70, § 2, Dig. 30.

(491) Fr. 27, § 4, Dig. 17, 1. *Gaius libro nono ad edictum provinciale*. « Impendia mandati exsequendi gratia facta si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent, nec ad rem pertinet, quod is qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere. Si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris ».

Fr. 56, § 4, Dig. eod. *Papinianus libro tertio responsorum*. « Sumptus bona fide necessario factos, etsi negotio finem adhibere procurator non potuit, iudicio mandati restitui necesse est ».

C. 4, Cod. IV, 35. *Imp. Alexander A. Aurelio Vulnerato*. « Etiam si contrariam sententiam reportaverunt, qui te ad exercendas causas appellationis procuratorem constituerunt, si tamen nihil culpa tua factum est, sumptus, quos in lite probabili ratione feceras, contraria mandati actione petere potes ». *S. VIII. Id. Ian.*

(492) Vedi GAIO, III, 161, e cfr. § 8, *Inst.*, III, 26. « Is qui exsequitur mandatum non debet excedere fines mandati. ut ecce si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeris vel ut pro Titio sponderes, neque pluris emere debes neque in ampliorem pecuniam fideiubere, alioquin non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem, ut Sabino et Cassio placuerit, etiam si usque ad centum aureos cum eo agere velis, inutiliter te acturum: diversae scholae auctores fecte te usque ad centum aureos acturum existimant: quae sententia sane benignior est. quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo actionem, quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris si posset emeretur. Cfr. PAOLO, *R. S.*, II, 15, § 3 e fr. 3, §§ 2-5; fr. 33, 59, § 6, Dig. 17, 1.

Ambedue le azioni sorgenti dal mandato sono infamanti (Gaio, IV, 182, fr. 6, § 5, Dig. 3, 2).

§ 23. Effetto del mandato di fronte ai terzi.

Il mandato può avere per oggetto tanto l'esecuzione di operazioni di fatto (per esempio: trasporto di una cosa da un luogo all'altro, riparazioni di un edificio, ecc.), quanto la conclusione di negozi giuridici. Si domanda quali effetti siano da attribuirsi a tali negozi di fronte al mandante. Resterà egli obbligato in base ai medesimi? Acquisirà i diritti che ne discendono? La regola romana è che il mandatario, contraendo coi terzi non obbliga *direttamente* che sè stesso, come pure acquista solo per sè. Il diritto romano, specie quello classico, non ammetteva la così detta rappresentanza diretta. Abbiamo visto tuttavia che, già nell'epoca classica, il *procurator (omnium bonorum)* acquistava direttamente il possesso e la proprietà al suo principale.

In seguito, e più specialmente nell'epoca giustiniana, si ammise che qualsiasi mandatario, anche *unius rei*, potesse acquistare direttamente il possesso e la proprietà al mandante (493). Ma per le obbligazioni restò ferma la regola antica, salvo i temperamenti di cui abbiamo parlato a pag. 85.

§ 24. Estinzione del mandato.

Il mandato si estingue:

1° Per morte del mandante o del mandatario, avvenuta *re adhuc integra*, prima cioè che se ne sia incominciata l'esecuzione (494).

2° Per revoca da parte del mandante (anche qui però *re adhuc integra*).

3° Per rinuncia da parte del mandatario. Affinchè la rinuncia estingua il mandato, e liberi il mandatario, occorre tuttavia che sia fondata sopra una giusta causa (per es. improvvisa malattia, necessità di assentarsi, impossi-

(493) Vedi retro vol. II, pag. 279.

(494) Vedi GAIO, III, 159-160; PAOLO, R. S., II, 15, § 1.

bilità di risultato, ecc.), e che venga notificata al mandante in tempo affinchè egli possa provvedere (495). Il mandato persiste, malgrado la morte del mandante, quando il mandatario ne abbia intrapresa l'esecuzione ignorando questa circostanza.

§ 25. Casi tipici di mandato.

Il mandato venne dai giureconsulti romani fatto servire a scopi molteplici. Ricordiamo la applicazione fattane in tema di cessione di crediti (*procuratio in rem suam*), e in tema di garanzia (c. d. *mandatum qualificatum*). Una speciale menzione richiede anche il *mandatum post mortem collatum* (496). Questo poteva essere di due specie: consisteva cioè nell'incarico dato dal mandante al mandatario di fare alcunchè dopo la propria morte, o dopo la morte del mandatario. Nel primo caso se ne ammetteva

(495) Vedi fr. 27, § 2, Dig. 17, 1. *Gaius libro nono ad edictum provinciale*. « Qui mandatum susceperit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet, alioquin quanti mandatoris intersit damnabitur: si vero intellegit explere se id officium non posse, id ipsum cum primum poterit debet mandatori nuntiare, ut is si velit alterius opera utatur: quod si, cum possit nuntiare cessaverit, quanti mandatoris intersit tenebitur: si aliqua ex causa non poterit nuntiare, securus erit ». Cfr. fr. 15, Dig. 17, 1 e fr. 22, § 11, Dig. eod.

(496) Vedi GAIO, III, 58. « Item si quid post mortem meam faciendum mihi mandetur inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse ». Cfr. c. un., Cod. IV, 10. *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* « Cum et stipulationes et legata et alios contractus post mortem compositos antiquitas quidem respicebat, nos autem pro commune hominum utilitate recepimus, consentaneum erat etiam illam regulam, qua vetustas utebatur, more humano emendare. 1. Ab heredibus enim incipere actiones vel contra heredes veteres non concedebant contemplatione stipulationum ceterarumque causarum post mortem conceptarum. 2. Sed nobis necesse est, ne prioris vitii materiam relinquamus, et ipsam regulam e medio tollere, ut liceat et ab heredibus et contra heredes incipere actiones et obligationes, ne propter nimiam subtilitatem verborum latitudo voluntatis contrahentium impediatur ». D. XV. k. *Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestae vv. cc.* Confronta fr. 108, Dig. 46, 3, e fr. 12, § 17; 13; 27, § 1, Dig. 17, 1.

forse la validità già nel diritto classico: nel secondo la si negava, *quia ab heredis persona obligatio incipere non potest*. Ma Giustiniano abolì questa antica regola e dichiarò valido ogni mandato *post mortem collatum*.

§ 26. Dei patti.

Abbiamo già veduto che, secondo le idee romane, la semplice convenzione o patto, non era produttiva di azione (497). Occorreva sempre la c. d. *causa civilis*. I patti non erano tuttavia privi di ogni effetto. Già le XII tavole ci attestano che servivano ad estinguere, in via di composizione, le azioni giudiziali sorgenti da delitto (498); essi acquistarono poi in seguito una importanza maggiore quando il pretore promise, nel suo editto, di rispettare qualsiasi patto che non fosse contro le leggi, nè altrimenti illecito; *pacta servabo* (499). Da questa disposizione del pretore trasse origine l'*exceptio pacti conventi*, colla quale si poteva paralizzare qualsiasi azione che, pur avendo fondamento in un diritto dell'autore, si trovasse in contraddizione con un patto da questi conchiuso col convenuto. Da ultimo si ammise anche, per opera della giurisprudenza, del pretore, e degli imperatori, la piena validità di alcuni patti.

1. *Patti aggiunti* — Il primo passo, in questa direzione, venne fatto dalla giurisprudenza che ammise la validità dei patti aggiunti ai contratti di buona fede. Questi non vennero veramente muniti di un'azione loro propria;

(497) Vedi sopra pag. 68.

(498) Vedi fr. 17, § 1, Dig. 2, 14. *Paulus libro tertio ad edictum*. « *Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur: ut iniuriarum, item furti* ».

PAOLO, *R. S.*, I, 19, 2. « *Ex his causis, quae infitiatione duplantur, pacto decidi non potest* ».

(499) Vedi fr. 7, § 7, Dig. 2, 14. *Ulpianus libro quarto ad edictum*. « *Ait praetor: Pacta conventa quae neque dolo malo neque adversus leges, plebis scita, senatus consulta, decreta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo* ». E cfr. GAIO, IV, 119 e 122.

ma si ammise che potessero essere fatti valere colle azioni sorgenti dal contratto al quale erano stati aggiunti, purchè fossero stati aggiunti *in continenti*, cioè nel momento della conclusione del contratto (500).

I patti aggiunti potevano essere di indole la più svariata. Speciale importanza acquistarono i patti aggiunti alla vendita dei quali ricorderemo: il *pactum de retrovendendo*, il *pactum de retroemendo*, il *pactum protimiseos*, l'*addictio in diem*, il *pactum commissorium*, il *pactum de non alienando* ed il *pactum hypothecae*.

Il *pactum de retrovendendo* era il patto col quale il compratore si obbligava a rivendere la cosa comperata allo stesso venditore, al medesimo prezzo o ad un prezzo diverso. Esso aveva effetto puramente obbligatorio, onde se il compratore avesse, *medio tempore*, trasferita ad altri la cosa comperata con patto aggiunto *de retrovendendo*, l'originario venditore non poteva agire contro il terzo acquirente, ma doveva limitarsi a chiedere il risarcimento dei danni coll'*actio venditi*.

In base al patto *de retroemendo* il venditore si obbligava a riacquistare, qualora il compratore volesse, la cosa che gli aveva venduta, anche qui allo stesso, o a prezzo diverso, e con effetti puramente obbligatori.

Simile al *pactum de retrovendendo* era il *pactum protimiseos*, in base al quale il compratore si obbligava, per il caso in cui si decidesse a rivendere la cosa comperata, a dare, a parità di condizioni, la preferenza all'originario venditore. Anche questo patto aveva effetto puramente obbligatorio.

(500) Conviene qui ricordare che i patti aggiunti potevano essere rivolti sia a diminuzione che ad aumento della obbligazione sorta dal contratto (*pacta ad minuendam obligationem* e *pacta ad augendam obligationem*). I patti ad *minuendam obligationem* potevano essere aggiunti anche *ex intervallo*, poichè davano luogo soltanto ad una *exceptio pacti conventi*. I patti ad *augendam obligationem* non potevano invece essere aggiunti che *in continenti*. È discusso se i patti ad *augendam obligationem* potessero venir validamente aggiunti *in continenti* anche ai contratti di stretto diritto. Vedi GIRARD, *Manuel*, pagg. 594-595.

Più importante era la c. d. *addictio in diem*, patto col quale, il venditore si riservava di considerare come non avvenuta la vendita nel caso che un altro compratore gli offrisse migliori condizioni. Questo patto aveva — almeno per diritto giustiniano — effetto reale; risolveva cioè di diritto, ove un migliore acquirente si fosse effettivamente presentato, il trasferimento della proprietà operato in seguito alla prima vendita.

Col *pactum commissorium* il venditore pattuiva la risoluzione della vendita stessa, quando il prezzo convenuto non fosse stato pagato entro un certo tempo. Anche il *pactum commissorium* aveva — almeno per diritto giustiniano — effetto reale. Aggiunto al contratto di pegno il *pactum commissorium* mirava a rendere proprietario del pegno il creditore pignoratizio non soddisfatto. Esso venne proibito da Costantino (501).

Altri patti aggiunti che occorreano frequentemente erano il *pactum displicentiae*, col quale una delle parti contraenti, o anche entrambe, si riservavano di recedere dal contratto; il *pactum de non alienando* col quale il venditore si faceva promettere dal compratore di non rivendere la cosa acquistata ad altri, il *pactum hypothecae* col quale il venditore si riservava una ipoteca sulla cosa venduta a garanzia del pagamento del prezzo convenuto, ecc.

2. *Patti pretori*. — Altre e più importante eccezioni alla regola si ebbero per intervento del pretore, il quale ammise che il semplice patto potesse in certi casi dar luogo ad un rapporto reale od obbligatorio. Così vennero riconosciuti: a) il *pactum hypothecae*; b) *constitutum debiti proprii vel alieni*; c) il *receptum arbitrii, nautarum et cauponum*

(501) Vedi c. 3, Cod. VIII, 34 [35]. *Imperator Constantinus A. ad Populum*. « Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas. placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet, creditores enim re amissa jubemus recuperare quod dederunt [326].

et *argentariorum* che davano luogo all'*actio constitutae pecuniae*, e *recepticia* (502).

3. *Patti legittimi*. — Nell'età imperiale vennero poi, mediante costituzioni, riconosciuti validi il *pactum dotis* il *pactum donationis*, ecc. Ma, all'infuori di queste eccezioni, restava pur sempre in vigore la regola che i semplici patti non producono azione, onde vengono, nella scuola, chiamati *patti nudi*, in contrapposto a quelli eccezionalmente muniti di azione, che vengono detti *patti vestiti*.

I più importanti patti nudi sono: il *pactum de non petendo*, la transazione, il compromesso, il giuoco e la scommessa. Il *pactum de non petendo* è il patto col quale un debitore conviene col suo creditore che questi non lo citerà in giudizio; esso può essere *in personam* o *in rem* a seconda che è inteso solo relativamente alla persona del creditore, o anche ai suoi successori. La transazione è un patto col quale due persone si fanno reciproche concessioni circa l'ammontare di un diritto fra di loro controverso. Il compromesso è un patto con cui due parti contendenti si accordano di sottoporre al giudizio di un arbitro la decisione di una lite fra di loro pendente.

(502) Del *constitutum debiti* ci siamo già occupati sopra a pag. 121 e segg. Il *receptum arbitrii* era il patto col quale un arbitro si impegnava a risolvere una controversia a lui sottoposta dalle parti contendenti (Dig. 4, 8, Cod. II, 55 [56]). Il *receptum nautarum cauponum stabulariorum* era il patto (tacito) col quale il proprietario di una nave, di un albergo o di una scuderia garantiva la sicurezza dei bagagli dei viaggiatori. Il *receptum argentarii* era il patto col quale un banchiere si assumeva di pagare un debito di un suo cliente. Giustiniano fuse questo patto col *constitutum*: c. 2, Cod. IV, 18, trascritta sopra a pag. 121, nota 198.

CAPITOLO VI.

« Obligationes quasi ex contractu ».

Sommario: § 1. « Negotiorum gestio ». — § 2. Del « dominium negotii ». — § 3. L' « utiliter coeptum » e l' « animus negotia aliena gerendi ». — § 4. Obbligazioni del gestore. — § 5. Obbligazioni del « dominus ». — § 6. Della « Negotiorum gestio prohibente domino ». — § 7. Della gestione funeraria. — § 8. La c. d. « communio incidens ». — § 9. Dell'indebito arricchimento.

§ 1. « Negotiorum gestio » (503).

Si ha *negotiorum gestio* quando alcuno gerisce degli affari altrui senza averne avuto mandato e senza essere, altrimenti, a ciò autorizzato per legge. Questo fatto può dar luogo a delle obbligazioni reciproche fra il gestore (*negotiorum gestor*) e colui al quale appartengono gli affari geriti (*dominus negotii*); e poichè tali obbligazioni non scaturiscono da contratto (chè contratto non vi ha fra le parti, anzi si presuppone che manchi), e neppure scaturiscono da delitto (in quanto la gestione di affari altrui non è, per se stessa, un delitto), così dicesi, nelle fonti, che esse sorgono *quasi ex contractu*. Affinchè il gestore resti obbligato di fronte al *dominus* basta che egli abbia gerito un affare a questi spettante: affinchè il *dominus* resti obbligato verso il gestore, occorre che questi abbia gerito *utiliter*, e col-
l'*animus negotia aliena gerendi*. Dalla gestione possono quindi sorgere due azioni: l'*actio negotiorum gestorum (directa)*, che spetta al *dominus negotii* contro il *negotiorum gestor*, e l'*actio negotiorum gestorum (contraria)* (504), che

(503) Vedi COGLIOLO, *Trattato teorico e pratico dell'amministrazione degli affari altrui*. Firenze, 1890. — PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui*, Lanciano, 1893. — FERRINI, nel *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, vol. VII, pagg. 83-116. — PACCHIONI, *ibidem*, vol. IX, pagg. 50-87. — SEGRÈ, *Sulle formule relative alla neg. gestio*, ecc. (negli *Studi in onore di Moriani*, II, pagg. 291 e segg. — BERTOLINI, *Appunti didattici*, pagg. 1037 e segg.

(504) L'*actio neg. gest. (directa)* è più antica dell'*actio neg. gest. (contraria)* introdotta dal pretore coll'editto riferito nel fr. 3 pr., Dig. 3, 5.

spetta al *negotiorum gestor* contro il *dominus negotii*; ma ciascuna ha requisiti suoi proprii.

§ 2. Del « dominium negotii ».

Affinchè il gestore sia tenuto verso il *dominus* occorre, e basta, che abbia gerito un affare a questi spettante. Ma quando è che un affare gerito da un gestore può dirsi appartenere ad altra persona? Le fonti romane non ci danno una definizione del *dominium negotii*, ma ci offrono una serie di esempi dai quali può astrarsi una formula generale. Così esse ci dicono che il proprietario è *dominus* in riguardo a tutti gli atti giuridici o materiali che altre persone compiano sulle cose sue: per esempio, riparazione di un edificio, estinzione di un incendio sviluppatosi sul medesimo, vendita, locazione, ecc. Ma non occorre essere proprietari per potersi considerare *domini* in relazione a certi affari compiuti da altri sopra una data cosa: basta, secondo le decisioni delle fonti, anche un qualsiasi altro diritto reale sulla cosa; l'usufruttuario, per esempio, è *dominus* di tutti i negozi che altri compia colla cosa sulla quale ha l'usufrutto, in quanto tali negozi riguardino l'usufrutto. E neppure infine occorre un diritto reale: anche un semplice diritto di credito può bastare a costituire il *dominium negotii*. Così, ad esempio, il compratore, al quale non sia stata consegnata la cosa comperata è *dominus negotii* relativamente a tutti gli atti che il venditore compia colla cosa venduta, prima della consegna. Qui il *dominium negotii* è del compratore sebbene il venditore sia tuttora proprietario. La proprietà del venditore gli attribuisce la qualità di *dominus* relativamente ai *negotia* eventualmente compiuti da terze persone, ma non di fronte al compratore.

Ulpianus libro decimo ad edictum. « Ai praetor: Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cuiusve cum is moritur fuerint, gesserit iudicium eo nomine Labo ». Sui problemi storici relativi alla origine e alla natura delle *actiones negotiorum gestorum* vedi le opere citate sopra e LENEL, *Das Edictum Perpetuum* (2^a ed. tedesca), pagg. 100 e segg.

In tutti questi casi il *dominium negotii* è fondato sopra un rapporto di diritto, e viene dagli scrittori chiamato obbiettivo (c. d. *negotium re ipsa alienum*). Ma può anche essere che l'affare compiuto dal gestore non sia in alcun necessario rapporto con una cosa in proprietà o altrimenti soggetta, o dovuta, ad altri. In tali casi è la volontà del gestore che crea il *dominium negotii*, in quanto solo ove tale affare sia stato intrapreso a nome di qualcuno può da questi essere considerato come suo proprio, e dargli il diritto di agire contro il gestore per il rendimento dei conti. Si parla in questi casi di *dominium negotii* subbiettivo (o *contemplatione alienum*) (505).

§ 3. L' « *utiliter coeptum* »
e l' « *animus negotia aliena gerendi* ».

Affinchè il *dominus negotii* sia tenuto di fronte al gestore, occorre che questi abbia intrapresa la gestione *utiliter* e coll' *animus negotia aliena gerendi*. Ma che si richiede per potersi dire che la gestione è stata *utiliter coepta*? E che cosa si intende per *animus negotia aliena gerendi*? Sono questi due punti assai controversi nella dottrina. Noi riteniamo che vi sia *utiliter coeptum* quando la gestione è stata intrapresa in condizioni nelle quali, si imponeva per la sua utilità e convenienza, a giudizio di ogni uomo savio. O, in altri termini: gerisce *utiliter*, a nostro avviso, quel gestore il quale compie, pel *dominus*, un atto di amministrazione che questi, potendo o sapendo, avrebbe dovuto compiere da sé. Questa formulazione ci sembra preferibile a quella comunemente accolta, secondo la quale gerisce *utiliter* il gestore che intraprende la gestione secondo la verosimile o presumibile volontà del *dominus*; poichè vi sono dei *domini* dei quali si sa che sono cattivi amministratori e non sarebbe

(505) La definizione del *negotium alienum* è uno dei punti più scabrosi in tema di gestione. Vedi, per la storia dei dogmi relativi, l'eccellente studio dell'AARONS, *Beiträge zur Lehre von der negotiorum gestio*, Schwerin, 1860, e cfr. PACCHIONI, *Il negotium alienum* (nell' *Antologia giuridica*, Catania, 1890), e *Trattato della gestione*, pagg. 120-233.

conveniente farli rappresentare, se assenti od impediti, in tali loro disgraziate attitudini (506).

Quanto all' *animus negotia aliena gerendi* esso va inteso come intenzione benevola ed altruistica, conforme cioè a quello spirito di umana solidarietà che il pretore romano intese favorire e sviluppare col suo editto. Chi gerisce affari altrui senza saperlo, o magari con malevola intenzione, non merita l'ampia protezione accordata dall' *actio negotiorum gestorum (contraria)* (507).

(506) Il testo fondamentale è il fr. 9 [10], Dig. 3,5; cfr. *Trattato*, pag. 285 e segg. *Ulpiano libro decimo ad edictum*. « Sed an ultro mihi tribuitur actio sumptuum quos feci? et puto competere, nisi specialiter id actum est, ut neuter adversus alterum habeat actionem. *Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium quod gessit, actione ista utetur. sed sufficit, si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium, et ideo si insulam fulsit vel servum aegrum curavit, etiamsi insula exusta est vel servus obiit, aget negotiorum gestorum: idque et Labeo probat.* sed ut Celsus refert, Proculus apud eum notat non semper debere dari. quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumptui dereliquerit vel quam sibi necessariam non putavit? oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam, cum unicuique liceat et danni infecti nomine rem derelinquere, sed istam sententiam Celsus eleganter deridet: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patrem familias adgreditur. iuxta hoc est et. quod Iulianus scribit, eum qui insulam fulsit vel servum aegrotum curavit, habere negotiorum gestorum actionem, si utiliter hoc faceret, licet eventus non sit secutus, ego quaero: quid si putavit se utiliter facere, sed patri familias non expediebat? dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem: ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum ».

(507) I due testi fondamentali in riguardo all' *animus negotia aliena gerendi* sono; fr. 5, § 5 [6, § 3], Dig. 3, 5. *Ulpianus libro decimo ad edictum*. « Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucrui causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione, ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem »; e fr. 48 [49], Dig. eod.: *Africanus libro octavo quaestionum*. « Si rem, quam servus venditus subripisset a me venditore, emptor

§ 4. *Obbligazioni del gestore.*

Il gestore di affari altrui, abbia egli gerito utilmente o meno, con o senza *animus negotia aliena gerendi*, deve rendere conto al *dominus* della sua gestione. Egli deve, in particolar modo, restituire le cose amministrate con tutte le accessioni e con tutti i lucri dalle medesime tratti (usure di denaro, e simili: *lucra propter rem* in contrapposto ai c. d. *lucra propter negotiationem percepta*); deve cedere le azioni acquistate nel corso dell'amministrazione contro terzi e risponde dei danni arrecati per dolo e *culpa lata* ove sia intervenuto *necessitate urgente*; per *culpa levis* nei casi normali; e anche per caso fortuito quando abbia intrapreso una gestione aleatoria non rientrante nella cerchia di affari proprii al *dominus* (508).

§ 5. *Obbligazioni del « dominus »*

Il *dominus*, ove la gestione sia stata intrapresa *utiliter* e con l'*animus negotia aliena gerendi*, deve risarcire al gestore tutte le spese, anche quando il risultato della gestione sia andato perduto per caso fortuito. Egli dovrà dunque, ad esempio, rifare al gestore le spese incontrate per la riparazione della casa anche quando questa sia stata

vendiderit eaquo in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses: sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer».

(508) Vedi fr. 10 [11], Dig. 3, 5. *Pomponius libro vicensimo primo ad Quintum Mucium*. «Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes, sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras; veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet».

successivamente distrutta da un terremoto, o per altra causa fortuita (509). Egli dovrà inoltre liberarlo dalle obbligazioni assunte nel corso della gestione, e indennizzarlo dei danni in causa della medesima sofferti. Questa grande ampiezza dell'azione accordata al gestore si spiega considerando gli scopi di incoraggiamento ad intervenire nell'interesse altrui, ai quali essa doveva la sua origine. Essa appare del resto ben giustificata, ove si abbia riguardo ai due requisiti che si richiedevano pel suo sorgere. Ma che avveniva se l'uno o l'altro, o entrambi, questi requisiti non fossero stati attuati dal gestore? Le fonti ci dicono che, in tal caso, egli non poteva agire contro il *dominus* che nei limiti dell'arricchimento da questi risentito in conseguenza della gestione (510).

§ 6. *Della « Negotiorum gestio prohibente domino »* (511).

In generale si presuppone che il gestore intervenga nell'assenza del *dominus*, o essendo questi comunque impedito dal provvedere ai proprii affari; ma può anche avvenire

(509) Vedi fr. 9 [10], Dig., *h. t.*, trascritto sopra, pag. 271, nota 506.

(510) Cfr. fr. 5, § 5 [6, § 3], Dig., *h. t.*, sopra trascritto, pag. 271, nota 507, e cfr. SEGRÈ, *Studii per V. Scialoja*, vol. I, pagg. 278-279. note, e RICCOBONO, *Traccie di diritto romano classico nelle collezioni bizantine*, Palermo, 1906.

(511) Vedi fr. 7 [8], § 3, Dig. 3. 5. *Ulpianus libro decimo ad edictum*. «Iulianus libro tertio tractat, si ex duobus sociis alter me prohibuerit administrare, alter non: an adversus eum qui non prohibuit habeam negotiorum gestorum actionem? movetur eo, quod, si data fuerit adversus eum actio, necesse erit et eum pertingi qui vetuit; sed et illud esse iniquum eum qui non prohibuit alieno facto liberari, cum et si mutuam pecuniam alteri ex sociis prohibente socio dedissem, utique eum obligarem. et puto secundum Iulianum debere dici superesse contra eum qui non prohibuit negotiorum gestorum actionem, ita tamen ut is qui prohibuit ex nulla parte neque per socium neque per ipsum aliquid damni sentiat»; e confronta c. 24, Cod. II, 18, *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* « Si quis nolente et specialiter prohibente domino rerum administrationi earum sese immiscuit, apud magnos auctores dubitabatur, si pro expensis, quae circa res factae sunt, talis negotiorum gestor habeat aliquam adversus dominum actionem. Quam quibusdam pollicentibus directam vel utilem, aliis

che il gestore si faccia a gerire *sciente* e *non contradicente domino*, e, perfino, contro la proibizione del medesimo. Per questa ultima ipotesi si ebbe nella giurisprudenza classica un vivo dibattito: alcuni giuristi sostenevano che anche il gestore, che avesse gerito contro il divieto del *dominus*, potesse, qualora avesse gerito *utiliter* e *coll'animus negotia aliena gerendi*, agire contro di lui coll'*actio neg. gest. (contraria)*; altri gli concedevano, quanto meno, una *actio utilis* (per l'arricchimento?); e altri invece gli negavano qualsiasi azione. Questa controversia venne risolta da Giustiniano in una sua famosa costituzione colla quale aderendo alla opinione già manifestata da Giuliano, decise che in caso di *prohibitio domini* il gestore non avesse azione alcuna. La questione presenta speciale interesse in tema di pagamento.

§ 7. Della gestione funeraria (512).

Un caso di gestione, che presentava un particolare interesse d'ordine pubblico, e che venne forse, per primo, considerato dal pretore, è quello della gestione funeraria. Occorre che i morti vengano seppelliti, e ove a ciò non

negantibus, in quibus et Salvius Iulianus fuit, haec decidentes sancimus, si contradixerit dominus et eum res suas administrare prohibuerit, secundum Iuliani sententiam nullam esse adversus eum contrariam actionem, scilicet post denuntiationem, quam ei dominus transmiserit nec concedens ei res eius attingere, licet res bene ab eo gestae sint. Quid enim, si dominus adspexerit ab administratore multas expensas utiliter factas et tunc dolosa adsimulatione habita eum prohibuerit, ut neque anteriores expensas praestet? quod nullo patimur modo: sed ex quo die attestatio ad eum facta est vel in scriptis vel sine scriptis, sub testificatione tamen aliarum personarum, ex eo die pro faciendis meliorationibus nullam ei actionem competere, super anterioribus autem, si utiliter factae sunt, habere eum actionem contra dominum concedimus sua natura currentem». *D. XV K. Dec. Constantinopoli Lampadio et Oreste cons. [a. 530]*.

V. SCIALOJA, *Della negotiorum gestio prohibente domine* (nel Foro Italiano, anno XIV, fasc. 16), e PACCHIONI, *Trattato della gestione degli affari altrui*, pagg. 669 e segg.

(512) Vedi Dig. XI, 7 e cfr. DIETZEL, *De actione funeraria*, Lipsiae, e RICCA BARBERIS, *Funerali*, Milano, 1906.

provvedano i congiunti, è utile — specie ove manchi una organizzazione statale di servizi funebri — incoraggiare ogni altra persona di buona volontà, assicurandole i mezzi per ottenere il risarcimento delle spese incontrate. Il pretore romano provvede a questa bisogna introducendo, mediante apposito editto (anteriore secondo ogni verosimiglianza a quello *de negotiis gestis*), l'*actio funeraria*.

Quest'azione ha molta somiglianza coll'*actio negotiorum gestorum (contraria)*. Essa è data a chi ha curato i funerali di una persona contro la persona cui incombeva tale obbligo, per l'intero ammontare delle spese funerarie, ove anche per errore il funerante si credesse obbligato a ciò (cioè dunque anche in mancanza di un vero e proprio *animus negotia aliena gerendi*) e anche, in date circostanze, quando al funerale si fosse provveduto contro il divieto di coloro *ad quod funus pertinet* (513). L'*actio funeraria* era sussidiaria e privilegiata (514).

§ 8. La c. d. « *communio incidens* ».

Può avvenire che due o più persone vengano a trovarsi in un rapporto analogo a quello sorgente da società senza che sia fra loro intervenuto un contratto. In tali casi si parla di *communio incidens* e le obbligazioni fra le parti, non sorgendo *ex contractu* nè *ex delicto*, sono considerate

(513) Vedi fr. 14, § 13, Dig. 11, 7. *Ulpianus libro vicensimo quinto ad edicto*. « Divus autem Marcus rescripsit eum heredem. qui prohibet funerari ab eo quem testator elegit, non recte facere: poenam tamen in eum statutam non esse ».

(514) Vedi fr. 17 pr., Dig. 42, 5. *Ulpianus libro sexagesimo tertio ad edictum*. « Quaesitum est, utrum ita demum privilegium habet funeraria, si is cuius bona veneunt funeratus sit, an etiam si proponas alium esse funeratum, et hoc iure utimur, ut quicumque sit funeratus, id est sive is, cuius de bonis agitur. sive quid is debuit. quod reddere eum. si viveret, funeraria actione cogi oporteret. privilegio locus sit parvique referre dicamus, qua actione hic sumptus repetatur, funeraria an familiae, erciscundae an qua alia, dummodo sumptus funeris causa factus sit, quacumque igitur actione ob funeris sumptum utatur, etiam funerariam ei competere quare si in stipulatum funeris impensa deducta est dicendum est locum esse privilegio, si modo quis non abiciendi privilegii causa stipulatus est ».

quasi ex contractu (515). Gli esempi principali, addotti nelle fonti, sono di una cosa legata in comune a più persone, o da più persone comperata o fatta in comune, ecc.

Dalla comunione sorgono, fra i comunisti (detti pure *socii*), rapporti analoghi a quelli sorgenti dalla società. Ogni comunista può usare della cosa comune: partecipa ai frutti della medesima e ne sopporta gli oneri e le spese; può amministrare e deve rendere conto dei danni arrecati per dolo e *culpa in concreto* (vedi retro pagg. 99-100). L'azione colla quale si fanno valere le reciproche obbligazioni, è l'*actio communi dividundo*, che prende il nome di *actio familiae erciscundae* quando trattasi di eredità.

La comunione può venir sciolta per volontà dei comunisti, o per sentenza del giudice. I comunisti non possono rinunciare illimitatamente a chiedere lo scioglimento della comunione (516).

§ 9. Dell'indebito arricchimento.

Non ogni arricchimento di una persona a spese di un'altra attribuiva a quest'ultima una ragione di credito verso quella. Occorreva, all'uopo, che concorressero delle circostanze speciali per le quali l'arricchimento sembrasse ingiusto: *constat id demum posse condici alicui quod vel non ex iusta causa ad eum pervenit, vel redit ad non iustam causam* (517). In altri termini: il diritto romano non conosce un'azione generica di arricchimento, ma tante separate azioni: *condictio*

(515) Vedi fr. 5 pr., § 3, Dig. 44, 7, sopra trascritto, e *Inst.*, III, 27.

(516) Vedi fr. 14, §§ 2-3, Dig. 10, 3. *Paulus libro tertio ad Plautium*.

« Si conveniat, ne omnino divisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est: sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet. Si inter socios convenisset, ne intra certum tempus societas divideretur, quin vendere liceat ei, qui tali conventionem tenetur, non est dubium: quare emptor quoque communi dividundo agendo eadem exceptione summovebitur, qua auctor eius summovebitur ».

(517) Vedi fr. 25, Dig. 25, 2. *Marcianus libro tertio regularum*. « Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint et secutum divortium fuerit, sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, tamen

indebiti; *condictio ob causam datorum* (che i giustinianeî chiamano *causa data causa non secuta*); *condictio ob turpem causam*, *condictio ob iniustam causam*, *condictio sine causa*. Tutte queste azioni tendono al medesimo fine, che è di impedire un arricchimento ingiusto; ma ciascuna ha un fondamento e un oggetto suo proprio.

1. *Condictio indebiti* (518). — È l'azione colla quale chi ha eseguito un pagamento, credendosi erroneamente debitore, può ripeterlo. Essa presuppone: 1° la non esistenza del debito pagato; 2° l'erronea credenza, in colui che ha pagato, di essere il vero debitore; 3° l'intenzione sua di estinguere il debito che erroneamente crede di avere.

Non occorre del resto che il debito sia assolutamente nullo; basta che esso sia impugnabile. Così pure poco importa che il debito esista, se non esiste relativamente alla persona del solvente o dell'accipiente, o se ha un oggetto diverso da quello che è stato prestato. Ma è viceversa irripetibile il pagamento di obbligazioni naturali, proprie od improprie, o di obbligazioni a termine (Vedi retro pag. 52 e segg.) (519).

È errore in cui il solvente versava al momento del pagamento, deve essere scusabile; tale non è, per regola, l'errore di diritto. Se non vi è errore si ammette che il solvente abbia voluto donare. Giustiniano parifica all'errore il dubbio circa l'esistenza del debito pagato (520).

L'accipiente non era tenuto che a restituire l'*indebitum*, anche ove l'avesse ricevuto sapendo che non gli era dovuto.

ipsas res maritus condicere potest: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident ».

Confronta fr. 206, Dig. 56, 17. *Pomponius libro nono ex variis lectionibus*. « Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores ». In base a questo frammento (che il Riccobono sospetta di fattura giustiniana) ammettevasi da molti scrittori di diritto romano comune, un'*actio in factum* per l'arricchimento con portata generalissima. *Contra* la più recente dottrina romanistica. Cfr. BARON, *Pandekten*, § 120.

(518) Dig. 12, 6, Cod. IV, 5.

(519) Vedi fr. 40 pr., Dig. 12, 6 sopra trascritto.

(520) Vedi c. 11, Cod. IV, 5. *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* « Pro dubietate eorum, qui mente titubante indebitam solverunt pecuniam,

Solo quando egli avesse, con inganno, determinato il solvente a pagare, poteva essere tenuto colla *condictio furtiva* e coll'*actio furti*.

La *condictio indebiti* non aveva luogo in tutti i casi in cui, per diritto classico, *lis infitiando crescit in duplum*; in quei casi cioè in cui era fatto obbligo al debitore di riconoscere ed adempiere spontaneamente il suo debito, come era, ad esempio, per il *legatum per damnatione* e pel *damnum iniuria datum* (521). In questi casi infatti poteva ammettersi che il debitore avesse pagato per timore di essere condannato *in duplum*, piuttosto che per l'erronea credenza di essere debitore.

2. *Condictio ob causam datorum* (522). — È l'azione colla quale colui che ha eseguito una prestazione per ottenere una controprestazione, o in vista di una circostanza futura per sè non illecita, chiede la restituzione di ciò che ha dato ove la controprestazione, o la circostanza prevista, non si

certamem legislatoribus incidit, utrumne id, quod ancipiti animo persolverunt possint repetere an non. 1. Quod nos decidentes sancimus omnibus, qui incerto animo indebitam dederunt pecuniam vel aliam quandam speciem persolverunt, repetitionem non delegari et praesumptionem transactionis non contra eos induci, nisi hoc specialiter ab altera parte approbetur». *D. Kal. Act. Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.* [a. 530]. Cfr. GAIO, IV, 171, e PAOLO, I, 19, 1-2.

(521) Vedi GAIO, IV, 9.

(522) Vedi C. 2, Cod. IV, 6. *Imp. Alexander A. Asclepiadi*. « Si, ut proponis, pater tuus ea lege sorori tuae praedia ceteraque quorum meministi donavit. ut creditoribus ipsa satisfaceret ae, si placita observata non essent, donatio resolveretur, eaque contra fidem negotii gesti versata est, non est iniquum actionem condictionis ad repetitionem rerum donatarum tibi qui patri successisti decerni ». *P.P. XIII. K. Dec. Albino et Maximo cons.* Cfr. c. 3, 8 eod.; e fr. 6, Dig. 12, 4. *Ulpianus libro tertio disputationum*. « Si extraneus pro muliere dotem dedisset et pactus esset, ut, quoquo modo finitum esse matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiae secutae, quia de his casibus solummodo fuit conventum qui matrimonium sequuntur, nuptiae autem secutae non sint, quaerendum erit, utrum mulieri condictio an ei qui dotem dedit competat, et verisimile est in hunc quoque casum eum qui dat sibi prospicere: nam quasi causa non secuta habere potest conditionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato, nisi forte evidentissimis probationibus mulier ostenderit hoc eum ideo

si sia, per qualsiasi motivo, avverata. La principale applicazione della *condictio ob causam datorum* si aveva nei cosiddetti contratti reali innominati (vedi retro pag. 69): ma ad essa facevasi ricorso anche in altri casi: per esempio, quando il legatario o donatario *sub modo*, non eseguisse il *modus*; quando, costituita una dote, non avesse più luogo il matrimonio, e vai dicendo (523).

3. *Condictio ob turpem causam* (524). — È l'azione colla quale si può ripetere ciò che si è dato per uno scopo, o in vista di un avvenimento, che disonori l'accipiente: affinché egli compia, per esempio, un delitto o si astenga dall'adempire un'obbligazione che gli incombe. Se la *causa* per cui è avvenuta la prestazione è turpe anche per colui che l'ha eseguita, o solo per lui, la ripetizione non ha più luogo (525).

4. *Condictio ob iniustam causam*. — È l'azione colla quale si può ripetere ciò che si è dato per una causa non

fecisse, ut ipsi magis mulieri quam sibi prospiceret, sed et si pater pro filia det et ita convenit, nisi evidenter aliud actum sit. *condictionem patri competere Marcellus ait*. Cir. 7, § 3, Dig. 23, 3, c. 1, Cod. 4, 6.

(523) Dig. 12, 5, Cod. IV, 7.

(524) Fr. 3, Dig. 12, 5. *Paulus libro decimo ad Sabinum*. « Ubi autem et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male iudicetur ».

Fr. 4, Dig. eod. *Ulpianus libro vicensimo sexto ad edictum*. « Idem si ob stuprum datum sit, vel si quis in adulterio deprehensus redemerit se: cessat enim repetitio, idque Sabinus et Pegasus responderunt. Item si dederit fur, ne proderetur, quoniam utriusque turpitudine versatur, cessat repetitio. Quotiens autem solius accipientis turpitudine versatur, Celsus ait repeti posse: veluti si tibi dedero, ne mihi iniuriam facias. Sed quod meretrici datur, repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, *sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudine versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix*. Si tibi indicium dedero, ut fugitivum meum indices vel furem rerum mearum, non poterit repeti quod datum est: nec enim turpiter accepisti, quod si a fugitivo meo acceperis ne eum indicares, condicere tibi hoc quasi furi possim: sed si ipse fur indicium a me accepit vel furis vel fugitivi socius, puto conditionem locum habere ».

(525) Vedi BARON, *Pandekten*, § 284.

riconosciuta dal diritto: per esempio, ad estinzione di un debito sorto da giuoco proibito, o in adempimento di una donazione fra coniugi, ecc.

I compilatori giustiniani tengono distinta la *condictio ob iniustam causam* da quella *ob turpem causam*, ma è dubbio se tale distinzione venisse fatta anche dai giuristi classici (526).

5. *Condictio sine causa* (527). — È l'azione colla quale si può ripetere: 1° ciò che si è dato per una causa inesistente o impossibile: per esempio, la dote costituita per un matrimonio che non può venir contratto (528); 2° ciò che trovasi presso alcuno *sine causa* relativamente a chi intenta l'azione: per esempio, il prezzo che il possessore di buona fede ha ritratto dalla vendita della cosa altrui (529); 3° ciò che alcuno trattiene ancora sebbene sia venuta meno la ragione per cui antecedentemente poteva tenere: per esempio, l'arra *confirmatoria* dopo che il contratto è stato eseguito.

Nei casi che siamo venuti fin qui esaminando, ci troviamo di fronte ad obbligazioni che non hanno la loro origine in un contratto e neppure in un delitto e che possono, per tal ragione, venir considerati come sorgenti *quasi ex contractu*. Occorre tuttavia tener presente che non tutte sono espressamente qualificate come tali nelle fonti romane.

(526) Dig. 12, 7. Cod. IV, 9.

(527) Vedi fr. 5, Dig. 12, 7. *Papinianus libro undecimo quaestionum*. « Avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit neque nupsit: an eandem repetere possit, quaesitum est. dixi, cum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare conductionem et in delicto pari potiore esse possessorem; quam rationem fortassis aliquem secutum respondere non habituram mulierem conductionem; sed recte defendi non turpem causam in proposito quam nullam fuisse, cum pecunia quae daretur in dotem converti nequiret; non enim stupri, sed matrimonii gratia datam esse. Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit neque nupsit. cessare condictio prima facie videtur. quoniam iure gentium incestum committitur: atquin vel magis in ea specie nulla causa dotis dandae fuit, condictio igitur competit ». Cfr. c. 1, Cod. IV, 6.

(528) Vedi fr. 48 [49], Dig. 3, 5 sopra trascritto a pag. 271, n. 507.

(529) Fr. 11, § 6, Dig. 19, 1 trascritto sopra a pag. 87, nota 134.

CAPITOLO VII.

« Obligationes ex delicto ».

Sommario: § 1. Del furto. — § 2. A chi spettava l'« actio furti ». — § 3. Delle varie specie di furto. — § 4. Contro chi compete l'« actio furti ». — § 5. Altre azioni eventualmente spettanti al proprietario della cosa rubata. — § 6. Della rapina. — § 7. Dell'« iniuria ». — § 8. « Damnum iniuria datum ». — § 9. Requisiti necessari al sorgere dell'« actio legis aquiliae ». — § 10. A chi spetta l'« actio legis aquiliae ». — § 11. Contro chi vada intentata l'« actio legis aquiliae ». — § 12. Contenuto dell'« actio legis aquiliae » e sua natura. — § 13. Obbligazioni sorgenti « quasi ex delicto ». — § 14. Obbligazioni sorgenti da altri fatti delittuosi. — § 15. Degli atti compiuti in frode ai creditori. — § 16. Dell'« actio Pauliana ». — § 17. Le azioni nossali.

§ 1. *Del furto* (530).

Nei testi romani classici troviamo definito il furto come un'appropriazione della cosa altrui, operata dolosamente (531). Essi ci avvertono poi che, secondo l'opinione di alcuni antichi giuristi, poteva aversi furto anche di immobile: ma prevalse l'opinione contraria (Gaio, II, 50 e fr. 38, Dig. 41, 3). Il furto più frequente è il furto di cosa, cioè di proprietà, ed è quindi naturale che a questo caso si riferisca la definizione romana. La giurisprudenza tuttavia estese il concetto di furto in modo da abbracciare anche delle parziali appropriazioni della cosa altrui. Di qui

(530) Vedi FERRINI, *Sulla teoria del delitto di furto in diritto romano* (nell'Archivio giuridico, vol. 47, fasc. 4-5). — PAMPALONI, *Studi sopra il delitto di furto*. Torino 1900-1901. — FERRINI, *Diritto penale*, Milano 1902; e *Pandette*, pagg. 728 e segg.

(531) GAIO, III, 195. « Furtum autem fit non solum cum quis intercepti causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis rem alienam invito domino contrectat ». — PAOLO, *R. S.*, II, 31. § 1; § 1, *Inst.*, 4, 1. Sulla evoluzione del concetto di *contrectatio* vedi FERRINI, *op. cit.*, e *Pandette*, pag. 728; *Parafrasi*, IV, I, § 3.

la partizione del furto in: *furtum rei*, *furtum usus*, *furtum possessionis*, a seconda che il ladro si approprii una cosa altrui, o la usi oltre o contro i limiti a lui imposti da un contratto per cui la detenga (per es., vada alla guerra con un cavallo prestatogli per una passeggiata, o indossi gli abiti affidatigli in riparazione, o venda il pegno dopo essere stato pagato), o se ne impossessi dolosamente quando, pur essendone proprietario, non ne sia possessore (come è, ad esempio, il debitore *pignoratizio*) (532).

(532) GAIO, III, 196-201. « 196. Itaque si quis re quae apud eam deposita sit utatur, furtum committit; et si quis utendam rem acceperit eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur, veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cenam invitaturus, et ita peregre secum tulerit, aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius aliquo duxerit, quod veteros scripserunt de eo qui in acem perduxisset. 197. Placuit tamen eos qui rebus commodatum aliter uterentur quam utendam accepissent, ita furtum committere, si intellegant id se invito domino facere, eumque, si intellexisset, non permissurum; at si permissurum credant, extra furti crimen videri; optimum sane distinctione, quod furtum sine dolo malo non committitur. 198. Sed et si credat aliquis invito domino se rem contractare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quaesitum [et probatum] est cum Titius servum meum sollicitaverit, ut quasdam res mihi subriperet et ad eum perferret, et servus id ad me pertulerit, ego, dum volo Titium in ipso delicto deprehendere, permiserim servo quasdam res ad eum perferre, utrum furti an servi corrupti iudicio teneatur Titius mihi, an neutro. Responsum neutro eum teneri, furti ideo quod deterior servus factus non est. 199. Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit, veluti si quis liberorum nostrorum qui in potestate nostra sint, sive etiam uxor quae in mano nostra sit, sive etiam iudicatus vel auctoratus meus subreptus fuerit. 200. *Aliquandae etiam suae rei quisque furtum committit*, veluti si debitor rem quam debitori pignori dedit subtraxerit, vel si bonae fidei possessori rem meam possidenti subriperim. Unde placuit eum qui servum suum, quem alius bona fide possidebat, ad se reversum celavent, furtum committere. 201. Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri, veluti res hereditarias quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse. Item debitor rem quam fiducia causa aeditori mancipaverit aut in iure cesserit, secundum ea quae in superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest ». Cfr. §§ 6-7, *Inst.*, IV, 1, e §§ 9-10, eod.

L'appropriazione (*contractatio*) deve aver luogo effettivamente, e contro il volere del derubato: se questi sa, e, per qualsiasi motivo, acconsente, non vi è furto (cfr. tuttavia § 8, *Inst.*, IV, 1). Anche la semplice, ma fondata, credenza nel consenso del proprietario basta ad escludere il furto (533).

Occorre inoltre che la *contractatio* abbia luogo *animo furandi*, cioè coll'intenzione di compiere una illecita appropriazione: se tale animo manca, per credere, ad esempio, il *contractator* che la cosa gli appartenga, non si può più parlare di furto. Nè basta ancora, poichè si richiede che il furto sia stato commesso a scopo di lucro (*animus lucrificiendi*) (534).

(533) V. fr. 1, Dig. 47, 2. *Paulus libro trigensimo nono ad edictum*. « Furtum a furuo, id est nigro dictum Labeo ait, quod clam et obscuro fiat et plerumque nocte: vel a fraude, ut Sabinus ait: vel a ferendo et auferendo: vel a Graeco sermone, qui *φώρας* appellant fures: immo et Graeci ἀπὸ τοῦ φέρειν φώρας dixerunt. Inde sola cogitatio furti faciendi non facit furem. Sic is, qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id intercipiendi causa occultaverit. *Furtum est contractatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere* ». Fr. 3, § 18, Dig. 41, 2. « Si rem apud te depositam non moveris et infitandi animum habeas, plerique veterum et Sabinus et Cassius recte responderunt possessorem me manere, quia furtum sine *contractatione fieri non potest nec animo furtum admittatur* ».

Cfr. GAIO, III, 197-198 sopra trascritti, e GAIO, II, 50. « Unde in rebus mobilibus non facile procedit ut bonae fidei possessori usucapio competat, quia qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam si ex alia causa tradatur. Sed tamen hoc aliquando aliter se habet; nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam, existimans eam esse hereditariam vendiderit aut donaverit, furtum non committit; item si is ad quem ancille ususfructus pertinet, partum etiam suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit; furtum enim sine adfectu furandi non committitur. Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alicuiam ad aliquem transferat ed efficiat, ut a possessore usucapiatur »; fr. 46, §§ 7-8, Dig. h. t.

(534) V. fr. 39, Dig. 47, 2. *Ulpianus libro quadragensimo primo ad Sabinum*. « Verum est, si meretricem alienam ancillam rapuit quis vel celavit, furtum non esse: nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi: *causa autem faciendi libido fuit, non furtum*. et ideo etiam

§ 2. A chi spettava l'«*actio furti*».

L'«*actio furti*» non spettava soltanto al proprietario della cosa rubata, ma a chiunque vi avesse interesse: *cuius interest rem salvam esse* (535). Essa poteva venir quindi

eum, qui fores meretricis effregit libidinis causa, et fures non ab eo inducti, sed alias ingressi meretricis res egresserunt, furti non teneri. an tamen vel Fabia teneatur, qui subpressit scortum libidinis causa? et non puto teneri, et ita etiam ex facto, cum incidisset, dixi: *hic enim turpius facit, quam qui subripit, sed secum facti ignominiam compensat, certe fur non est*»; e cfr. fr. 83, § 2, Dig. eod.; PAOLO, II, 31, § 12.

(535) GAI, III, 203-206. «*Furti autem actio ei competit cuius interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit quam si ejus intersit rem non perire.* 204. Unde constat creditorem de pignore subrepto furti agere posse: adeo quidem, ut quamvis ipse dominus, id est ipse debitor, eam rem subriperit, nihilo minus creditori competat actio furti. 205. Item si fullo polienda curandave aut sarcinator sarcienda vestimenta mercede certa acceperit eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus, quia domino nihil interest ea non periisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum consequi possit, si modo is fullo aut sarcinator rei praestendae sufficiat; nam si solvendo non est, tunc quia ab eo dominus suum consequi non potest, *ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest rem salvam esse.* 206. Quae de fullone aut sarcinatore diximus, eadem transferemus et ad eum cui rem commodavimus; nam ut illi mercedem capiendae custodiam praestant, ita hic quoque utendi commodum percipiendae similiter necesse habet, custodiam praestare». Cfr. § 13, *Inst.*, IV, 1. «Sed nostra providentia etiam hoc in decisionibus nostris emendavit, ut in domini sit voluntate, sive commodati actionem adversus eum qui rem commodatam accepit movere desiderat, sive furti adversus eum qui rem subripuit, et alterutra earum electa dominum non posse ex poenitentia ad alteram venire actionem. Sed si quidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit penitus liberari. Sin autem commodator veniat adversus eum qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem, eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem, ita tamen, si dominus sciens rem esse subreptam adversus eum cui res commodata fuit pervenit: sin autem nesciens et dubitans rem non esse apud eum commodati actionem instituit, postea autem re comperta voluit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem pervenire, tunc licentia ei concedatur et adversus furem venire nullo obstaculo ei

promossa dall'usufruttuario, e anche da qualsiasi altra persona non munita di un diritto reale sulla cosa rubata, ma contrattualmente obbligata a custodirla. Così poteva agire il comodatario, e anzi in caso di furto di cosa data in comodato, l'azione spettava per regola, al comodatario soltanto, potendo il proprietario, comodante, ottenere soddisfazione dal comodatario. Quando però il comodatario fosse insolvente (al momento del furto) allora si accordava l'«*actio furti*» anche al comodante, avendo egli, in tal caso, interesse di agire direttamente contro il ladro. Poteva inoltre agire il creditore pignoraticio, accanto al debitore pignoraticio, avendo entrambi un interesse proprio (536): il primo per il fatto che il pegno costituiva la garanzia del suo credito, il secondo per aver diritto alla *hyperoca*. E le fonti offrono poi molti altri esempi. Ma il semplice creditore *ex stipulatu*, o il compratore, prima della consegna,

opponendo, quoniam incertus constitutus movit adversus eum qui rem utendam accepit commodati actionem (nisi domino ab eo satisfactum est; tunc etenim omnimodo furem a domino quidem furti actione liberari, suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfacit), cum manifestissimum est, etiam si ab initio dominus actionem instituit commodati ignarus rem esse subreptam, postea autem hoc ei cognito adversus furem transivit, omnimodo liberari eum qui rem commodatam accepit, quemcunque causae exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione optinente, sive in partem sive in solidum solvendo sit is qui rem commodatam accepit». C. 22, § 1, Cod. 6, 2; fr. 77 [76], § 1, Dig. 47, 2. *Pomponius libro trigensimo octavo ad Quintum Mucium*. «Si quis alteri furtum fecerit et id quod subripuit alius ab eo subripuit, cum posteriore fure dominus eius rei furti agere potest, fur prior non potest, ideo quod domini interfuit, non prioris furis, ut id quod subreptum est salvum esset, haec Quintus Mucius refert et vera sunt: nam licet intersit furis rem salvam esse, quia conditione tenetur, *tamen cum eo is cuius interest furti habet actionem, si honesta ex causa interest.* nec utimur Servii sententia, qui putabat si rei subreptae dominus nemo extaret nec extaturus esset, furem habere furti actionem; non magis enim tunc eius esse intellegitur, qui lucrum facturus sit, dominus igitur habebit cum utroque furti actionem ita ut, si cum altero furti actionem inchoat, adversus alterum nihilo minus duret; *sed et conditionem, quia ex diversis factis tenentur*». Cfr. fr. 12, § 1, Dig. 47, 2.

(536) Vedi fr. 12, § 2; fr. 14, § 6; fr. 15, 46, § 4, Dig. h. t.

non avevano l'*actio furti*; il compratore poteva però agire contro il venditore per farsela cedere (537).

L'*actio furti* passava agli eredi del derubato, ma non poteva venir intentata contro gli eredi del ladro. Contro questi spettavano solo le azioni *rei persecutorie*. In caso di furto commesso insieme da più ladri, ciascuno di questi era separatamente tenuto per la pena, e *in solidum* cogli altri per il danno.

§ 3. Delle varie specie di furto.

Servio Sulpicio e Masurio Sabino distinguevano quattro specie di furto: *manifestum*, *nec manifestum*, *conceptum*, *oblatum*. Ma Labeone, più correttamente, considerava le ultime due specie come forme speciali di delitto connesse al furto, anzichè di furto vero e proprio.

Si aveva *furtum manifestum* quando il ladro veniva colto (*deprehensus*) in fragrante, o ancora sul luogo, o prima che gli fosse riuscito di asportare le cose rubate, o quando fosse stato visto *rem tenens*. Di queste quattro maniere di concepire il *furtum manifestum* la seconda era, a dir di Gaio (538),

(537) Vedi fr. 14 pr., Dig. 47, 2. Altrimenti, peraltro, PAOLO, II, 31, § 17. « Si res vendita aute traditionem subrepta sit, emptor et venditor furti agere possunt; utriusque enim interest rem tradi vel tradere ».

(538) GAIIO, III, 184-185. « Manifestum furtum quidam id esse dixerunt, quod dum fit deprehenditur. Alii vero ulterius, quod eo loco deprehenditur ubi fit, veluti si in oliveto olivarum, in vinetu uvarum furtum factum est, quamdiu in eo oliveto aut vinetu fur sit; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. Alii adhuc ulterius eo usque manifestum furtum esse dixerunt, donec perferret eo quo perferre fur destinasset, alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens visus fuerit; quae sententia non optinuit. Sed et illorum sententia qui existimaverunt, donec perferret eo quo fur destinasset, deprehensum furtum manifestum esse, ideo non videtur probari, quia magnam recipit dubitationem, utrum unius diei an etiam plurium dierum spatio id terminandum sit; quod eo pertinet, quia saepe in aliis civitatibus subreptas res in alias civitates vel in alias provincias destinant fures perferre. Ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra adprobatur; magis tamen plerique posteriorem probant. 185. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis quae diximus intellegitur; nam quod manifestum non est, id nec manifestum est ». Cfr. § 3, *Inst.*, IV, 1.

la più generalmente accolta. Il ladro colto in flagrante di notte poteva, in base a una disposizione delle XII tavole, venir ucciso anche se inerme; di giorno poteva venir ucciso se aveva armi di difesa (*si telo se defendit*): se era inerme poteva solo venir arrestato e assegnato (*addictus*) al derubato. Ma il pretore sostituì questi mezzi di rappresaglia con un'*actio in quadruplum* contro il *fur manifestus*, e *in duplum* contro il *fur nec manifestus* (539).

Queste due azioni erano a titolo di pena, e importavano *infamia*; esse concorrevano con altre azioni rivolte al ricupero della cosa rubata, o del suo valore: *rei vindicatio* e *condictio furtiva*. Queste ultime azioni conservavano la loro efficacia anche quando avesse avuto luogo transazione circa la pena: *si pro fure damno decisum sit*.

Per *furtum conceptum* intendevasi l'atto di chi teneva presso di sè la cosa rubata, indipendentemente dall'essere egli l'autore del *furtum*. Quando ciò venisse dimostrato, mediante perquisizione avanti testimoni, il ricettatore era esposto ad un'*actio furti concepti in triplum*.

Per *furtum oblatum* intendevasi l'atto col quale chi aveva la cosa rubata, fosse egli o meno il vero ladro, la poneva presso un terzo, affinchè presso questi venisse scoperta. Costui aveva contro l'*oblato* l'*actio furti oblati*, pure *in triplum*.

Per *furtum prohibitum* infine intendevasi l'atto di colui che ostacolava al derubato la ricerca della cosa rubata. Quest'azione era *in quadruplum* (540).

(539) GAIIO, III, 189-190. « Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione, an adjudicati loco constitueretur, veteres quaerebant. In servum aequè verberatum animadvertebatur. Sed postea inprobata est asperitas poenae et tam ex servi persona quam ex liberi quadrupli actio praetoris edicto constituta est. 190. Nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conservat ».

(540) GAIIO, III, 186-188, e III, 191-194. « Coceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa sit; num in eo propria *actio* constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti. 187. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva tibi ab aliquo oblata sit eaque apud te concepta sit; utique si ea mente

Tutte queste azioni erano cadute in disuso ai tempi di Giustiniano: chiunque avesse scientemente ricettata una cosa rubata era allora tenuto coll'*actio furti nec manifesti*.

Accanto al sistema di azioni private per furto di cui ci siamo fin qui occupati, venne introdotta, già nell'epoca classica, un'azione pubblica, esercitando la quale il delinquente decadeva dall'*actio furti* ottenendo, in compenso, la punizione del ladro.

§ 4. Contro chi competa l'*actio furti*».

L'*actio furti* spettava contro il ladro, ma non contro di esso soltanto, bensì anche contro i suoi ricettatori e complici. Dei ricettatori abbiamo già detto nel paragrafo

data tibi fuerit, ut apud te potius quam apud eum qui dederit conciperetur; nam tibi, apud quem concepta est, propria adversus eum qui optulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quae appellatur oblati. 188. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum qui furtum quarere volentem prohibuerit. 191. Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est, eaque similiter a praetore servatur. 192. Prohibiti actio quadrupli est ex edicto praetorii introducta; lex autem eo nomine nullam poenam constituit; hoc solum praecipit, ut qui quaerere velit, nudus quaerat, licio cinctus, lancem habens; qui si quid invenerit, jubet id lex furtum manifestum esse. 193. Quid sit autem licium quaesitum est; sed verius est consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentur. Quae res [lex tota] ridicula est. Nam qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibetur est, eo magis quod ita quaesita re et inventa majori poenae subijciatur. Deinde quod lancem sive ideo haberi jubeat, ut manibus occupatis nihil subijciat, sive ideo ut quod invenerit, ibi inponat, neutrum eorum procedit, si id quod quaeratur, ejus magnitudinis aut naturae sit, ut neque subijci neque ibi inponi possit. Certe non dubitatur, cujuscumque materiae sit ea lanx, satis legi fieri. 194. Propter hoc tamen quod lex ea causa manifestum furtum esse jubet, sunt qui scribunt furtum manifestum aut lege intellegi aut naturae; lege id ipsum de quo loquimur, natura illud de quo superius exposuimus. Sed verius est natura tantum manifestum furtum intellegi; nequa enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit, manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non sit, adulter vel homicida sit; at illud sane lex facere potest, ut proinde aliquis poena teneatur atque sit furtum vel adulterium vel homicidium admisisset, quamvis nihil eorum admisisset». Cfr. PAOLO, R. S., II, 31. COLLATIO, VII, 5,

precedente, circa ai complici fu grave controversia fra i giureconsulti classici circa l'interpretazione della frase *furtum ope consilio alicuius factum*. Ma prevalse infine la teoria che teneva distinta la partecipazione al furto con opere e consiglio, dal semplice incitamento al furto, e che accordava l'*actio furti* contro il consigliere complice, negandola invece contro il semplice consigliere: *certe qui nullam operam ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti* (§ 11, in fine, *Inst.*, IV, 1) (541).

§ 5. Altre azioni eventualmente spettanti al proprietario della cosa rubata (542).

Il proprietario della cosa rubata, oltre l'*actio furti*, aveva la *rei vindicatio*, l'*actio ad exhibendum*, l'*interdictum utrobi* e le azioni contrattuali di buona fede, quando il furto fosse stato consumato e. g. dal comodatario o depositario. Ma accanto a queste azioni, che hanno ciascuna

(541) Vedi fr. 53, § 2 Dig. 50, 16. *Paulus libro quinquagensimus nono ad edictum*. « Item dubitatum, illa verba 'ope consilio, quemadmodum accipienda sunt, sententiae coniugentium aut separatium. sed verius est, quod et Labeo ait, separatim accipienda, quia aliud factum est eius qui ope, aliud eius qui consilio furtum facit: sic enim alii condici potest, alii non potest. sane post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit ». Cfr. fr. 50, § 3, Dig. 47, 2. *Ulpianus libro trigensimus septimo ad edictum*. « Consilium autem dare videtur, qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum: opem fert, qui ministerium atque adiutorium ad subripiendas res praebet ». Cfr. § 11, *Inst.*, IV, 4.

(542) Vedi § 19, *Inst.*, IV, 1. « Furti actio sive dupli sive quadrupli tantum ad poenae persecutionem pertinet; nam ipsius rei persecutionem extrinsecus habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet sive alius quilibet; condictio autem adversus ipsum furem heredemve ejus, licet non possideat, competit ».

GAIO, IV, 4. « Si itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere: SI PARET EUM DARE OPORTERE; nec enim quod nostrum est, nobis dari potest, cum scilicet id dari

un fondamento giuridico proprio, indipendente dal furto, se ne ammise, in via eccezionale, una fondata appunto sul furto considerato come fonte di danno patrimoniale pel derubato. Questa è la *condictio furtiva*, colla quale il proprietario derubato può chiedere la restituzione della cosa che gli è stata rubata. La *condictio furtiva* è un'azione personale; essa considera il ladro come debitore: ed in ciò appunto consiste la sua singolarità di fronte al principio romano: *nemo rem suam sibi dare intendere potest*. Ma Gaio ci spiega che si violò, in questo caso, il principio giuridico in odio ai ladri (*odio furum*). Il proprietario poteva dunque rivendicare e, ad un tempo, *condicere* la cosa rubata; rivendicar dal ladro, o da qualsiasi terzo che la possedesse; *condicere* dal ladro soltanto e forse anche dai complici (Girard, pag. 408). In pratica l'utilità di quest'azione era di potere essa venire intentata contro il ladro anche quando egli non possedesse, e perfino anche quando la cosa fosse andata distrutta, poichè il ladro è sempre in mora (543), e la mora mette a suo carico il caso fortuito. Oltre a ciò la *condictio furtiva* essendo *rei persecutoria* spettava anche contro gli eredi del ladro (544).

§ 6. Della rapina.

Per lungo tempo la *rapina* non fu considerata come un delitto a sè, ma come una specie di *furtum*, o di *damnum iniuria datum*. Fu solo verso la fine della repubblica che

nobis intellegatur quod ita datur, ut nostrum fiat; nec res quae nostra jam est, nostra amplius fieri potest. Plane odio furum. quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: SI PARET EOS DARE OPORTERE, quamvis sit etiam adversus eos haec actio qua rem nostram esse petimus».

(543) Vedi fr. 20, Dig. 13, 1. *Tryphominus libro quinto decimo disputationum*. «Licet fur paratus fuerit excipere conductionem et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem perempta est, tamen durare conductionem veteres voluerunt, quia videtur, qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere».

(544) Cfr. § 19, *Inst.*, IV, 1.

essa si differenziò da questi due delitti, quando il pretore Terenzio Lucullo (687-78), per porre freno alle violenze che si commettevano da bande di schiavi tenuti nei poderi presso Roma, pubblicò il suo *edictum de vi* (CICERONE, *Tullio*, III, 3, fr. 2, pr. e fr. 7-10, Dig. 47, 8), col quale accordò a chiunque avesse subito una rapina un'*actio vi bonorum raptorum in quadruplum* del valore della cosa rapita, per un anno utile, e *in simplum*, in seguito (545).

A dar fondamento a quest'azione occorreva che la cosa fosse stata tolta colla violenza. Essa poi non spettava solo al proprietario ma anche al creditore pignoratorio, al depositario, e a chiunque, insomma, avesse avuto il possesso giuridico o la detenzione della cosa al momento della rapina.

Nell'epoca classica l'*actio bonorum raptorum* era considerata penale epperò concorrevano, come l'*actio furti*, colla *rei vindictio*. Nell'epoca giustiniana essa è considerata mista comprendendosi nel *quadruplum* il valore della cosa stessa. Essa non compete contro gli eredi dell'autore della rapina che nei limiti del loro arricchimento.

§ 7. Dell'« iniuria » (546).

La parola *iniuria* ha, nella lingua latina, un significato amplissimo che abbraccia tutto ciò che non è conforme

(545) V. fr. 2, pr., 1, Dig. 47, 8. *Ulpianus libro quinquagesimo sexto ad edictum*. «Praetor ait: 'Si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, iudicium dabo. item si servus fecisse dicetur, in dominum iudicium noxale dabo'. Hoc edicto contra ea, quae vi committuntur, consuluit praetor. nam si quis se vim passum docere possit, publico iudicio de vi potest experiri, neque debet publico iudicio privata actione praeiudicari quidam putant: sed utilius visum est, quamvis praeiudicium legi Iuliae de vi privata fiat, nihilo minus tamen non esse denegandam actionem eligentibus privatam persecutionem». Cfr. CICERONE, *Pro M. Tullio*, §§ 3-4, e *Inst.*, IV, 2; ROBY, op. cit., vol. II, *appendix*.

(546) Vedi HITZIG, *Iniuria, Beiträge zur Geschichte der iniuria im griechischem und römischen Recht*, 1899; MOMMSEN, *Strafrecht*, pagine 784-808.

al diritto: *omne quod non iure fit*. Ma, in senso tecnico, i romani intendevano per *iniuria* una lesione della persona umana comunque operata (547).

Già le XII tavole consideravano alcuni casi di *iniuria* (*carmen famosum*, *membra ruptio*, *ossis fractio*) e stabilivano delle pene corrispondenti. Il pretore, con molteplici editti, rimaneggiò tutta la materia, contemplando molti casi e introducendo nuovi principii. Così, mentre le XII tavole ammettevano, per certe *iniuriae*, la pena del taglione e, per altre, delle multe fisse, il pretore abolì completamente il taglione e il sistema delle pene fisse, stabilendo invece che le singole ingiurie si dovessero stimare secondo le circostanze. L'ingiuriato doveva specificare avanti al magistrato l'ingiuria subita, e indicare l'ammontare della pena (*aestimatio*) che riteneva essergli dovuta. Il magistrato, se si trattava di ingiuria di non grave conto, rinviava le parti al giudice indicando la pena richiesta dall'offeso, come *maximum* della eventuale condanna. Se l'*iniuria* era grave (*atrox*), il magistrato, rinviando le parti al giudice, fissava la pena che questi, assodati i fatti, doveva applicare tal quale (*sine taxatione*). In ogni caso la condanna importava *infamia* (548).

(547) GAIO, III, 220-221. « *Iniuria autem committitur non solum cum quis pugno puta aut fuste percussus vel etiam verberatus erit, sed etiam si cui convicium factum fuerit, sine quis bona alicuius quasi debitoris sciens eum nihil sibi debere proscrisperit, sive quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit, sive quis matrem familias aut praetextatum adsectatus fuerit, et denique aliis pluribus modis. 221. Pati autem iniuriam videmur non solum per nosmet ipsos, sed etiam per liberos nostros quos in potestate habemus; item per uxores nostras [cum in manu nostra 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.* » Cfr. anche GAIO, III, 222.

(548) Vedi GAIO, III, 224-225. « *Sed nunc alio iure utimur; permittitur enim nobis a praetore ipsis iniuriam aestimare et iudex vel tanti condemnat quanti nos aestimaverimus, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed cum atrocem iniuriam praetor aestimare solet, si simul constituerit quantae pecuniae eo nomine fieri debeat vadimonium, hae ipsa quantitate taxamus formulam, et iudex quamvis possit vel minoris*

Le *iniuriae* si distinguevano in *iniuriae verbis* e *iniuriae re*, a seconda che consistessero in parole o in fatti, in lievi e atroci, a seconda della loro maggiore o minore gravità. Molteplici erano poi le circostanze che potevano trasformare una *iniuria* semplice in grave: *ex facto*, *ex loco*, *ex persona*. Le ingiurie erano infine o dirette o indirette, a seconda che colpivano una persona direttamente nella sua propria integrità personale o morale, o solo indirettamente o per riflesso, in quanto ledevano la personalità di uno stretto congiunto, per es. della moglie o della fidanzata.

L'*actio iniuriarum* era *vindictam spirans*: non passava quindi agli eredi dell'offeso, nè poteva venire intentata contro gli eredi dell'offensore. Al pari dell'*actio furti*, sebbene penale, l'*actio iniuriarum* era privata; tuttavia, verso la fine della repubblica, si sentì il bisogno di reprimere le ingiurie anche dal punto di vista dell'interesse pubblico. Una *Lex Cornelia de iniuriis* considerò come delitti pubblici un certo numero di ingiurie gravi, e il diritto dell'epoca imperiale completò questa riforma, elevando a delitto pubblico qualsiasi ingiuria. L'offeso ebbe allora la scelta fra l'azione pubblica e la privata, come già abbiamo visto che finì per avere il derubato (vedi retro pag. 289).

§ 8. « *Damnum iniuria datum* » (549).

Già le XII tavole si erano occupate del risarcimento dei danni dati, ma le disposizioni relative vennero abrogate

damnare, plerumque tamen propter ipsius praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem. 225. *Atrox autem iniuria aestimatur vel ex facto, veluti si quis ab aliquo vulneratus aut verberatus fustibusve caesus fuerit; vel ex loco, veluti si cui in theatro aut in foro iniuria facta sit, vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit vel senatori ab humili persona facta sit injuria.* »

(549) Vedi A. PERNICE, *Zur Lehre von der Sachbeschädigungen, nach römischen Rechte*, Weimar, 1867. — E. GRUEBER, *The roman Law of damage to property*, Oxford, 1886. — A. LONGO, *Studi sulla lex Aquilia*, Catania, 1889. — FERRINI, *Azione di danni* (nell'Enciclopedia giuridica italiana, volume IV, parte 1^a).

dalla *Lex Aquilia* del 467 u. c. la quale costituì poi la base di tutta questa materia. Questa legge constava di più capitoli, il primo dei quali considerava il caso di uccisione *iniuria* di un servo, di un quadrupede o di qualunque altro capo di bestiame, e stabiliva che l'autore di tale uccisione dovesse dare al *dominus* il maggior valore che lo schiavo, quadrupede, ecc. aveva raggiunto nell'anno precedente l'uccisione. Il capitolo terzo considerava il caso di danni dati mediante ustione, frattura o rottura di ogni altra cosa, oltre quelle considerate nel capitolo primo, e stabiliva che l'autore di tale danno dovesse risarcirlo in base al massimo valore della cosa raggiunto negli ultimi trenta giorni antecedenti al fatto dannoso (550).

Strettamente interpretata la *Lex Aquilia* era applicabile a pochi casi che certo erano, in origine, i più importanti, ma che non costituivano che una piccola parte dei danni che richiedevano risarcimento. Ma la giurisprudenza, mediante concessione di azioni utili ed *in factum*, ne allargò successivamente il campo di applicazione, in modo da estenderla ad un numero grandissimo di casi che non erano compresi nei termini in cui essa era concepita. Così, ad esempio, sebbene il capitolo primo non considerasse che l'uccisione di uno schiavo, quadrupede, ecc., la giu-

(550) Vedi fr. 1 Dig., 9, 2, *Ulpianus libro octavo decimo ad edictum*. « *Lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit sive duodecim tabulis, sive alia quae fuit: quas leges nunc referre non et necesse. Quae lex Aquilia plebiscitum est, cum eam Aquilius tribunus plebis a plebe rogaverit* ».

Fr. 2 pr. eod. *Gaius libro septimo ad edictum provinciale*. « *Lege Aquilia capite primo cavetur: 'ut qui servum servamve alienum alienamve quadrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto'*: et infra deinde cavetur, ut adversus infitiantem in duplum actio esset ».

Fr. 27, § 5, Dig. eod. « *Tertio autem capite ait eadem lex Aquilia: 'Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos si quis alteri damnum faxit, quod usserit fregerit ruperit iniuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto'* ».

Cfr. GAIO, III, 210 e 218. Sulla data della *lex Aquilia* vedi vol. I, pagg. 45 e 111.

risprudenza accordò l'azione anche quando non vi fosse stata vera e propria uccisione, ma un fatto qualsiasi che avesse causato la morte (*mortis causam praestare*); sebbene il capitolo III indicasse soltanto certi determinati danni arrecati mediante contusione, rottura o frattura di una cosa, la giurisprudenza allargò, fin dove fu possibile, il significato di tali espressioni, e, alla fine, concesse l'azione anche quando, anzichè esservi un *damnum corpore corpori datum*, vi fosse stato un danno *corpori datum*, ma non *corpore*, e fin anco per un fatto qualsiasi che non avesse, per sè, arrecato alcun danno, ma ne fosse però stato causa determinante (*causam damni praestare*) (551).

§ 9. *Requisiti necessari al sorgere dell' « actio legis aquiliae ».*

Al sorgere dell'*actio legis aquiliae* occorre, in origine, un fatto materiale, come l'uccisione di uno schiavo o la rottura di una cosa. Quando, in seguito, fu ammesso che potesse bastare anche il *causam mortis* o *damni praestare* non si richiese più la materialità di un fatto, ma si ammise che anche un'omissione potesse dar fondamento all'azione purchè si ricollegasse ad un precedente atto positivo dell'omittente. Si ammise, ad esempio, la responsabilità del *fornicarius* per aver causato, dormendo presso la fornace, il propagarsi di un incendio: qui la causa del danno è in sostanza un'omissione, ma si collega ad un fatto positivo che è quello di aver accesa la fornace (552).

(551) Vedi GAIO, III, 219. « *Ceterum placuit ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit; ideoque alio modo damno dato utiles actiones dantur, veluti quis alienum hominem aut pecudem incluserit et fame necaverit, aut jumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur; item si qui alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo aut descendendo ceciderit et aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus sit: sed si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen proiecerit et is soffocatus fuerit, corpore suo damnum dedisse eo quod proiecerit non difficiliter intellegi potest* ».

(552) Vedi fr. 27, § 9, Dig. 9, 2. « *Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si negligens in eligendis ministeriis*

Occorreva poi che il danno fosse stato dato *iniuria* o, come spiega un testo, *non iure*, poichè *qui suo iure utitur neminem laedit*. Non era quindi passibile di azione aquiliana chi avesse arrecato un danno nell'esercizio di un diritto proprio, come, ad esempio, il maestro che avesse lievemente percosso il discepolo disattento. E neppure era passibile di azione chi avesse anche ucciso, ma esercitando una legittima difesa: *moderamen inculpatae tutelae*.

Occorreva infine che il fatto compiuto, *non iure*, fosse imputabile a dolo o colpa (553). In base ad un famoso

fuit: ceterum si alius ignem subiecerit fornaci, alius neglegenter custodierit. an tenebitur qui subiecerit? nam qui custodit, nihil fecit, qui recte ignem subiecit, non peccavit: quid ergo est? puto utilem competere actionem tam in eum qui ad fornacem obdormivit quam in eum qui neglegenter custodit, nec quisquam dixerit in eo qui obdormivit, rem eum humanam et naturalem passum, cum deberet vel ignem extinguere vel ita munira, ne evagetur».

Fr. 8, Dig. eod. *Gaius libro septimo ad edictum provinciale*. «Idem iuris est, si medicamento perperam usus fuerit sed et qui bene secuerit et dereliquit curationem, securus non erit, sed culpa reus intellegitur. Mulionem quoque, si per imperitiam impetum mularum retinere non potuerit, si eae alienum hominem obtiverint, vulgo dicitur culpa nomine teneri. idem dicitur et si propter infirmitatem sustinere mularum impetum non potuerit: nec videtur iniquum, si infirmitas culpa adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alii periculosam futuram. idem iuris est in persona eius, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non poterit». Cfr. COLLATIO, VII, 1, 1-7.

(553) Di *iniuria* le fonti parlano dunque in due sensi: in un senso assai lato per indicare l'assenza di diritto in chi compie l'atto; in un senso più ristretto per indicare il dolo o la colpa dell'agente. Vedi §§ 2 e 3, *Inst.* IV, 3. «*Iniuria* autem occidere intellegitur, qui nullo iure occidit. Itaque qui latronem occidit non tenetur, utique si aliter periculum effugere non potest. 3. Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa eius nulla invenitur: nam alioquin non minus ex dolo quam ex culpa quisque hac lege tenetur». Cfr. GAIUS, III, 211. Per mancanza di *iniuria* in senso lato non ha luogo responsabilità *ex lege Aquilia* nei seguenti casi: 1° Quando chi ha arrecato il danno, lo ha arrecato esercitando un potere magistratuale. Fr. 29, § 7, Dig. 9, 2. *Ulpianus libro octavo decimo ad adictum*. «Magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, posse Aquilia teneri. nam et cum pecudes aliquis pignori cepisset et fame eas necavisset, dum non patitur te eis cibaria adferre, in factum actio danda est. *item si*

testo che dice: *in lege aquilia et culpa levissima venit*, si sosteneva, per il passato, aver il diritto romano ammesso, pei rapporti estracontrattuali, un terzo grado di colpa, oltre a quella lata e lieve, cioè la *culpa levissima*, che avrebbe consistito nel non usare la diligenza di uno scrupolosissimo padre di famiglia. Ma tale dottrina è ora universalmente abbandonata. Vero è solo che, nel ricercare se vi fosse stata o meno *culpa* nell'autore del danno, i giuristi romani tenevano conto di tutte le circostanze, e, in ispecie, dell'essere stato il danno arrecato nell'esercizio di una professione, per imperizia della medesima. Le fonti adducono gli esempi del chirurgo, del conduttore di cavalli e simili, e affermano che per queste persone *imperitia culpa adnumeratur*. Ma non è che si richieda qui una

dum putat se ex lege capere pignus, non ex lege cepit et res tritas corruptasque reddat dicitur legem Aquiliam locum habere: quod dicendum est et si ex lege pignus cepit. si quid tamen magistratus adversus resistentem violentius fecerit, non tenebitur Aquilia: nam et cum pignori servum cepisset et ille se suspenderit, nulla datur actio».

2° Oppure nell'esercizio di una legittima difesa, in base al principio: *vim vi repellere licet* (fr. 1, § 27, Dig. 43, 16). V. fr. 45, § 4, Dig. *h. t. Paulus libro decimo ad Sabinum*. «Qui, cum aliter tueri se non possent, damni culpam dederint, innoxii sunt: vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt. sed si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed praeterreuntem percussero, tenebor lege Aquilia: illum enim solum qui vim infert ferire conceditur, et hoc, si tuendi dumtaxat, non etiam ulciscendi causa factum sit». Cfr. anche fr. 52, § 1, Dig. *h. t.*

3° Oppure non potendo altrimenti evitare un danno proprio. Vedi fr. 29, § 3, Dig. 9, 2. *Ulpianus libro decimo octavo ad edictum*. Item Labeo scribit si cum viventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praexisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idem que Labeo et Proculus et circa retia piscatorum. in quae navis piscatorum inciderunt, aestimarunt. Plane si culpa nautarum id factum esset, lege Aquilia agendum. Sed ubi damni iniuria agitur ob retia, non pixium, qui ideo capti non sunt, fieri aestimationem, cum incertum fuerit, an caperentur. idemque et in venatoribus et in aucapibus probandum».

4° Oppure in base ad un diritto privato contrattuale. Vedi fr. 5, § 3, Dig. *h. t.*

diligenza speciale o maggiore: si richiede che il chirurgo adoperi, nell'operare, una diligenza *da chirurgo* e cioè, di fronte alla sua professione, normale, mentre sarebbe gravissima se richiesta da un profano. E lo stesso dicasi del conduttore di cavalli.

La colpa di colui che ha dato il danno può venire neutralizzata dalla colpa del danneggiato. In tali casi si parla, con frase inesatta, di compensazione di colpe; in verità non è che le colpe si compensino; gli è che la colpa, in cui si trova il danneggiato, impedisce di stabilire il rapporto di causalità fra la colpa del danneggiante e il danno.

S'intende poi da sè che se non vi è danno non può sorgere *actio legis aquiliae*; poichè lo scopo di questa azione è appunto di riparare un danno. Ma non occorre che il danno sia nella cosa stessa: basta che in causa del fatto colposo il proprietario della cosa abbia subito una diminuzione patrimoniale: che, per esempio, abbia dovuto spendere denari per far curare lo schiavo percosso.

§ 10. A chi spetta l'*actio legis aquiliae*.

A tenore della legge, l'*actio aquiliana* spettava solo al proprietario *ex iure quiritium* dello schiavo, animale, ecc. ucciso, o della cosa danneggiata. Anche qui però l'interpretazione provvide ad allargare la sfera di applicazione dell'azione, accordando azioni utili al possessore di buona fede, e a tutti coloro che avessero un *ius in re* sulla cosa distrutta o danneggiata (554). Questo allargamento dell'azione

(554) Vedi a) per il possessore di buona fede il fr. 11, § 8, Dig. *h. t.* *Ulpianus libro decimo octavo ad edictum*. «Sed si servus bona fide alicui serviat, an ei competit Aquiliae actio? et magis in factum actio erit danda». Fr. 11, § 17, Dig. *h. t.* *Ulpianus libro decimo octavo ad edictum*. «Si dominus servum suum occiderit bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur». Cfr. fr. 35, § 4, Dig. 18, 1.

b) Per l'usufruttuario e usuario: fr. 12, Dig. *h. t.* *Paulus libro decimo ad Sabinum*. «Sed et si proprietatis dominus vulneraverit servum vel occiderit, in quo usus fructus meus est, danda est mihi

diede luogo a qualche difficoltà, essendo necessario regolare il rapporto fra l'azione diretta, che spettava al proprietario *ex iure quiritium*, e le azioni utili accordate al possessore di buona fede, all'usufruttuario, al titolare di una servitù. Oltre a ciò era pure necessario regolare l'esercizio delle azioni accordate utilmente, nel caso che il danneggiante fosse lo stesso proprietario *ex iure quiritium*, e viceversa. Di questa materia si occupano vari testi, ma è incerto se tutte le decisioni relative siano classiche. Certo giustiniana è la concessione dell'*actio legis aquiliae* al colono il quale non ha alcun diritto reale sul fondo (555). Con questa

ad exemplum legis Aquiliae actio in eum pro portione usus fructus, ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, qua nondum usus fructus meus fuit». Cfr. fr. 17, § 3, Dig. 7, 1; fr. 7, § 4, Dig. 43; fr. 13, Dig. 43, 24.

c) Per le servitù; fr. 27, § 32, Dig. *h. t.*

d) Per il pegno: fr. 17, Dig. *h. t.* *Ulpianus libro decimo octavo ad edictum*. «Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori vel ei qui pignori accepit in factum actione tenebitur». Fr. 30, § 1, Dig. eod. *Paulus libro vicensimo secundo ad edictum*. «Qui occidit adulterum deprehensum servum alienum, hac lege non tenebitur. Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. sed an et creditori danda sit utilis, quia potest interesse eius, quod debitor solvendo non sit aut quod litem tempore amisit, quaeritur. sed hic iniquum est et domino et creditori eum teneri. nisi si quis putaverit nullam in ea re debitorem iniuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem, et quod sit amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam debitoris vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem; ut prosit hoc debitori, ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio». Per tutti questi casi e sul modo di stimare il danno cfr. le opere sopra citate di Longo, Pernice e Grueber. Il DE MEDIO, *La legittimazione attiva nell'actio legis aquiliae in diritto romano classico* (negli Studi in onore di Vittorio Scialoja, vol. I, pagg. 29 e segg.), solleva gravi dubbi sulla classicità dei testi sopra trascritti.

(555) Per il conduttore veggasi il fr. 27, § 14, Dig. 9, 2. *Ulpianus libro octavo decimo ad edictum*. «Et ideo Celsus quaerit, si lolium aut avenam in segetem alienam inieceris, quo eam tu inquinare. non solum quod vi aut clam dominum posse agere vel, si locatus fundus sit, colonum, [sed et in factum agendum, et si colonus eam exercuit, cavere eum debere amplius non agi, scilicet ne dominus amplius

riforma si era *virtualmente* pervenuti al sistema moderno che non richiede per l'azione di danni una base reale.

§ 11. *Contro chi vada intentata l'« actio legis aquiliae ».*

L'azione aquiliana va intentata contro colui che, per sua colpa, ha arrecato il danno. Essa non compete quindi contro colui che ha arrecato il danno solo *materialmente*: ad esempio, come impiegato di altra persona, ove non sia, egli stesso, in colpa. Così pure non compete, per regola, contro chi ha commesso il danno, eseguendo un ordine ricevuto da persona investita di *ius imperandi* (556). Se il danno è stato dato da un servo bisogna distinguere tre casi: se il *dominus* ha ignorato il fatto del servo, è tenuto solo nossalmente: può cioè liberarsi consegnando il servo stesso in *noxae*; se il *dominus* ha egli stesso ordinato al servo di compiere l'atto dannoso, è tenuto direttamente coll'*actio legis aquiliae* e non può liberarsi mediante *noxae deditio*; se infine il *dominus* non aveva ordinato al servo di compiere l'atto dannoso (*non iussu domini*) ma ne era tuttavia a cognizione, era in origine tenuto direttamente *lege aquilia*; in seguito, per interpretazioni dei giuristi, si ammise che potesse liberarsi mediante *noxae deditio* (557).

inquietet: nam alia quaedam species damni et ipsum quid corrumpere et mutare, ut lex Aquilia locum habeat, alia nulla ipsius mutatione applicare aliud, cuius molesta separatio sit]. Il Pampaloni (Bullettino dell'Istituto di diritto romano, anno III, pagg. 241 e segg.) ha dimostrato l'origine interpolatoria del passo fra parentesi quadre. Per l'azione concessa all'uomo libero vedi fr. 13, Dig. h. t. *Ulpianus libro octavo decimo ad edictum*. « Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. fugitivi autem nomine dominus habet. Iulianus scribit, si homo liber bona fide mihi serviat, ipsum lege Aquilia mihi teneri ».

(556) Vedi fr. 37, Dig. h. t. *Iavolenus libro quarto decimo ex Cassio*. « Liber homo si iussu alterius manu iniuriam dedit, actio legis Aquiliae cum eo est qui iussit. si modo ius imperandi habuit: quod si non habuit, cum eo agendum est qui fecit »; e cfr. fr. 169, Dig. 50, 17. *Paulus libro secundo ad Plautium*. « Is damnum dat qui iubet dare: eius vero nulla culpa est cui parere necesse sit ».

(557) Cfr. fr. 45, pr. Dig. h. t.; fr. 50, Dig. 50, 17; fr. 2, Dig. 9, 4.

§ 12. *Contenuto dell'« actio legis aquiliae » e sua natura.*

Originariamente, a tenore della legge stessa, l'*actio aquiliana* faceva ottenere al danneggiato: *ex capite primo* il maggior valore raggiunto dallo schiavo o animale ucciso, nell'anno precedente alla sua uccisione; *ex capite tertio* il risarcimento del danno subito in base al maggior valore raggiunto dalla cosa danneggiata nei trenta giorni antecedenti al fatto dannoso. Era questo un modo spicciativo di stima del vero interesse del danneggiato. Ma nel corso dell'epoca classica questo modo di misurare il danno si mostrò inadeguato, e venne, poco a poco, sostituito dall'apprezzamento, caso per caso, del vero interesse del creditore (558). Questo comprendeva tanto il danno diretto (*directum*) che quello indiretto (*indirectum*); tanto il *damnum emergens* che il *lucrum cessans* che potesse venir calcolato, come certo, nell'ordine normale degli avvenimenti. Esclusa era la valutazione del prezzo di affezione.

L'*actio legis aquiliae* è qualificata nelle fonti come *penalis*, ed è anche, per più riguardi, trattata come tale (559). Per essa valeva il principio, sancito, a quanto pare, nella *lex* stessa, che *lis infitiando crescit in duplum*: il convenuto cioè che avesse negato il fatto dannoso, doveva, in caso di condanna, prestare il *duplum*.

§ 13. *Obbligazioni sorgenti quasi « ex delicto ».*

I quattro casi di obbligazioni sorgenti quasi *ex delicto*, di cui fanno menzione le istituzioni giustinianee (560), sono i seguenti:

1. *Si iudex litem suam fecerit*. — Il giudice nel pronunciare la sentenza doveva contenersi entro i limiti indi-

(558) Vedi § 10, *Inst., t. h.*; fr. 22, § 1; 23; 29, § 3; 40-42; 55, Dig. h. t.

(559) Veggasi tuttavia V. THUR, *Zur Schätzung des Schadens in der lex Aquilia*, Basilea 1892.

(560) V. *Inst.*, IV, 5. « Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus vitetur. Sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo

catigli dal magistrato nella *formula*. Se egli era stato chiamato a condannare in una data somma o ad assolvere, non poteva condannare per una somma diversa. Se non osservava questo principio « *litem suam facebat* » restava obbligato a risarcire il danno (561). Lo stesso era in caso di sentenza errata, o di sentenza rifiutata senza giusto motivo.

2. *Si deiectum effusumve aliquid sit*. — Se da un edificio vengono gettati oggetti e questi colpiscono, uccidono o danneggiano un passante, gli inquilini restano obbligati, indipendentemente da dolo o colpa. Questa obbligazione

videtur quasi ex maleficio teneri et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit. 1. Item is, ex cuius cenaculo vel proprio ipsius vel conducto vel in quo gratis habitabat deiectum effusumve aliquid est ita ut alieni noceretur, quasi ex maleficio obligatus intellegitur; ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere: quo casu poena decem aureorum constituta est. De eo vero, quod deiectum effusumve est, dupli quanti damnum datum sit constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum quinquaginta aureorum poena constituitur; si vero vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videtur, actio datur; iudex enim computare debet mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut cariturus est ob id quod inutilis factus est. 2. Si filius familias seorsum a patre habitaverit et quid ex cenaculo eius deiectum effusumve sit, sive quid positum suspensumve habuerit, cuius casus periculosus est. Iuliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum. Quodet in filio familias iudice observandum est, qui litem suam fecerit. 3. Item exercitor navis aut cauponae aut stabuli de dolo aut furto, quod in nave aut in caupona aut in stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret; cum enim neque ex contractu sit adversus eum constituta haec actio et aliquatenus culpa reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit, quae heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit».

(561) GAIO, IV, 52; cfr. fr. 5, § 4, Dig. 44, 7; fr. 6, Dig. 50, 13 e fr. 15, § 1, Dig. 5, 1.

ha diverso contenuto a seconda dei casi: se rimane ucciso un uomo libero è di 50 aurei; se un uomo libero rimane ferito il risarcimento va fissato dal giudice. Per ogni altro caso è del doppio del danno dato.

Se vi sono più inquilini l'obbligazione loro è *in solidum*.

3. *Positum et suspensum*. — Chi colloca qualche oggetto dalla parte della via, sui davanzali delle finestre o altrimenti sospeso, *quod potest si ceciderit alicui nocere*, resta per ciò solo obbligato a pagare una multa di 10 aurei.

4. *Responsabilità dell'exercitor navis, del nauta e caupo pei delitti dei proprii dipendenti*. — L'obbligazione relativa era fatta valere con un'*actio in factum* accordata al danneggiato e suoi eredi ma non agli eredi dell'obbligato.

§ 14. *Obbligazioni sorgenti da altri fatti delittuosi.*

Oltre ai quattro delitti tipici testè esaminati, di cui è menzione nello schema gaiano e giustiniano, le fonti ricordano altri fatti delittuosi dai quali scaturiscono delle obbligazioni. Noi ci siamo già occupati della *metus* e del *dolus*, nella parte generale del nostro corso. Ricordiamo ancora qui: l'*actio de servo corrupto* (Dig. 11, 3), colla quale il *dominus* otteneva il doppio del danno sofferto per essergli stato corrotto uno schiavo; la violazione del sepolcro repressa con l'*actio sepulcri violati* (Dig. 47, 12 e Cod. IX, 19); e la frode ai creditori, sulla quale occorre soffermarsi più a lungo per la importanza che ha conservato anche nel diritto moderno.

§ 15. *Degli atti compiuti in frode ai creditori.*

Nelle fonti giustiniane ci è conservato ricordo di varii provvedimenti presi dai pretori romani a repressione degli atti compiuti da un debitore in frode dei proprii creditori; ma quale fosse esattamente l'indole e la portata giuridica di ciascuno di essi, quale la loro successione cronologica, e il reciproco rapporto non è possibile determinare con

sicurezza (562). Per diritto giustiniano la fonte principale di questa materia è costituita da un editto, che trovasi riportato nel fr. 1, Dig. 42, 8, in questi termini: « *Quae fraudationis causa gesta erunt cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curator bonorum vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo, idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit servabo* » (563). In base a questo editto e ai relativi commenti conviene ricostruire la teoria della cosiddetta azione pauliana (564).

§ 16. Dell'« *actio Pauliana* ».

L'*actio Pauliana* è un'azione colla quale i creditori di una persona o il curatore del fallimento, possono chiedere la rescissione degli atti compiuti in frode alle loro ragioni (565).

(562) Vedi SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano*. Roma 1902, e la recente trattazione del LENEL, *Das Edictum perpetuum* (2^a ed. tedesca), §§ 225 e 268.

(563) Occorre tuttavia richiamare altri due passi fondamentali per la ricerca storica: § 6, *Inst.*, IV, 6. « Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis eius a creditoribus ex sententia praesidis possessis permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere id est dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse ».

Fr. 10, Dig. 42, 8. *Ulpianus libro septuagesimo tertio ad edictum*. « Ait praetor: Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis quibus de ea re agitur fecit: ea illis si eo nomine quo de agitur actio ei ex edicto, meo competere esse oportet, ei si non plus quam anno est, cum de ea re qua de agitur experiundi potestas est, restituas. interdum causa cognita et si scientia non sit, in factum actionem permittam ». Dal confronto di questi due testi col fr. 1, Dig. *h. t.*, sopra trascritto, risultano accordati ai creditori tre mezzi e cioè: 1° la *rei vindicatio utilis*; 2° l'*interdictum fraudatorium*; 3° l'*actio* detta *pauliana*. I testi classici vennero interpolati dai compilatori allo scopo di fondere l'*actio pauliana* coll'*interdictum fraudatorium*.

(564) Nei *Digesta* il nome di *Pauliana* trovasi dato all'azione in un solo testo (fr. 38, § 4, Dig. 22, 1). TEOFILO lo assegna all'*actio in rem* di cui al § 6, *Inst.*, IV, 6. Cfr. LENEL, op. cit., pag. 424.

(565) L'*actio pauliana* è personale. Ciò risulta in particolar modo dal fr. 38, § 4, Dig. 22, 2. Tuttavia molto si è disputato in proposito specialmente in causa del § 6, *Inst.*, IV, 6. La controversia va risolta storicamente. Veggasi la recente ipotesi del LENEL, op. cit., § 225.

Il caso più frequente è costituito da alienazioni di cose corporali (e forse fu questo il solo caso preso originariamente in considerazione); ma, in seguito, vennero colpite le alienazioni di ogni sorta, i contratti obbligatori e le rinunce comunque operate (566).

Due sono i requisiti dell'*actio Pauliana*: 1° il *consilium fraudis*, che le fonti fanno consistere nella coscienza del debitore di pregiudicare coi proprii atti il soddisfacimento integrale dei proprii creditori (567); 2° l'*eventus fraudis*, cioè l'effettiva impossibilità di pagare in cui il debitore si sia posto cogli altri che vengono impugnati (568).

Questi atti possono poi essere a titolo gratuito o a titolo oneroso. Nel primo caso essi possono venir impugnati anche di fronte al terzo contraente non partecipe del *consilium fraudandi* (569). Nel secondo caso non possono venir impugnati di fronte al terzo se non a condi-

(566) Vedi fr. 1, § 2, Dig. 42, 8. *Ulpianus libro sexagesimo sexto ad edictum*. « Ait ergo praetor ' quae fraudationis causa gesta erunt '. Haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem vel quemcumque contractum. quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbi revocari, quaecumque fuerit: nam late ista verba patent. sive ergo rem alienavit sive acceptatione vel pacto aliquem liberavit ». E cfr. fr. 2-5, Dig. eod.

(567) Vedi fr. 17, § 1, Dig. 42, 8. *Iulianus libro quadragesimo nono digestorum*. « Lucius Titius cum haberet creditores, libertis suis isdemque filiis naturalibus, universas res suas tradidit. respondit: quamvis non proponatur consilium fraudandi habuisse, tamen qui creditores habere se scit et universa bona sua alienavit, intellegendus est fraudandorum creditorum consilium habuisse; ideoque et si filii eius ignoraverunt hanc mentem patris sui fuisse, hac actione tenentur ». Cfr. fr. 10, Dig. 40, 9.

(568) Vedi fr. 10, § 1, Dig. 42, 8. *Ulpianus libro septuagesimo tertio ad edictum*. « Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit, scilicet si hi creditores, quorum fraudandorum causa fecit, bona ipsius vendiderunt. ceterum si illos dimisit, quorum fraudandorum causa fecit, et alios sortitus est, si quidem simpliciter dimissis prioribus, quos fraudare voluit, alios postea sortitus est, cessat revocatio: si autem horum pecunia quos fraudare noluit, priores dimisit, quos fraudare voluit, Marcellus dicit revocationi locum fore. secundum hanc distinctionem et ab imperatore Severo et Antonino rescriptum est eoque iure utimur. ».

(569) Vedi fr. 6, § 13, Dig. 42, 8; fr. 2 e fr. 18, Dig. eod.

zione che egli sia partecipe della frode. Le fonti ripongono la ragione del diverso trattamento in ciò che nel primo caso il terzo *certat de lucro captando* mentre i creditori *certant de damno vitando*.

Dal terzo partecipe alla frode i creditori possono ottenere tutto ciò che essi avrebbero trovato nel patrimonio del debitore se l'atto fraudolento non fosse stato compiuto (570). Dal terzo in buona fede non possono ottenere che l'arricchimento che egli ha risentito.

L'azione Pauliana si prescrive in un anno, computato *utiliter* dal momento del suo sorgere. Trascorso l'anno essa compete solo per l'arricchimento (571).

§ 17. Le azioni nossali (572).

Nel caso in cui uno schiavo, o un figlio di famiglia, avesse commesso un delitto (privato), l'offeso poteva agire contro il *dominus* o *padre*, con un'azione, detta *noxalis*, colla quale otteneva o il risarcimento del danno subito, o, quanto meno, la consegna dell'autore del delitto (*noxae deditio*) (573). Quest'azione era già ammessa dalle XII tavole pel furto; altre leggi la introdussero per altri delitti, come, ad esempio, la *lex aquilia* pel *damnum iniuria datum*; più tardi anche il pretore l'accordò pei delitti da esso sanzionati, per esempio, per l'*actio vi bonorum raptorum*, per l'*actio iniuriarum* e vai dicendo (574).

(570) Vedi fr. 38, § 4, Dig. 22, 1.

(571) Vedi fr. 10, §§ 18 e 24, Dig. 42, 8; fr. 6, § 14, Dig. eod.

(572) Vedi GIRARD, *Les actions noxales* (nella Nouvelle Revue Historique, 1887 e 1888).

(573) Vedi fr. 1, § 11, Dig. 9, 1. *Ulpianus libro octavo decimo ad edictum*. « Cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut si quidem is perisset qui adgressus erat, cessaret actio, si is, qui non provocaverat, competeret actio: quamobrem eum sibi aut noxam sarcire aut in noxam dedere oportere »; e confronta fr. 42, § 1, Dig. 9, 4. *Ulpianus libro trigensimo septimo ad edictum*. « Si quis pro servo mortuo ignorans eum decessisse noxale iudicium acceperit, absolvi debet, quia desiit verum esse propter eum dare oportere ».

(574) Vedi GAIUS, IV, 75-79. « Ex maleficiis filiorum familias servorumque, veluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales

Il fondamento delle azioni nossali era riposto nel *dominium*, o relativamente nella *potestas patria*, e per ciò esse competevano soltanto contro colui che di tale dominio o potestà fosse investito nel momento in cui venivano promosse: *noxam caput sequitur*. Se pertanto l'autore del danno fosse morto o se il *dominus* l'avesse trasferito ad altri prima di essere stato convenuto, l'azione nossale non poteva più essere promossa che contro il nuovo padrone, e lo stesso era pel figlio di famiglia che fosse stato dato in adozione. Che se lo schiavo fosse stato manomesso, o

actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere; erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisque damnosam esse. 76. Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus aut edicto praetoris: legibus, velut furti lege XII tabularum, damni iniuriae lege Aquilia; edicto praetoris, velut iniuriarum et vi bonorum raptorum. 77. Omnes autem noxales actiones caput secuntur, nam si filius tuus servusque noxam commiserit, quamdiu in tua potestate est, tecum est actio; si in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse; si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est et noxae deditio extinguitur. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit; nam si pater familias noxam commiserit, et isse in adrogationem tibi dederit aut servus tuus esse coeperit, quod quibusdam casibus accidere primo commentario tradidimus, incipit tecum noxalis actio esse, quae ante directa fuit. 78. Sed si filius patris aut servus domino noxam commiserit nulla actio nascitur; nulla enim omnino inter me et eum qui in potestate mea est obligatio nasci potest. Ideoque etsi in alienam potestatem pervenerit et sui iuris esse coeperit, neque cum ipso neque cum eo cuius nunc in potestate est agi potest. Unde quaeritur, si alienus servus filiusve noxam commiserit mihi et is postea in mea esse coeperit potestate, utrum intercidat actio an quiescat. Nostrae praeceptores intercidere putant, quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuerit, ideoque, licet exierit de mea potestate, agere me non posse; diversae scholae auctores, quamdiu in mea potestate sit, quiescere actionem putant, quia ipse mecum agere non possum, cum vero exierit de mea potestate, tunc eam resuscitari. 79. Cum autem filius familias ex noxali causa mancipio datur, diversae scholae auctores putant ter eum mancipio dari dabere, quia lege XII tabularum cautum sit, ne aliter filius de potestate patris exeat, quam si ter fuerit mancipatus; Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt, et illas tres legis XII tabularum ad voluntarias mancipationes pertinere ». Cfr. fr. 27, § 3, Dig. 9, 2; fr. 37, § 1, Dig. eod.; fr. 16, Dig. 9, 4.

il figlio emancipato, cessava ogni responsabilità nossale e, in luogo di essa, sorgeva diretta responsabilità *ex delicto* dell'autore del danno.

La responsabilità nossale presupponeva che il delitto fosse stato compiuto dallo schiavo, o rispettivamente dal figlio di famiglia, ad insaputa del padre o del domino, poichè, altrimenti (ove cioè questi ne avessero avuto conoscenza e, potendo, non avessero impedito il delitto) la loro responsabilità sarebbe stata piena e diretta: essi non avrebbero potuto, in altri termini, liberarsi mediante *noxae deditio*. Lo stesso è a dirsi, a maggior ragione, per il caso in cui il delitto sia avvenuto *iussu domini vel patris*.

Per *noxae deditio* si intendeva il trasferimento dello schiavo colpevole in proprietà del danneggiato, il che operavasi mediante *mancipatio*, o quanto meno, mediante trasferimento del medesimo *in bonis*, quando, anzichè venire mancipato, lo schiavo veniva semplicemente consegnato (*Ductio iussu magistratus*: vedi fr. 26, § 6, Dig. 9, 4). Ove l'autore del danno fosse un figlio di famiglia, aveva luogo trasferimento in *causa mancipii* (575). Il trasferimento era poi in origine definitivo; ma, da prima pei figli di famiglia, poi anche per gli schiavi, si ammise che la *deditio* dovesse aver fine quando il danneggiato fosse stato risarcito: «*si autem damnum ei cui deditus est resarcierit quaesita pecunia, auxilio praetoris invito domino manumittetur*» (§ 3, *Inst.*, 4, 8).

Un altro caso di responsabilità nossale è quello pei danni dati dagli animali. Le XII tavole disponevano che colui il quale fosse stato danneggiato da un quadrupede potesse agire contro il proprietario del medesimo per ottenere il risarcimento, o la consegna dell'animale *in noxam*. È l'*actio de pauperie*. La legge delle XII tavole considerava soltanto i danni arrecati da quadrupedi; pei danni arrecati da altri animali si accordarono, in seguito, azioni utili. Anche qui la responsabilità era fondata sulla proprietà, e l'azione spettava quindi soltanto contro colui che fosse proprietario dell'animale al momento in cui essa veniva

intentata. Se però il danno fosse stato arrecato dall'animale per diretta istigazione di una persona libera o di uno schiavo altrui, l'*actio de pauperie* cessava per far luogo all'*actio legis aquiliae*, diretta (contro la *persona libera*) o nossale (contro il *dominus* dello schiavo). Analoga all'*actio de pauperie* era l'*actio de pastu*, che compete contro il proprietario del bestiame che comunque avesse abusivamente pascolato nel fondo altrui.

La responsabilità nossale pei delitti dei figli di famiglia è scomparsa dal diritto giustiniano (576).

(576) Vedi § 7, *Inst.*, IV, 8. «*Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit: quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Ed ideo placuit in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri.*»

(575) Vedi fr. 32, Dig. 9, 4.

CAPO VIII.

Delle donazioni (577).

Sommario: § 1. Concetto di donazione e limiti alla facoltà di donare. — § 2. Varie specie di donazioni. — § 3. Della revoca delle donazioni.

§ 1. Concetto di donazione e limiti alla facoltà di donare.

La donazione non è uno speciale negozio giuridico ma una *causa* generale di acquisto di diritti: un *genus acquisitionis*. Si ha donazione quando una persona si spoglia di un proprio diritto a favore di un'altra persona, o si obbliga verso di essa senza essere a ciò comunque tenuta e indipendentemente da un qualsiasi corrispettivo (578). La donazione può venir realizzata nei più svariati modi, e opera creando diritti reali (e. g. proprietà, servitù, ecc.), oppure obbligazioni. Essa può anche consistere in una

(577) Vedi SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (traduttore Scialoja), vol. IV, pagg. 1 e segg. — ASCOLI, *Il concetto della donazione nel diritto romano con richiami al codice civile italiano* (estratto dal periodico *Studii e documenti di storia e diritto*, anno XIV, 1893). — PEROZZI, *Intorno alla donazione* (estratto dall'Archivio giuridico « Filippo Serafini », vol. LVIII, fascicoli 4, 5 e 6). — MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, I, pagg. 153-167.

(578) Vedi fr. 1 pr., Dig. 39, 5. *Iulianus libro septimo digestorum*. « Donations complures sunt: dat aliquis ea mente ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exercent: haec propriae donatio appellatur. dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub condicione est. item enim quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione solvatur qualis est mortis causa donatio ».

Cfr. fr. 29 pr., Dig. eod. *Papinianus libro decimo responsorum*. « Donari videtur quod nullo iure cogente conceditur ».

liberazione. La caratteristica fondamentale delle donazioni è riposta nello spirito liberale (*animus donandi*) dal quale sono animate. La bontà e la generosità dell'animo sono i presupposti etici della donazione, la quale meriterebbe di essere favorita se non vi fosse il pericolo di vedere sfruttate da calcolatori egoisti la facilità e il disinteresse personale degli uomini più ingenui e semplici. I legislatori pertanto hanno sempre inteso a circondare di speciali cautele e garanzie la materia delle donazioni.

In Roma provvide primieramente a questi scopi una *lex Cincia de donis et muneribus* del 550 u. c. (204 a. Cr.) (579). Questa legge conteneva (fra altre?) due disposizioni: una che proibiva i *munera* (doni a titolo di onorario) agli avvocati, comminando pene ai trasgressori; l'altra che vietava in generale tutte le donazioni superanti una certa misura, le quali non fossero fatte a certe persone per le quali si faceva eccezione in vista di un rapporto di parentela o altro in cui si trovavano di fronte al donante (*exceptae personae*).

Questo secondo e più generale divieto della *lex Cincia* non era, a differenza del primo, munito di sanzione. Le *donationes ultra modum a personae non exceptae* non erano cioè dichiarate nulle: e neppure comminava la legge delle pene ai trasgressori del suo divieto. Essa si limitava a vietare; era, come Ulpiano espressamente ci insegna, una *lex imperfecta* (580).

Questa grave lacuna venne tuttavia colmata dal pretore colla concessione di una *exceptio legis Cinciae* al donante che venisse convenuto per l'esecuzione della donazione. Così se, ad esempio, la *donatio* era stata fatta mediante *stipulatio*, il donante che non aveva ancora adempito la sua promessa poteva opporre, al donatario che lo convenisse, la *exceptio legis Cinciae*, purchè il donatario non fosse una *excepta persona*, e in quanto la *donatio* stessa superasse la misura per la quale le donazioni erano permesse anche dopo la *lex Cincia*. Se invece la *donatio* era stata fatta

(579) Cfr. ASCOLI, *Sulla legge Cincia* (nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, 1893, pagg. 173-228). — MITTEIS, op. cit., l. c.

(580) ULPIANO, *Regularum*, fr. 1.

mediante *mancipatio* o *traditio*, la *exceptio* veniva concessa: nel primo caso solo ove il donante fosse ancora in possesso della cosa mancipata; nel secondo solo ove il donante stesso fosse ancora in condizione di poter intentare utilmente contro il donatario l'*interdictum utrubi* (per avere egli posseduto più a lungo la cosa donata entro l'anno computato a ritroso dall'emissione dell'interdetto stesso). In questi casi, non essendo la donazione completamente consumata, sembrava giusto venir in soccorso del donante. Quando invece la donazione fosse completamente eseguita, o, come dicono le fonti, *perfecta*, il donante non poteva più revocarla.

L'*exceptio legis Cinciae* poteva essere accordata non solo al donante, ma anche ad altri interessati come, ad esempio, ai fideiussori del donante o ai terzi acquirenti (*exceptio quasi popularis*). Su questo punto però era controversia fra i giureconsulti classici (581). Se il donante moriva senza essersi valso dell'*exceptio legis Cinciae*, la donazione era considerata perfetta e gli eredi del donante non potevano più impugnarla. (*Morte Cincia removetur*).

Il sistema così creato dalla giurisprudenza e dai pretori, in base alla *lex Cincia*, cadde in disuetudine nell'epoca postclassica e venne sostituito con nuovi e diversi provvedimenti. Gli imperatori Costanzo Cloro e Costantino stabilirono che nessuna donazione potesse valere se non fosse stata inserita *ad acta*. Di qui trasse origine il sistema della c. d. *insinuazione delle donazioni* pel quale occorreva che l'atto di donazione venisse letteralmente trascritto nei proto-

(581) Vedi *Vaticana Fragmenta*, 266, 1. *Ulpianus libro primo ad edictum de rebus creditis*. « Inde itum solutum accipimus non solum si omnino non debebatur, sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est perpetuam exceptionem. Quare hoc quoque repeti poterit, si quis perpetua exceptione tutus solverit. Unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse, nam semper exceptione Cinciae uti potuit, nec solum ipse, verum, ut Proculiani contra Sabinianos putant, etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio; sed et heres eius nisi forte durante voluntate decessit donator; tunc enim doli replicationem locum habere imperator noster rescriptis in haec verba. Cfr. fr. 24, Dig. 39, 5.

colli (*acta*) di una autorità pubblica o giudiziaria, per regola dei magistrati municipali (c. 25, § 1, Cod. VII, 53). Giustiniano stabilì che l'insinuazione fosse necessaria per qualsiasi donazione superante i 500 solidi d'oro. Dopo questa riforma non si aveva più a far distinzione fra persone e persone; tutte le donazioni inferiori a 500 solidi (circa L. 6000) erano valide indipendentemente dalla insinuazione; quelle superiori non insinuate, erano sempre nulle *per il di più* (582).

(582) Dall'obbligo dell'insinuazione erano tuttavia esonerate le donazioni fatte all'imperatore o dall'imperatore, le donazioni per la ricostruzione di edifici ruinati, per il riscatto dei prigionieri, e altre ancora. Vedi c. 34 pr., e 1 b, Cod. VIII, 53. *Imperator Iustinianus A. Demostheni pp.* « Sancimus omnem donationem sive communem sive ante nuptias factam usque ad trecentos solidos cumulata non indigere monumentis, sed communem fortunam habere, ut non usque ad ducentorum solidorum summam teneat, sed in huiusmodi observatione similes sint tam communes quam ante nuptias donationes. Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum hoc quod superfluum est tantummodo non valere reliquam vero quantitatem quae intra legis terminos constituta est in suo robore perdurare, quasi nullo penitus alio adiecto, sed hoc pro non scripto vel intellecto esse credatur. Excepti donationibus tam imperialibus quam his, quae in causas piissimas procedunt: quarum imperiales quidem donationes merito indignari sub observatione monumentorum fieri tam a retro principibus quam a nobis sancitum est, sed firmam habere propriam maiestatem; alias vero quae ad pietatem respiciunt, usque ad quingentorum summam et sine monumentis esse validas censemus » [529]. E vedi anche c. 36, Cod. VIII, 53. *Imperator Iustinianus A. Iohanni pp.* « Si quis pro redemptione captivorum pecunias dederit sive per cautionem dare promiserit cuiuscumque quantitatis, cognoscat se neque repetitionem habere neque exactionem cautionis posse declinare, utpote gestis sicut in donationibus non subsecutis super insinuazione eiusdem quantitatis; eo videlicet, qui pecunias accepit vel prima vice vel post cautionem, necessitatem habente piissimam administrationem adimplere, nulla ei molestia vel inquietudine inferenda vel ab eo qui pecunias prebuit vel ab aliis ex legum auctoritate permissis hoc requirere, sed tantummodo sacramentum praestare, quod re vera omnem quantitatem sine dolo vel aliqua diminutione ad redemptionem dederit captivorum. Simili etiam modo gestorum absolvimus ordinatione donationes rerum mobilium vel sese moventium, quas viri gloriosissimi magistri militum fortissimis praestant militibus tam ex sua substantia quam ex spoliis hostium, sive in ipsa bellorum occupatione sive in quibuscumque locis degere noscuntur. Eandem

§ 2. *Varie specie di donazioni.*

Le donazioni possono venir distinte e classificate in base a due criteri e cioè: o dal punto di vista del modo in cui vengono effettuate, o in considerazione delle speciali circostanze che le accompagnano e delle persone fra le quali intervengono. Dal punto di vista del modo di loro effettuazione si distinguono le donazioni obbligatorie dalle reali e liberatorie.

La donazione obbligatoria è la promessa di una prestazione qualsiasi a titolo di donazione. Questa non poteva farsi, per diritto classico, che nelle forme della *stipulatio* (o della *litterarum obligatio*). Giustiniano riconobbe la validità del semplice *pactum donationis*, purchè l'oggetto del medesimo non superasse i 500 solidi (583).

La donazione reale è il trasferimento della proprietà a titolo di donazione. Questa doveva operarsi mediante *in iure cessio* o *mancipatio* per le *res Mancipi*, mediante *traditio* per le *res nec Mancipi*. Abolita la distinzione fra *res Mancipi* e *nec Mancipi* la *traditio* divenne il solo modo di attuazione della donazione reale, salva sempre, per le donazioni superanti i 500 solidi, la necessità di insinuazione.

liberalitatem nostrae legis indulgemus etiam his, quorum incendio vel ruina domus corruptae sunt, quibusdam forte pecunias cuiuscumque quantitatis praebentibus vel cautionem conficientibus, ut et ipsi nec repetitionem timeant, verum etiam exactionem pecuniarum confessioni insertarum facere possint, licet non gesta fuerint subsequata; nulla eis licentia danda pecunias ad alias causas nisi ad refectionem domorum erogare. quod si aliqua dubitatio orta fuerit, utrum tota quantitas an pars eius in aedificiis expensa est, hoc domini domus sacramento dirimetur. Ceteris etiam donationibus, quae gestis intervenientibus minime sunt insinuae, sine aliqua distinctione quingentos usque ad solidos valituris. hoc etenim tantummodo ad angendas huiusmodi donationes addendum esse ex praesenti lege decernimus: anteriore tempore nostra lege praecedente moderando, qua usque trecentos solidos factae donationes et sine insinuatione firmitatem obtinere iussae sunt ». D. XV K. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.

(583) Vedi § 2, *Inst.*, II, 7; cfr. c. 36, Cod. VIII, 53 [54].

La donazione liberatoria consiste nella remissione di un debito fatta a titolo di donazione. Questa poteva operarsi mediante *acceptilatio*, o *pactum de non petendo*; nel primo caso operava *ipso iure* ed era quindi considerata come *donatio perfecta*; nel secondo operava *ope exceptionis*, ed era quindi considerata come *donatio imperfecta* poichè all'*exceptio pacti conventi* il donante poteva opporre una *replicatio legis Cinciae*.

Donazione liberatoria è pure, in un altro senso, quella che viene operata mediante il pagamento di un debito altrui. Se colui che eseguisce questo pagamento lo eseguisce *animo donandi*, si ha una donazione, che consiste nella liberazione del donatario dal debito che precedentemente aveva verso il terzo al quale è stato fatto il pagamento (584).

Dal secondo punto di vista, sopra accennato, le donazioni si distinguono anzitutto in *donationes inter vivos* e *mortis causa*, a seconda che vengano fatte in vista della propria morte o indipendentemente (585). Fra le *donationes inter vivos* vennero poi assoggettate ad uno speciale trattamento quelle *inter virum et uxorem* (vedi oltre pagg. 332 e segg.); quelle del patrono al liberto (586); quelle del *pater familias*

(584) A proposito di questo caso conviene ricordare un dibattito che si è avuto nella dottrina circa il determinare se la donazione sia contratto. Il SAVIGNY, *Sistema*, § 160, negava fondandosi massimamente sulla validità del pagamento altrui eseguito *animo donandi*. Ma la dottrina pandettistica è concorde nel ritenere che per aversi donazione occorra sempre il consenso del donatario. Vedi fr. 19, § 2, Dig. 39, 5: *non potest liberalitas nolente acquiri, neque donationem sine acceptione intellegi potest*; e confronta fr. 18 pr., Dig. 11, 1, sopra trascritto. Vedi ASCOLI, *Concetto della donazione* e, contra, PEROZZI, op. cit. Cfr. WINDSCHEID, *Pandette*, § 365, n. 5, e DERNBURG, *Pandette*, II, § 106, n. 14.

(585) Vedi fr. 35, § 2, Dig. 39, 1. « Sed mortis causa donatio longe differt ab illa vera et absoluta donatione, quae ita proficiscitur, ut nullo casu revocetur. et ibi qui donat illum potius quam se habere maluit: at is, qui mortis causa donat, se cogitat atque amore vitae recepisse potius quam dedisse maluit; et hoc est, quare vulgo dicatur: se potius habere vult, quam eum cui donat, illum deinde potius quam heredem suum ».

(586) Le donazioni del patrono al liberto erano in origine sempre revocabili. Vedi *Fragmenta Vaticana*, 276. « Si pater tuus nomine

ai figli o discendenti *in potestate*, e infine le *donationes sub modo*.

§ 3. Della revoca delle donazioni.

Abbiamo visto come sotto il regime della *lex Cincia* le donazioni non ancora *perfectae* (cioè non ancora completamente eseguite) fossero revocabili, in quanto il donante, convenuto per la piena esecuzione, poteva colla *exceptio legis Cinciae* respingere il donatario. E abbiamo pure accennato come in taluni casi speciali si accordasse al donante di revocare la donazione anche se già perfetta (donazione del patrono al liberto e *donatio sub modo*). Giustiniano mantenne il diritto di revoca del patrono per il caso di sopravvenienza di figli, dichiarandolo però intrasmissibile attivamente e passivamente, e inoltre introdusse, per tutte le donazioni, la c. d. *revocatio propter ingratitudinem* (587).

matris tuae de sua pecunia *fundum comparavit* donationis causa eique tradidit et decedes non revocavit id quod in eam contulisse videtur, intellegis frustra te velle experiri, cum oratione divi Severi huiusmodi donationes post obitum eorum, qui donaverunt confirmentur ». *Proposita pridie non Mart. Antiochiae Augg. IV e III cons.* In seguito questo diritto venne ristretto al caso di ingratitudine del liberto donatario (c. 1, Cod. VIII, 55) e di sopravvenienza di figli. Vedi c. 8, Cod. VIII, 55. *Imp. Constantius et Constans AA. ad Orfitum pa.* « Si umquam libertis patronus filios non habens bona omnia vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus et postea susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerit revertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum ». *D. v. K. April. Arbitione et Lolliano cons.* [a. 355].

(587) Vedi c. 10, Cod. VIII, 55. *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* « Generaliter sancimus omnes donationes leges confectas firmas illibatatasque manere, si non donationis acceptor ingratus circa donatorem inveniatur. ita ut iniurias atroces in eum effundat vel manus impias inferat vel iacturae molem ex insidiis suis ingerat quae non levem sensum substantiae donatoris imponit vel vitae periculum aliquid ei intulerit vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi impositas sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spondit, minime implere voluerit. Ex his enim tantummodo causis, si fuerint in iudicio dilucidis argumentis cognitionaliter adprobatae, etiam donationes in

eos facta everti concedimus, ne sit cuidam licentia et alienas res capere et fragilitatem ridere donatoris, et iterum ipsum donatorem suasque res perdere et praefatis malis ab ingrato donationis acceptore adfici. Haec tamen usque ad primas personas tantummodo stare censemus, nulla licentia concedenda donatoris successoribus huiusmodi querimoniarum primordium instituere, etenim si ipse qui haec passus est tacuit, silentium eius maneat semper et non a posteritate eius suscitari concedatur vel adversus ipsum qui ingratus esse dicitur vel adversus eius successionem ». *D. XV K. April Constantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.* [a. 530]. Cfr. c. 7, Cod. VIII, 55 e DERNBURG, *Pandekten*, II, § 108, note.

DIRITTO DI FAMIGLIA

CAPITOLO I.

Il rapporto matrimoniale e la figliolanza.

Sommario: § 1. La famiglia agnatizia e la famiglia cognatizia. — § 2. Concetto del matrimonio romano. — § 3. Presupposti del matrimonio. — § 4. Della necessità del « consensus del pater familias » alle nozze dei figli. — § 5. Degli impedimenti matrimoniali. — § 6. Come si costituiva il matrimonio. — § 7. La « conventio in manu ». — § 8. Gli effetti del matrimonio nei rapporti personali fra i coniugi e di fronte alla prole. — § 9. La difesa pubblica del rapporto matrimoniale. — § 10. Il divieto delle donazioni fra coniugi. — § 11. Convalescenza delle donazioni fra coniugi. — § 12. Della parentela agnatizia e cognatizia, e dell'affinità. — § 13. Dei figli legittimi ed illegittimi. — § 14. La ricerca della paternità; la legittimazione. — § 15. Le promesse di matrimonio. — § 16. « Arrae » e « largitiones sponsaliciae. Osculum interveniens ». — § 17. Effetti indiretti degli sponsali. — § 18. Del concubinato. — § 19. Del « contubernium ». — § 20. Le seconde nozze.

§ 1. La famiglia agnatizia e la famiglia cognatizia (588).

È stato osservato che la parola latina *familia* sta ad indicare due istituti essenzialmente diversi: la *famiglia agnatizia*, dalla quale prende le mosse il diritto romano, e la *famiglia cognatizia* che è la sola di cui tiene conto il diritto moderno. La *famiglia agnatizia* è costituita dal complesso delle cose e persone soggette ad un solo capo, o *pater familias*; la *famiglia cognatizia* è costituita dal complesso

(588) Vedi SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, vol. I, Padova, 1870. — KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. II. — BONFANTE, *Corso di diritto romano*, « Della Famiglia », parte I, Pavia, 1908.

delle persone che discendono, per procreazione, dai medesimi genitori. Quella ha il suo fondamento nell'interesse, questa nell'affetto: quella ha funzioni massimamente politiche ed economiche; questa ha funzioni essenzialmente etiche. Il capo della famiglia agnatizia è il *pater*: quello che comanda; il capo della famiglia cognatizia è il genitore: quello cui si deve l'esistenza.

Noi ci siamo già occupati della famiglia agnatizia trattando della capacità giuridica. Dalle cose ivi esposte risulta che può benissimo concepirsi una famiglia agnatizia, indipendentemente da matrimonio. La famiglia cognatizia ha invece la sua fonte esclusiva nella procreazione e nel matrimonio. Non devesi per altro credere che sia possibile trattare separatamente della famiglia agnatizia e della famiglia cognatizia. Il contrapposto tra questi due gruppi o nuclei sociali è massimamente concettuale; nella realtà della vita giuridica romana le due istituzioni si intrecciano e compenetrano. Entro la famiglia agnatizia si trova normalmente la famiglia cognatizia; e i principi relativi alla famiglia cognatizia risentono, per tutta l'epoca romana, l'influenza di quelli propri alla famiglia agnatizia. Sicchè ben può dirsi che, anche in questa parte, il diritto romano non ci offre un sistema di principi omogenei. Esso rappresenta uno stadio di trapasso. Sebbene ai tempi di Giustiniano il concetto prevalente fosse quello della famiglia cognatizia, pure non pochi principi si conservano nelle sue leggi, che si ricollegano direttamente al concetto primitivo della *famiglia agnatizia*.

§ 2. Concetto del matrimonio romano (589).

Nei testi romani sono contenute due definizioni del matrimonio che mettono in evidenza il contenuto etico. Dice l'una: *nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris*

(589) G. BRINI, *Matrimonio e divorzio*, Bologna, 1886-1889. — MARENTEI, *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie al matrimonio*, Siena, 1889. — BONFANTE, *Lezioni citate*, parte II, Pavia, 1908.

coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens (590). E l'altra: *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (591). Da queste definizioni può desumersi che, il matrimonio era dei romani considerato come una unione perpetua a scopo di reciproca integrazione fisica e morale dei coniugi. Ma da esse non risulta quale ne fosse la vera essenza giuridica, e ciò spiega come queste definizioni possano venire correttamente citate anche oggidì sebbene, nel corso dei secoli, la essenza giuridica dell'unione matrimoniale abbia subito una profondissima trasformazione.

Il contrapposto fra il concetto romano e il concetto moderno del matrimonio può essere così formulato. Per noi moderni il matrimonio è un *rapporto giuridico* che scaturisce da un contratto, cioè dal consenso delle parti di volersi per marito e moglie. Per i romani invece esso era semplicemente un *fatto giuridico*: un rapporto sociale produttivo di conseguenze giuridiche: *era la convivenza di un uomo con una donna, animata dall'affectio maritalis*. Per noi moderni il matrimonio *si conchiude*, ed invero in forme solenni (civili o religiose che siano); per i romani *si costituiva*, cioè, per così dire, *si conviveva*. Per noi moderni esso è, per regola, indissolubile; per i romani neppure può, a stretto rigore, dirsi che fosse solubile, appunto perchè non era un rapporto giuridico, ma solo un rapporto di fatto determinato dalla *convivenza* e dall'*affectio maritalis*. Ciò può anche esprimersi dicendo che il matrimonio romano non era *giuridicamente* nulla di diverso da ciò che esso è *in natura*: che i romani avevano cioè elevato nella sfera giuridica il concetto sociale ed etico del matrimonio senza menomamente modificarlo, senza cioè dare al medesimo una disciplina civile.

(590) Fr. 9, Dig. 23, 2.

(591) Fr. 1, Dig. 23, 2. Il richiamo, contenuto in questa seconda definizione, alla *divini iuris communicatio* ha fatto supporre che essa si riferisse originariamente al matrimonio *cum manu*.

§ 3. Presupposti del matrimonio (592).

Presupposti fondamentali dell'unione matrimoniale erano: 1° la diversità di sesso; 2° la maturità sessuale che, per le donne, si presumeva a 12 anni compiuti, per gli uomini, si doveva per tutta l'epoca classica, almeno secondo la dottrina dei Sabiniani, constatare caso per caso, in base all'*habitus corporis*, e che Giustiniano stabilì doversi presumere a 14 anni compiuti; 3° il consenso, cioè la persistente volontà di convivere coniugalmente, agli scopi cioè, e secondo i dettami della vita coniugale. Questo consenso, che nelle fonti è detto *affectio maritalis*, costituiva il vero elemento perfezionatore del matrimonio, onde nei testi trovasi detto: *nuptias non concubitus sed consensus facit* (593). La consumazione della copula carnale non fu mai, dal diritto romano, considerata come elemento essenziale dell'unione matrimoniale. E perciò i giuristi romani potevano, senza contraddizione, insegnare che il matrimonio si contrae *liberorum quaesendorum causa*, pur ammettendone la validità anche in certi casi di impotenza (594).

(592) Appena occorre ricordare che per contrarre un valido matrimonio, *iure civili*, occorre la cittadinanza o quanto meno il *ius conubii*. Sul c. d. *matrimonium iuris gentium*, vedi SCHUPFER, op. cit., pagg. 11 e segg.

(593) Vedi fr. 32, § 13, Dig. 24, 1. *Ulpianus libro trigesimo tertio ad Sabinum*. « Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant (quod scimus interdum et inter consulares personas subsecutum), puto donationes non valere, quasi duraverint nuptiae: non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio: si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit ». Fr. 15, Dig. 35, 1. *Pomponius libro singulari regularum*. « Levissima libertatis condicio ea intellegenda est, quae ad libertatem perducit, quamvis natura gravior et durior sit ».

La insistenza colla quale i giuristi romani ribattono questo principio era forse dovuta al fatto che, secondo il diritto di taluni popoli soggetti all'impero, la copula carnale era considerata come elemento perfezionatore del matrimonio. Vedi MITTEIS.

(594) Vedi fr. 39, § 1, Dig. 23, 3. *Ulpianus libro trigesimo tertio ad edictum*. « Si spadoni mulier nupserit, distinguendum arbitror,

§ 4. *Della necessità del « consensus del pater familias » alle nozze dei figli.*

Per la costituzione del rapporto matrimoniale non bastava il solo consenso dei coniugi ma occorreva anche quello delle persone nella potestà delle quali essi si trovavano. Era ben naturale che al *pater familias* si riconoscesse il diritto di non tollerare, entro la propria casa un'unione matrimoniale, a suo avviso, non conveniente. Non era egli il supremo censore e giudice dei costumi della sua *familia*? E, del resto, non venivano i nati dal matrimonio dei *filii* suoi, ad aumentare il numero dei *sui heredes*? Che se poi si trattava di figlie, che andassero a matrimonio libero il consenso del *pater* era del pari indispensabile, poichè la figlia non cessava, per il solo fatto del matrimonio, di appartenere alla propria famiglia di origine. Si considerava che il padre la desse, per così dire, in locazione, ed era quindi ben naturale, che si esigesse il suo consenso (595).

Ma di mano in mano che la *famiglia agnatzia* andava indebolendosi, il rapporto dei due consensi (del coniuge cioè e del padre suo), richiesti per la validità del matrimonio, veniva alterandosi; mentre in antico avevasi, in prima linea, riguardo al consenso del padre, presupp-

castratus fuerit necne, ut in castrato dicas dotem non esse: in eo qui castratus non est, quia est matrimonium, et dos et dotis actio est ». Fr. 6, Dig. 28, 2. *Ulpianus libro tertio ad Sabinum*. « Sed est quaesitum, an is, qui generare facile non possit, postumum heredem facere possit, et scribit Cassius et Iavolenus posse: nam et uxorem ducere et adoptare potest: spadonem quoque posse postumum heredem scribere et Labeo et Cassius scribunt: quoniam nec aetas nec sterilitas ei rei impedimento est. Sed si castratus sit, Iulianus Proculi opinionem secutus non putat postumum heredem posse instituere, quo iure utimur. Hermaphroditus plane, si in eo virilia praevalerent, postumum heredem instituere poterit ».

(595) Nelle origini anzi non si richiedeva che il consenso del *pater familias* il quale da solo concludeva e scioglieva i matrimoni. Questo stato di diritto è attestato da numerosi passi di Plauto. Vedi COSTA, *Il diritto in Plauto*.

nendosi, quando questo risultasse, esistente anche quello dei figli; già sulla fine della repubblica si richiedeva, in prima linea, il consenso dei coniugi (596).

La *lex Julia* del 736 stabilì poi che, in caso di ingiusto rifiuto di consenso alle proprie nozze, il figlio di famiglia potesse ricorrere al magistrato (597), e la giurisprudenza classica ritenne sufficiente per la validità del matrimonio del figlio di famiglia che il padre non si fosse opposto (*non nolle*); e ammise inoltre che il matrimonio fosse valido, in base al solo consenso dei coniugi, in caso di assenza, prigionia di guerra e malattia mentale del padre (598). Può

(596) Vedi fr. 2, Dig. 23, 2. *Paulus libro trigesimo quinto ad edictum*. « Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt ». Fr. 3, Dig. eod. *Idem libro primo ad Sabinum*. « Si nepotem ex filio et neptem ex altero filio in potestate habeam, nuptias inter eos me solo auctore contrahi posse Pomponius scribit et verum est ». Fr. 18, Dig. eod. *Iulianus libro sexto decimo digestorum*. « Nuptiae inter easdem personas nisi volentibus parentibus renovatae iustae non habentur ». Fr. 35, Dig. eod. « Filius familias miles matrimonium sine patris voluntate non contrahit ». Cfr. fr. 14 [13], § 6, Dig. 48, 5.

(597) Vedi fr. 19, Dig. 23, 2. *Marcianus libro sexto decimo 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 ».

(598) Vedi fr. 9 sopra trascritto, e fr. 10, Dig. 23, 2. *Paulus libro trigesimo quinto ad edictum*. « Si ita pater absit, ut ignoretur ubi sit et an sit, quid faciendum est, merito dubitatur. [et si triennium effluxerit, postquam apertissime fuerit pater ignotus, ubi degit et an superstes sit, non prohibentur liberi eius utriusque sexus matrimonium vel nuptias legitimas contrahere] ». Confronta fr. 10 eod. *Iulianus libro sexagesimo secundo digestorum*. « Si filius eius qui apud hostes est vel absit ante triennium captivitatis vel absentiae patris uxorem duxit vel si filia nupserit, puto recte matrimonium vel nuptias contrahi, dummodo eam filius ducat uxorem vel filia tali nubat, cuius condicionem certum sit patrem non repudiaturum ». Fr. 12, § 3, Dig. 49, 15. *Triphoninus libro quarto disputationum*. « Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptiis pater eius non posset: nam utique nec dissentire. susceptus ergo nepos in reversi captivi potestate ut avi erit suusque heres ei

dunque dirsi che l'originario principio, per cui richiedevasi il *consensus* del *pater familias*, aveva perduto della sua importanza (599).

Ma mentre tramontava il principio antico fondato sulla organizzazione della famiglia agnatizia, già ne spuntava uno corrispondente, per quanto diverso, fondato sulla organizzazione della famiglia cognatizia. Una costituzione degli Imperatori Severo e Caracalla richiedeva infatti, per la validità del matrimonio delle figlie *sui iuris*, che non avessero ancora raggiunta l'età di 25 anni, il consenso *del padre o, in mancanza di questi, della madre e dei prossimi congiunti* (600). Questo consenso non aveva più il suo fondamento nella *potestas patria*, e non era più richiesto a riconoscimento di un diritto e di un interesse di colui che doveva darlo, ma aveva invece il suo fondamento nella parentela naturale, ed era richiesto nel solo interesse della figlia. Esso era insomma il primo germe dell'istituto moderno del consenso degli ascendenti alle nozze dei discendenti che non abbiano ancora raggiunta una certa età (601).

§ 5. Degli impedimenti matrimoniali.

Per potersi validamente contrarre matrimonio occorre non vi fossero impedimenti legali. Questi potevano essere di due specie: *assoluti* e *relativi*. Assoluti erano quelli che

quodammodo invito, cum nuptiis non consenserit. non mirum, quia illius temporis condicio necessitasque faciebat et publica nuptiarum utilitas exigebat »; e per il caso di pazzia c. 25, Cod. V, 4.

(599) Vedi fr. 25, Dig. h. t. *Modestinus libro secundo regularum*. « Filius emancipatus etiam sine consensu patris uxorem ducere potest et susceptus filius ei heres erit ».

(600) Vedi c. 1, Cod. V, 4 e confronta c. 18, Cod. V, 4; c. 20, Cod. eod. In antico la donna *sui iuris* essendo in perpetua tutela non poteva contrarre nozze che con l'*auctoritas tutoris*. Vedi ULPIANO, XI, 22.

(601) Vedi c. 1, Cod. V, 4. *Impp. Severus et Antoninus A. A. Potito*. « Cum de nuptiis puellae quaeritur nec inter tutorem et matrem et propinquos de eligendo futuro marito convenit arbitrium praesidis provinciae necessarium est ». *D. Nov. Mai. Anullino et Frontone cons.* Confr. c. 18-20, Cod. V, 4.

escludevano la possibilità di matrimonio con qualsiasi persona. Relativi erano quelli che ostavano al matrimonio con determinate persone. Impedimenti assoluti erano: la schiavitù delle parti, il trovarsi le medesime già unite in valido matrimonio; nell'epoca cristiana il voto di castità, gli ordini maggiori (602).

Impedimenti relativi erano: la parentela, la diversità di religione, la tutela, certi uffici pubblici, il ratto e l'adulterio.

Le regole relative agli impedimenti hanno notevolmente variato nei varii periodi del diritto romano (603), e più ancora, in seguito, per influenza del diritto canonico. Per

(602) Vedi GAIO, I, 59-63. « Inter eas enim perpuas, quae parentum liberorumve locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est, veluti inter patrem et filiam, vel inter matrem et filium, vel inter avum et neptem; et si talis personae inter se esierint, nefarias et incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo ita sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possint inter se matrimonio coniungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat; itaque eam, quae mihi per adoptionem filiae aut neptis loco esse coeperit, non potero uxorem ducere, quamvis eam emancipaverim. 60. Inter eas quoque personas, quae ex transverso gradu cognatione iunguntur, est quaedam similis observatio, sed non tanta. 61. Sane inter fratrem et sororem prohibita sunt nuptiae, sive eodem patre eademque matre nati fuerint, sive alterutis eorum; sed si qua per adoptionem prae mihi esse coeperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere; cum vero per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere; sed et si ego emancipatus fuerit, nihil impedimento erit nuptiis. 62. Fratris filiam uxorem ducere licet; idque primum in usum venit, cum divus Claudius Agrippinam fratris sui filiam uxorem duxisset; sororis vero filiam uxorem ducere non licet. Et haec ita principalibus constitutionibus significantur. Item amitam et materteram uxorem ducere non licet. 63. Item eamque mihi quondam sorus aut nurus aut privigna aut noverca fuit. Ideo autem diximus quondam, quia si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione mihi nupta esse non potest, quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere. Si confrontino le *Istituzioni Giustiniane*, I, 10 e Dig. 23, 2, *passim*.

(603) Per maggiori notizie veggasi SCHUPFER, op. cit., pagg. 63 e segg.

diritto giustiniano sono, per ragioni di parentela, vietate le nozze:

1° Fra ascendenti e discendenti (*nefariae atque incestae nuptiae*).

2° Fra adottante e adottato (*ut etiam dissoluta adoptione idem iuris maneat*).

3° Fra collaterali: a) fra fratelli e sorelle (*sive ab eodem patre eademque matre nati fuerint, sive ex alterutro eorum*). Sono però valide le nozze colla sorella adottiva quando essa sia stata emancipata; b) fra zio e nipote e pronipote *quamvis quarto gradu sunt*; c) fra nipote e zia paterna (*amita*): *licet adoptiva sit, o materna (matertera), quia parentum loco habentur*.

4° Fra affini: a) fra il padre e la nuora (vedova del figlio) o la figliastra nata alla moglie premorta da altro matrimonio: *quia utraeque filiae loco sunt*; b) fra il genero e la suocera, e fra il figliastro e la matrigna; c) fra il marito di una donna e la figlia nata a questa, *post divortium ex alio viro*.

La sanzione di questi impedimenti era la nullità del matrimonio (§ 12, *Inst.*, 1, 10).

L'imperatore poteva dispensare da taluni impedimenti (vedi e. g., c. 29, Cod. V, 4).

§ 6. Come si costituiva il matrimonio.

Abbiamo già accennato che il matrimonio romano non si conchiudeva contrattualmente come il matrimonio moderno, essendo uno stato di convivenza, ma che si costituiva essendo uno stato di convivenza. Tuttavia, dipendendo da questo stato di convivenza delle importanti conseguenze giuridiche (legittimità dei figli, proibizioni delle donazioni fra i coniugi, ecc.), si comprende facilmente l'opportunità di fissarne l'inizio. A questa bisogna i romani provvedevano in due modi, e cioè: 1° con solennità e festeggiamenti che bastassero ad attestare il principio di quella *consuetudo vitae* che *facit nuptias* (604); 2° con presun-

(604) Vedi ROSSBACH, *Untersuchungen ueber die römische Ehe*, Stuttgart, 1853. — KARLOWA, *Formen der römischen Ehe*, 1860.

zioni dedotte dalla posizione sociale delle persone. L'uomo che conviveva con una donna ingenua era considerato convivere con essa matrimonialmente; se conviveva invece con una liberta, si considerava, sino a prova contraria, che convivesse con lei in concubinato (605).

Ma la convivenza matrimoniale era intesa *idealmente*; e perciò non occorre che i due coniugi avessero coabitato, sia pure per breve tempo, sotto il medesimo tetto. Bastava che la donna libera si fosse stabilita nella casa del marito, pur essendo egli assente, ma col suo consenso, e che vi avesse assunte le funzioni di moglie (*deductio in domum mariti*).

Questa assoluta assenza di formalità giuridiche (606) per la costituzione di un rapporto di tanta importanza si spiega sufficientemente con due considerazioni: la prima è che i romani avevano dell'unione matrimoniale un concetto eminentemente naturalistico; la seconda è che nel-

(605) Vedi fr. 24, Dig. 23, 2. *Modestinus libro primo regularum*. « In liberae mulieris consuetudine non concubinatus, sed nuptiae intellegendae sunt, si non corpore quaestum fecerit ».

Fr. 5-7, Dig. 23, 2. *Idem libro quarto ad Sabinum*. « Mulierum absenti per litteras eius vel per nuntium posse nubere placet, si in domum eius deduceretur: eam vero quae abesset ex litteris vel nuntio suo duci a marito non posse: deductione enim esse in mariti, non in uxoris domum, quasi in domicilium matrimonii ».

Ulpianus libro trigesimo quinto ad Sabinum. « Denique Cinna scribit: eum, qui absentem accepit uxorem, deinde rediens a cena iuxta Tiberim perisset, ab uxore lugendum responsum est ».

Paulus libro singulari ad legem Falcidiam. « Ideoque potest fieri, ut in hoc casu aliqua virgo et dotem et de dote habeat actionem ».

Cfr. fr. 66, Dig. 24, 1. PAOLO, II, 19, 8. « *Vir absens uxorem ducere potest; femina absens nubere non potest* ».

(606) Degno di nota si è che spesso i giuristi romani rilevano la non necessità della scrittura per la validità del matrimonio. Vedi e. g. fr. 4 in fine, Dig. 20, 1. *Gaius libro singulari de formula hypothecaria*. « sicut et nuptiae sunt licet testationes in scriptis habitae non sunt »; e fr. 31 pr., Dig. 39, 5. *Papinianus libro duodecimo responsorum*: « *neque enim tabulas facere matrimonium* ». I giuristi difendevano forse in tal modo il principio romano contro opposte consuetudini e leggi dei popoli orientali. Cfr. BONFANTE, pagg. 7-12. — FERRINI, *Pandette*, pag. 871.

l'epoca antica il matrimonio era sempre accompagnato dalla *conventio in manu*.

§ 7. La « *conventio in manu* ».

La *conventio in manu* era un atto solenne mediante il quale la moglie veniva assoggettata al potere del marito, entrando a far parte della sua famiglia agnatzia come figlia (*filiae loco*). Essa aveva luogo in tre modi: *confarreatio*, *coemptio*, *usu* (607).

1° La *confarreatio* era una solennità religiosa esclusiva, a quanto pare, dei patrizi, che si compiva alla presenza di 10 testimoni, pronunciandosi parole e compiendo riti solenni, dei quali non ci è giunta completa notizia. Ai tempi di Augusto, divenendo sempre più raro l'uso

(607) GAIO, I, 108 e segg. « *Nunc de his personis videamus quae in manu nostra sunt. Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est. 109. Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent; in manum autem feminae tantum conveniunt. 110. Olim itaque tribus modis in manum conveniebant, usu, farreo, coemptione. 111. Usu in manum conveniebant, quae anno continuo nupta perseverabat; quia enim veluti annua possessione usucapiebatur, in familiam viri transibat filiaeque locum optinebat. Itaque lege XII tabularum cautum est, ut si qua nolle eo modo in manum mariti convenire, ea quotannis trinoctio abesset atque eo modo usum cuiusque anni interrumpere. Sed hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est. 112. Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii quod Jovi farreo fit; in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; conplura praeterea ihus iuris ordinandi gratia cum certis et sollempnibus verbis, praesentibus decem testibus, aguntur et fiunt. Quod ius etiam nostris temporibus in usu est, nam flamines maiores, it est Diales Martiales Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur; ac ne ipsi quidem sine confarreatio sacerdotium habere possunt. 113. Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam vendicationem, id est Diales Martiales Quirinales, item reges sacrorum, nisi ex farreatis nati non leguntur; ac ne ipsi quidem sine confarreatio sacerdotium habere possunt. 113 a. Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam vendicationem; nam adhibitis non minus quam vestibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit is mulierim, cuius in manum venit. 114. Potest autem coemptionem facere mulier*

della *confarreatio*, mentre peraltro a *flamen dialis* e ad altre cariche sacrali non potevano venire elette che persone nate da nozze confarreate, venne fatta una legge che limitò gli effetti di tali nozze *quoad sacra*.

2° La *coemptio* era la vendita della moglie al marito operata colle forme della *mancipatio*, e pronunciandosi dalle parti solenni parole rivolte a precisare la natura del rapporto che si costituiva. L'alienante era il padre della moglie data in *manu mariti*; l'acquirente era il marito stesso (se *sui iuris*) o il padre nella cui potestà egli ancor si trovasse.

3° Per *usus* si intendeva l'acquisto della *manus* sulla moglie operato per continuato possesso. La moglie che restava nella casa del marito per un anno ininterrotto, *filiae loco, velut annua possessione usucapiebatur* (608). Le

non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiducia; quae enim cum marito suo facit coemptionem, ut apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem aut cum viro suo aut cum extraneo, veluti tutelae evitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem. 115. Quod est tale: si qua velit quos habet tutores deponere et alium nasci, illis auctoribus coemptionem facit, deinde a coemptionatore remancipata ei cui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit. 115 a. Olim etiam testamenti facendi gratia fiduciaria fiebat coemptio; tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Hadriani Senatus remisit... femina... 115 b. ...fiduciae causa cum viro suo fecerit coemptionem, nihilo minus filiae loco incipit esse; nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu viri sit, placuit eam filiae iura nasci ». Cfr. GAIO, I, 123, 136. — CICERONE, *Pro Murena*, 12, 27. — BOEZIO, in *Top.*, III, 4. — AULO GELLIO, III, 2, 12.

(608) Vedi c. 13, Cod. 12, 1. *Imp. Valentinianus Theodosius et Arcadius A. A. A. Marciano comiti Orientis*. « *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 conditionem* ». *D. IIII id. Nov. Constantinopoli Arcadio A. II. et Rufino cons.* Fr. 65, Dig. 5, 1. *Idem libro trigensimo quarto ad edictum*. « *Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit,*

XII tavole peraltro stabilivano che la moglie potesse evitare la *manus* interrompendo la convivenza col marito per tre notti di seguito ogni anno (*trinoctii usurpatio*).

Di queste tre forme la *confarreatio* è probabilmente la più antica. Essa fu anche, per il suo carattere sacrale, la più resistente. Gli ultimi matrimoni conclusi *cum manu*, sul principio dell'impero, lo furono *confarreatione*. Anche la *coemptio* restò in uso a lungo, ma solo *dicis causa*, allo scopo cioè di sottrarre la donna *sui iuris* alla tutela degli agnati (609).

L'*usus* cadde presto in disuetudine.

§ 8. Gli effetti del matrimonio nei rapporti personali fra i coniugi e di fronte alla prole.

Prescinderemo in questo paragrafo dagli effetti che il matrimonio produceva quando era accompagnato dalla *conventio in manu*, poichè questi effetti, ai quali abbiamo più volte accennato, non erano propriamente una conseguenza del matrimonio, ma bensì della *manus* ad esso aggiunta, e ci occuperemo soltanto degli effetti del matrimonio, come tale.

La moglie assumeva il nome e il grado del marito, entrava nella sua casa, e doveva seguirne le sorti (*interdictum de uxore ducenda*). Essa doveva onorare il marito, il quale, pur non avendo su di lei una vera e propria giurisdizione (chè tale giurisdizione spettava al padre nella cui potestà essa ancora si trovasse) poteva tuttavia con-

non ubi instrumentum dotale conscriptum est: nec enim id genus contractus est, ut et eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cuius domicilium et ipsa mulier per condicionem matrimonii erat reditura ».

Fr. 38, § 3, Dig. 50, 1. *Papirius Iustus libro secundo de constitutionibus*. « Item rescripserunt mulierem, quamdiu nupta est, incolam eiusdem civitatis videri, cuius maritus eius est, et ibi, unde originem trahit, non cogi muneribus fungi ».

(609) Confronta CICERONE, *Pro Murena*, 12, 27 e KARLOWA, op. cit., pag. 89 e segg., e SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, I, 1850, pagg. 190 e segg.

trollarne e dirigerne la condotta. Il marito aveva l'obbligo di mantenere la moglie secondo le proprie condizioni e doveva anche assisterla in giudizio (610).

Di fronte ai figli, diversa era la posizione della madre da quella del padre. Il padre infatti acquistava sui figli nati da matrimonio libero gli stessi poteri come sui figli nati da matrimonio *cum manu*, e veniva quindi a trovarsi con essi in un rapporto di parentela, in base al quale poteva loro succedere come agnato, mentre aveva in essi i proprii continuatori (*heredes sui*).

La madre invece era, di fronte ad essi, un'estranea, senza diritti e senza doveri. Sul principio dell'Impero il pretore, e i senatoconsulti Orifiziano e Tertulliano introdussero un diritto di successione della madre ai figli, e di questi a quella (vedi più avanti). Più tardi ancora il rapporto fra madre e figli venne giuridicamente riconosciuto sotto altri riguardi: per gli alimenti, per la tutela, per il consenso matrimoniale.

§ 9. La difesa pubblica del rapporto matrimoniale (611).

Sebbene poche siano le disposizioni relative ai rapporti fra coniugi, essendo questa disciplina affidata in massima parte al buon costume, non è a credersi che il diritto romano si disinteressasse dell'andamento della vita coniugale. Esso al contrario pose molta cura a garantirne con provvedimenti di varia indole il buon andamento. Ricordiamo: 1° l'esclusione dell'azione giudiziale infamante fra coniugi; 2° l'inammissibilità di *furtum* da parte di uno di essi a danno dell'altro: *quia societas vitae quodam modo*

(610) Vedi fr. 2, Dig. 43, 30. *Hermogenianus libro sexto iuris epitomarum*. « Immo magis de uxore exhibenda ac ducenda pater, etiam qui filiam in potestate habet, a marito recte convenitur ».

C. 11, Cod. 5, 4. *Idem A. A. Alexandro*. « Si invita detinetur uxor tua a parentibus suis, interpellatus rector provinciae amicus noster exhibita muliere voluntatem eius secutus desiderio tuo medebitur ».

(611) Vedi MOMMSEN, *Das römische Strafrecht*, Leipzig, 1899, pagg. 682-703.

dominam eam faceret (612); 3° le pene contro l'adulterio e contro l'incesto; 4° l'*actio iniuriarum* per il tentativo d'adulterio; 5° le pene contro il lenocinio maritale; 6° le pene contro la bigamia; 7° le pene contro il ratto, e vai dicendo.

§ 10. *Il divieto delle donazioni fra coniugi* (613).

Nei matrimoni *cum manu* le *donationes inter virum et uxorem* erano giuridicamente impossibili, per essere la moglie *filiae loco* presso il proprio marito. Esse erano invece possibili nei matrimoni liberi, poichè, in tali matrimoni, il marito e la moglie si trovavano, patrimonialmente, in una posizione di reciproca indipendenza. E non solo erano possibili ma ben anche praticate, come risulta, fra altro, dall'essere il coniuge considerato fra le *personae exceptae* della *lex Cincia* (Vat. Fr., 302).

Fu solo sulla fine della repubblica e sotto il principato di Augusto che, per consuetudine, si affermò il principio della nullità di tali donazioni ad evitare — poichè ormai la santità del vincolo matrimoniale non era più fortemente sentita — che il più debole dei coniugi avesse ad essere spogliato dal più forte, o che si stabilissero turpi speculazioni nel seno delle famiglie (614).

(612) Il pretore tuttavia introdusse l'*actio rerum amotarum* a favore del marito contro la moglie, e in seguito anche a favore della moglie contro il marito. Cfr. MOMMSEN, op. cit.

(613) Vedi SCHUPFER, op. cit., pagg. 402 e segg., e A. DE MEDIO, *Intorno al divieto di donare fra coniugi*, Modena, 1902.

(614) Vedi fr. 1 pr., Dig. 24, 1. *Ulpianus libro trigesimo secundo ad Sabinum*. « *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* ».

Fr. 2 eod. *Paulus libro septimo ad Sabinum*. « *necesset eis studium liberos potius educendi. Sextus Caecilius et illam causam adiciebat, quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia essent matrimonia* ».

Fr. 3 eod. *Ulpianus libro trigesimo secundo ad Sabinum*. « *Haec ratio et oratione imperatoris nostri Antonini Augusti electa est: nam ita ait: 'Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibue-*

Da questa *ratio* della proibizione si dedussero tre importanti conseguenze: la prima fu che si avessero a considerare valide le donazioni fra concubini, e anche fra promessi sposi, purchè non fossero state *in tempus matrimonii collatae* (615); la seconda fu che avessero, in linea di principio, ad essere considerate nulle solo quelle donazioni che implicavano un effettivo impoverimento del coniuge donante a beneficio del coniuge donatario (616); la terza fu che si considerarono, in via eccezionale, valide talune donazioni che, per la loro natura, o per la qualità dei coniugi, o per altro motivo, non davano argomento a temere degli inconvenienti cui il divieto aveva voluto ovviare. Tali erano i *munera solemnia*, le donazioni reciproche, le donazioni a titolo d'onore, le donazioni fra l'imperatore e l'imperatrice (617).

‘ *runt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniu-
nctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur
neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret* ’ ».

Al principio della nullità della donazione fra coniugi si arrecarono tuttavia alcune eccezioni: vedi ULPIANO, *Regulae*, VII, 1. « *Inter virum et uxorem donatio non valet nisi certis ex causis, id est mortis causa, divortii causa, servi manumittendi gratia. Hoc amplius principalibus constitutionibus concessum est mulieri in hoc donare viro suo, ut is ab imperatore lato clavo vel equo publico similive honore honoreretur* ».

(615) Per le donazioni fra concubini vedi fr. 38 pr., e § 1, Dig. 24, 1; fr. 31, Dig. 39, 5; fr. 5, Dig. eod.; fr. 3, § 1, Dig. 24, 1. Per le donazioni fra fidanzati vedi fr. 5, Dig. 24, 1; fr. 27, Dig. eod.; fr. 36, §§ 1, 66. Per le donazioni fra coniugi putativi vedi da una parte fr. 3, § 1, Dig. 24, 1; c. 7, Cod. V, 16; e dall'altra il fr. 32, § 27, Dig. 24, 1; fr. 3, § 1 e fr. 32, § 28, Dig. eod. L'antinomia non può forse eliminarsi che storicamente, ammettendo che tali donazioni fossero in origine sempre valide e che Giustiniano abbia interpolato il fr. 3, § 1 cit. in base alla c. 7, Cod. V, 16 e al fr. 32, § 38, Dig. 24, 1. Vedi SCHUPFER, op. cit., I, pagg. 414 e segg.

(616) ULPIANO, VII, 1. — PAOLO, *R. S.*, II, 23, § 2; fr. 5, § 8 e §§ 12-16, Dig. 24, 1; fr. 109, Dig. 30; c. 22, Cod. V, 16; fr. 5, § 5, Dig. 19, 5; fr. 5, §§ 13-14, Dig. *h. t.*

(617) Vedi i testi in SCHUPFER, op. cit.

§ 11. *Convalescenza delle donazioni fra coniugi.*

Salvo i temperamenti testè enumerati, il principio della nullità delle donazioni fra coniugi, venne rigidamente osservato per tutta l'epoca classica sino ad Alessandro Severo. Ma una costituzione di questo imperatore col figlio Caracalla (206 p. Cr.) stabilì che le *donationes inter virum et uxorem*, aventi per oggetto una *res*, restassero convalidate qualora il donante fosse venuto a morte senza averle revocate (618). Questa convalidazione venne in seguito estesa anche alle *donationes* operate mediante *stipulatio*. Giustiniano (619) stabilì inoltre che la convalescenza avesse a retroagire, considerandosi la *donatio* come fatta validamente *ab initio*, mentre, nel diritto anteriore, essa operava solo dal momento in cui il coniuge donante era morto.

§ 12. *Della parentela agnaticia e cognaticia, e dell'affinità.*

Per parentela intendesi il rapporto che intercede fra diverse persone, dovuto al far esse parte dello stesso gruppo familiare. E poichè di famiglia si poteva parlare in due sensi, così anche si ammettevano due specie di parentela: l'agnazione e la cognazione. Gli agnati erano i parenti per linea maschile: cioè tutte le persone che si trovavano sotto la potestà di un medesimo *pater familias*, o che vi si sarebbero trovati se egli non fosse premorto. I cognati erano i

(618) Vedi fr. 32, § 3, Dig. 24, 1. *Ulpianus libro trigesimo tertio ad Sabinum*. « Ait oratio 'fas esse eum quidem qui donavit paenitere: 'heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius 'qui donavit darum et avarum est' ».

Vedi *Fragmenta Vaticana*, 276. « Si pater tuus nomine matris tuae de sua pecunia fundum comparavit donationis causa eique tradidit et decedens non revocavit id quod in eam contulisse videtur. intelligis frustra te velle experire, cum oratione Divi Severi huiusmodi *donationes post obitum eorum, qui donaverunt confirmentur* ». (*Diocletianus et Maximianus*, a. 290). E confronta c. 10, Cod. V, 6.

(619) Vedi c. 25, Cod. V, 16.

discendenti da un comune capostipite. La parentela agnaticia era generalmente, ma non necessariamente, fondata sulla procreazione. Noi abbiamo infatti veduto come l'adozione avesse, in origine, una importanza grande nella composizione delle *familiae*. La cognazione era sempre fondata sulla procreazione. Si considerarono tuttavia come *cognati* anche gli adottati, finchè durasse il vincolo agnaticio (620).

La parentela si computa per linee e per gradi. Le linee si distinguono in *retta* e *trasversale*. Retta è la linea che congiunge gli ascendenti coi discendenti (*linea retta discendente*) e questi con quelli (*linea retta ascendente*). La linea retta ascendente si distingue in materna e paterna. Trasversale è la linea che congiunge fra di loro più persone discendenti da un medesimo capostipite. Nelle diverse linee la prossimità della parentela si misura per gradi. La regola romana è che tanti sono i gradi quante le generazioni che separano un parente dall'altro (*tot gradus tot generationes*). Così il padre e il figlio sono reciprocamente parenti in

(620) Vedi GAIO, III, 10. « Vocantur autem agnati qui legitima cognatione iuncti sunt; legitima autem cognatio est ea quae per virilis sexus personas coniungitur. Itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur, nec requiritur an etiam matrem eandem habuerint. Item patrum fratris filio et invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patruales inter se, idest qui ex duobus fratribus progenerati sunt, quos plerique etiam consobrinus vocant. Qua ratione scilicet etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus ». Fr. 1, § 1, Dig. 33, 8. *Ulpianus libro quadragesimo sexto ad edictum*. « Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati, aut, ut Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint ».

Fr. 2, Dig. 38, 8. *Gaius libro sexto decimo ad edictum provinciae*. « Hac parte proconsul naturali aequitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet iure civili deficient, itaque etiam vulgo quaesiti liberi matris et mater talium liberorum, item ipsi fratres inter se ex hac parte bonorum possessionem petere possunt, quia sunt invicem sibi cognati, usque adeo, ut praegnas quoque manumissa si pepererit, et is qui natus est matri et mater ipsi et inter se quoque qui nascuntur cognati sint ». Fr. 8, Dig. eod. *Idem libro quarto decimo responsorum*. « Modestinus respondit non ideo minus ad aviae maternae bona ab intestato nepotes admitti, quod vulgo quaesiti proponuntur ».

primo grado; il padre e il nipote in secondo grado; i fratelli sono parenti in secondo grado; lo zio e il nipote in terzo grado e vai dicendo.

Dalla parentela va tenuta distinta l'affinità che è il rapporto che intercede fra un coniuge e i parenti dell'altro. L'affinità costituisce impedimento al matrimonio. Secondo il diritto romano l'affinità cessa col cessare del matrimonio sul quale è fondata.

§ 13. Dei figli legittimi ed illegittimi.

Legittimi sono, per diritto romano classico e giustiniano, i figli concepiti in legittime nozze: *pater est quem iustae nuptiae demonstrant*. Si presumono poi concepiti durante il matrimonio i figli nati non prima del 180° (182°) giorno dal momento in cui si è iniziata la vita coniugale, e non dopo il 300° giorno dal momento in cui essa ha comunque cessato (621). Il marito può tuttavia riconoscere la legittimità dei figli nati prima del 180° giorno; e viceversa può impugnare la legittimità di quelli nati dopo allegando la propria impotenza *vel alia causa* (622).

I nati più di 300 giorni dopo lo scioglimento del matrimonio, non sono mai considerati legittimi (623).

(621) Vedi fr. 12, Dig. 1, 5. *Paulus libro nono decimo responsorum*. « Septimo mense nasci perfectum partum iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, iustum filium esse ». Confronta tuttavia il fr. 3, § 12, Dig. 38, 16.

(622) Vedi fr. 6, Dig. 1, 6. *Ulpianus libro nono ad Sabinum*. « Filium eum definimus, qui ex viro et uxore eius nascitur. sed si fingamus afuisse maritum verbi gratia per decennium, reversum anniculum invenisse in domo sua, placet nobis Iuliani sententia hunc non esse mariti filium. non tamen ferendum Iulianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium agnoscere quasi non suum. sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa. vel si ea valetudine pater familias fuit ut generare non possit. hunc, qui in domo natus est, licet vicinis scientibus. filium non esse ».

(623) Vedi fr. 3, § 11, Dig. 38, 16. *Ulpianus libro quarto ad Sabinum*. « Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem ».

Il figlio legittimo segue la condizione giuridica del proprio padre ed è soggetto alla patria *potestas* del medesimo. In origine egli non aveva diritti di sorta, ma, in seguito, si ammise che dovesse essere alimentato ed educato dal padre, secondo la sua condizione.

Nel concetto romano i figli nati fuori del matrimonio sono considerati senza padre: *sine patre esse videntur*. Essi appartengono esclusivamente alla madre, in base al fatto naturale e certo della procreazione: *mater semper certa est etiam si vulgo conceperit* (fr. 5, Dig. 2, 4). Ma, la nascita fuori del matrimonio, può essere dovuta a rapporti di varia indole: può essere, e. g., il frutto di un matrimonio invalido o di un concubinato; può essere dovuta ad un rapporto del tutto transitorio, e può dipendere infine da un'unione proibita. Nella prima ipotesi parlasi di *fili naturali* in senso stretto; nella seconda di *fili vulgo concepti*; nella terza di *spurii* od *adulterini*. Queste distinzioni non esercitavano alcuna influenza sui rapporti dei figli colla madre: i diritti e i doveri dei figli naturali erano sempre gli stessi, perchè sempre la stessa era la base dei medesimi, cioè il fatto della procreazione. Ma esse acquistarono un valore quando, per la crescente importanza che era venuta acquistando la famiglia naturale, si sentì il bisogno di riconoscere il rapporto della paternità, anche indipendentemente dal matrimonio.

§ 14. La ricerca della paternità; la legittimazione.

Il diritto romano classico non solo non permetteva ai figli di ricercare il proprio padre naturale (624), ma neppure concedeva al padre di riconoscere i figli a lui nati fuori del matrimonio. Il padre poteva adottare i proprii figli naturali ma non poteva riconoscerli come tali. Fu solo

(624) In un solo caso la ricerca della paternità venne ammessa dal diritto romano e cioè a favore dei figli nati a un soldato in attività di servizio dalla sua concubina. Vedi *Papiro di Berlino* in GIRARD, *Textes*, pag. 157. *Contra*: P. MEYER, *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, N. S., vol. XVIII, pagg. 47-49 (1897).

nell'epoca postclassica che venne introdotto, dalla legislazione imperiale, l'istituto della *legittimazione*, a beneficio *dei figli naturali nati da concubinato*.

La legittimazione può, per diritto giustiniano, aver luogo in tre modi: per *subsequens matrimonium*; per *oblationem curiae*, e per *rescriptum principis*.

Per *subsequens matrimonium* possono venir legittimati i figli nati da un concubinato, mediante trasformazione del medesimo in legittimo matrimonio (625). Questo è il modo normale e al quale devesi per regola far ricorso. Solo ove tale legittimazione non sia possibile, per essere, ad esempio, morta la concubina, o per essere altrimenti impossibile o sconveniente il matrimonio con essa, e in assenza di figli legittimi, può farsi ricorso al principe affinché, a titolo di grazia, conceda la legittimazione.

In caso di morte del padre naturale, la legittimazione può venir chiesta dalla madre o dai figli, purchè il padre abbia manifestato nel suo testamento conforme volontà (626).

La legittimazione per *oblationem curiae* ha carattere singolare. Essa venne introdotta per considerazioni politiche, allo scopo di favorire le *curiae* cittadine (627), pei figli naturali iscritti dal padre loro come decurioni e per le figlie naturali date in matrimonio ad un decurione. La legittimazione per *oblationem curiae* è possibile anche quando vi siano altri figli legittimi. Ma, a differenza delle altre due forme, ha effetto solo di fronte al padre. Il legittimato acquista tutti i diritti di figlio legittimo: controverso è se egli cada, indipendentemente dall'aver acconsentito alla propria legittimazione, nella potestà del padre.

(625) Vedi c. 5, Cod. V, 27; c. 6, 10, 11, Cod. eod.; Nov. 12, c. 4; Nov. 89, c. 8.

(626) Vedi Nov. 74, c. 1, 2.

(627) Vedi c. 9, Cod. V, 27. Cfr. Nov. 89, cc. 2-6.

§ 15. *Le promesse di matrimonio* (628).

Anche in riguardo alle promesse di matrimonio conviene tenere distinto il matrimonio accompagnato da *conventio in manu* dal matrimonio *sine conventione in manu* o, come si dice, libero. La promessa di contrarre matrimonio *cum manu*, ove fosse stata fatta nella forma solenne della *sponsio*, era certamente obbligatoria, nell'antico Lazio, e probabilmente anche a Roma. E ciò non può menomamente sorprendere ove si consideri che l'elemento della *manus* aveva un vero e proprio valore patrimoniale. Altrettanto naturale è invece che si negasse la obbligatorietà degli sponsali in caso di matrimonio libero, per due ragioni: anzitutto perchè il matrimonio libero non dava originariamente luogo ad acquisto di diritti da parte del marito sulla moglie, o sui beni della medesima, ma non costituiva che un puro rapporto di convivenza; secondariamente perchè il matrimonio, per il concetto che i romani ne avevano, era un'unione destinata bensì a durare per la vita, ma per spontanea concordia dei coniugi. Poichè si ammetteva che, venendo meno l'*affectio maritalis* di uno dei coniugi, il matrimonio cessava, era ben naturale escludere la validità degli sponsali: vi è una specie di logica impossibilità di obbligarsi a fare ciò che non si è tenuti a fare che quando si voglia. Per questo motivo i giuristi romani dichiaravano nulla la promessa di matrimonio e giustificavano e rafforzavano questo concetto dicendo essere disonesto esercitare una qualsiasi coazione sul rapporto matrimoniale: *inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta* (629).

(628) Veggasi specialmente DIRKSEN, *Die Wirksamkeit der Ehegelöbnisse nach den Bestimmungen einzelner Ortsrechte im Bereich der röm. Herrschaft* (nelle Abhandlungen der K. Akademie der Wissenschaft zu Berlin, 1848, pagg. 48 e segg.).

(629) Vedi fr. 154, Dig. 45, 1. *Paulus libro quinto decimo responsorum*. «Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaius Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filiae 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

Nulle pertanto furono giudicate le *stipulationes poenae* che avessero accompagnato gli sponsali, giacchè altrimenti vi sarebbe stato il pericolo che alcuno si decidesse al matrimonio non liberamente, ma solo per evitare la pena stipulata, il che sarebbe stato contrario alla massima: *libera antiquitus matrimonia esse placuit* (630).

nobere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione, respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta. 1. Idem respondit: plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur, sic tamen, ut non ex ea repetitione inutilis efficiatur stipulatio. 2. Idem respondit, cum Septicius litteris suis praestaturum se caverit pecuniam et usuras eius semisses, quae apud Sempronium depositae sint: si inter praesentes actum est, intellegendum etiam a parte. 3. Lucii Titii praecessisse verba stipulationis. Idem respondit, quotiens pluribus specialiter pactis stipulatio una omnibus subicitur, quamvis una interrogatio et responsum unum subiciatur, tamen proinde haberi, hac si singulae species in stipulationem deductae fuissent». Confronta fr. 71, Dig. 35, 1, e 14 Cod. V, 4; c. 5, Cod. V, 1, e c. 2, Cod. VIII, 38.

(630) Vedi AULO GELLIO, N. A., IV, 4. « Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro quem (in) scripsit te dotibus « Qui uxorem, inquit, ducturus erat, ab eo unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium ductum iri; cui daturus erat itidem spondebat daturum. Is contractus stipulationum [qui 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 quam ob rem data acceptave non fuisset uxor quarebat. Si nihil iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat quantique interfuerat eum uxorem accipi, aut dari eum qui sponderat aut [ei] qui stipulatus erat condemnabat». Hoc ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus quo civitas universo Latio lege Iulia data est. Haec eadem Neratius scribit in libro quem de nuptiis composuit».

VARRONE, *Lingua latina*, VI, 70, 71. « Qui sponderat filiam, despondisse dicebatur, quod de sponte eius i. e. de voluntate exierat; non enim si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus; quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur. A quo sponte dicere respondere quoque dixerunt, quom ad spontem responderunt i. e. ad voluntatem rogationis; itaque qui ad id, quod rogatur, non dicet, non respondet, ut non spondet ille, statim qui dixit

§ 16. « *Arrae* » e « *largitiones sponsaliciae* ».
« *Osculum interveniens* ».

Nell'epoca cristiana, quanto più veniva limitata la libertà dei coniugi, e la corrispondente frequenza dei divorzi, tanto più doveva farsi sentire la tendenza a garantire la saldezza degli sponsali. Di ciò si ha una prova nel trattamento fatto alle *arrae* e alle *largitiones sponsaliciae*.

Non ci è noto come e quando abbia cominciato l'uso delle *arrae sponsaliciae*. Noi troviamo l'istituto in pieno vigore nel corso del IV secolo d. C. e possiamo supporre che sia stato imitato dal diritto ellenico. Come si sia, ad ogni modo, in proposito, se i fidanzati si erano scambiati delle *arrae* e il matrimonio non veniva conchiuso, bisognava distinguere a seconda che il matrimonio fosse andato a vuoto con o senza colpa delle parti. Se il recesso aveva avuto luogo di comune accordo, si dovevano probabilmente restituire le *arrae* da quella delle parti che le aveva ricevute, o da entrambe, ove fossero state date *hinc et inde*. Se il recesso aveva avuto luogo da una parte soltanto, bisognava vedere se vi fosse stata una *iusta causa*, e solo in assenza di tale *iusta causa*, si doveva restituire l'*arra* (631). Se poi la parte recedente era in colpa, non solo perdeva l'*arra* data, ma doveva inoltre restituire quella ricevuta,

spondeo, si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu. Itaque quis dicit in tragoedia; Meministine te despondere mihi quatuor tuam? Quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu».

(631) Vedi fr. 38 pr., Dig. 23, 2. *Paulus libro secundo sententiarum*. « Si quis officium in aliqua provincia administrat, inde oriundam vel ibi domicilium habentem uxorem ducere non potest, quamvis sponsare non prohibeatur, ita scilicet, ut, si post officium depositum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere arris tantummodo redditis quas, acceperat». Si confronti la c. 11, Cod. Theod., III, 5, e la c. 5, Cod. V. 1. e RICCOBONO (*Arrha Sponsalicia*, secondo la c. 5, Cod. *de sponsalibus*, V. 1 [Estratto dal volume in onore del prof. Pepere]), che sostiene dovute ai compilatori giustiniani le innovazioni contenute nella c. 5 cit. Il Riccobono sostiene pure che secondo la c. 11, Cod. Theod. cit. non si ammetteva alcuna causa di giusto recesso. Sarebbe stato l'imperatore Leone a introdurre la distinzione per il caso di diversità di religione (c. 16, Cod. 1, 4). E Giustiniano avrebbe estesa la distinzione interpolando appunto la c. 5, Cod. V, 1.

da prima in *quadruplum*, più tardi, e per diritto giustiniiano, in *duplum* (632).

Quanto alle *largitiones* (donativi che si facevano tra promessi sposi in vista del matrimonio) si distingueva, in origine, a seconda che fossero stati fatti a condizione che il matrimonio avesse luogo, o indipendentemente da ciò. Costantino elevò la presunzione che tutte le *largitiones sponcialiciae* avessero ad essere considerate come condizionali, e che, conseguentemente, dovessero sempre venire restituite ove il matrimonio non avesse luogo, a meno che ciò non fosse avvenuto per colpa diretta o indiretta del donante. In caso poi di morte, dell'uno o dell'altro dei fidanzati, prima della conclusione del matrimonio, invalsero i seguenti principii: in caso di morte del fidanzato la fidanzata non doveva restituire che la metà delle *largitiones* ricevute ove il fidanzamento avesse avuto luogo *osculo interveniente*: in caso di morte della fidanzata il fidanzato doveva restituirla sempre per intero (633).

§ 17. Effetti indiretti degli sponsali (634).

Le promesse di matrimonio, pur non essendo giuridicamente obbligatorie, creavano fra i fidanzati un rapporto

(632) Vedi c. 16, Cod. I, 4; c. 3, Cod. V, 1.

(633) Vedi c. 16, Cod. V, 3. *Imperator Constantinus A. ad Maximum pn. A. ad Tiberianum vicarium Hispaniarum*. « Si ab sponso rebus sponsae donatis interveniente osculo ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere praecipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctae heredes, cuiuslibet gradus sint et quocumque iure successerint, ut donatio stare pro parte media et solvi pro parte media videatur: oscuro velo non interveniente, sive sponsus sive sponsa obierit, totam infirmari donationem et donatori sponso vel heredibus eius restitui. Quod si sponsa interveniente vel non interveniente osculo donationis titulo (quod raro accidit) fuerit aliquid sponso largita et ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, omni donatione infirmata ad donationem sponsam sive eius successores donatarum rerum dominium transferatur ». *D. id. Iul. Constantinopoli Nepotiano et Facundo cons. [a. 336]*. Cfr. § 91 del *Libro di diritto Siro-romano*, ed. Bruns Saehan, pag. 25.

(634) Vedi fr. 1, Dig. 23, 1. *Florentinus libro tertio institutionum*. « Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum ». Fr. 2, Dig. eod. *Ulpianus libro singulari de sponsalibus*. « Sponsalia

per più riguardi assimilato a quello sorgente dal matrimonio. Il fidanzato poteva intentare l'*actio iniuriarum* per le ingiurie recate alla fidanzata (635); l'uccisione di questa era dalla giurisprudenza parificata all'uccisione della moglie che la *lex Pompeia* aveva considerato come *parricidium* (636); l'infedeltà venne da Settimio Severo considerata *adulterium* (637); fra fidanzati, come fra coniugi, non erano ammis-

autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras ».

Fr. 3, Dig. eod. *Florentinus libro tertio institutionum*. « unde et sponsi sponsaeque appellatio nata est ».

Fr. 4, Dig. eod. *Ulpianus libro trigesimo quinto ad Sabinum*. « Sufficient nudus consensus ad constituenda sponsalia. Denique constat et absenti absentem desponderi posse, et hoc cottidie fieri ».

Fr. 5, Dig. eod. *Pomponius libro sexto decimo ad Sabinum*. « haec ita, si scientibus his qui absint sponsalia fiant aut si postea ratum habuerint ».

(635) Fr. 15, § 24, Dig. 47, 10. *Ulpianus libro septuagesimo septimo ad edictum*. « Sponsum quoque ad iniuriarum actionem admittendum puto: etenim spectat ad contumeliam eius iniuria, quaecumque sponsae eius fiat ».

(636) Fr. 3, Dig. 48, 9. *Marcianus libro quarto decimo institutionum*. « Sed sciendum est lege Pompeia de consobrina comprehendi, sed non etiam eos pariter complecti, qui pari propioreve gradu sunt. sed et novercae et sponsae personae omissae sunt, sententia tamen legis continentur ».

(637) Fr. 13, §§ 3-8, Dig. 48, 5. *Ulpianus libro secundo de adulteriis*. « Severus et Antoninus rescripserunt etiam in sponsa hoc idem vindicandum, quia neque matrimonium quaecumque nec spem matrimonii violare permittitur. Sed et si ea sit mulier, cum qua incestum commissum est, vel ea, quae, quamvis uxoris animo haberetur, uxor tamen esse non potest, dicendum est iure mariti accusare eam non posse, iure extranei posse. Iudex adulterii ante oculos habere debet et *inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit: periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque communicare*. Si quis uxorem suam velit accusare dicatque eam adulterium commisisse antequam sibi nuberet, iure viri accusationem instituire non poterit, quia non, cum ei nupta est, adulterium commisit. quod et in concubina dici potest, quam uxorem quis postea habuit, vel in filia familias, cuius coniunctioni pater postea concessit. Si quis plane uxorem suam, cum apud hostes esset, adulterium commisisse arguat, benignius dicetur posse eum accusare iure viri: sed ita demum adul-

sibili azioni infamanti; il fidanzato non era tenuto a rendere testimonianza contro il padre della fidanzata e veniva colpito d'*infamia* se contraeva nuovi sponsali senza aver prima disciolto i precedenti (638).

§ 18. *Del concubinato* (639).

In origine tutte le unioni sessuali estramatrimoniali erano riprovate e punite, anche quando non rivestissero carattere criminoso (adulterio, incesto, ecc.). Ma in seguito si fece distinzione fra relazioni transitorie con donne di mal affare (*pellices*), e relazioni più o meno stabili con donne amiche o *concubinae*, e, già verso la fine della repubblica, il concubinato era entrato negli usi sociali e vi aveva acquistato una grande diffusione. Le cause di questo fenomeno furono molteplici. Vi influirono la impossibilità in cui il cittadino romano si trovava di contrarre giuste nozze con donne peregrine, le distinzioni di classi sociali per cui male si tolleravano le unioni disuguali, e, più di tutto poi, la corruzione dei costumi e l'avversione ognor crescente

terium maritus vindicabit, si vim hostium passa non est: ceterum quae vim patitur, non est in ea causa, ut adulterii vel stupri damnetur. Si minor duodecim annis in domum deducta adulterium commiserit, mox apud eum aetatem excesserit coeperitque esse uxor, non poterit iure viri accusari ex eo adulterio, quod ante aetatem nupta commisit, sed vel quasi sponsa poterit accusari ex rescripto divi Severi, quod supra relatum est ».

(638) Fr. 1, Dig. 3, 2. Vedi fr. 13, §§ 1-4, Dig. *h. t. Ulpianus libro sexto ad edictum*. « Si quis alieno nomine bina sponsalia constituerit, non notatur, nisi eius nomine constituat, quem quamve in potestate haberet: certe qui filium vel filiam constituere patitur, quodammodo ipse videtur constituisset. Quod ait praetor 'eodem tempore', non initium sponsaliorum eodem tempore factum accipiendum est, sed si in idem tempus concurrant. Item si alteri sponsa, alteri nupta sit, ex sententia edicti punitur. Cum autem factum notetur, etiamsi cum ea quis nuptias vel sponsalia constituat, quam uxorem ducere vel non potest vel fas non est, erit notatus ».

(639) Vedi GIDE, *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine en droit romain*, 1888. — MEYER, *Der römische Concubinatus nach den Rechtsquellen*, ecc., 1895; a proposito di questo libro vedi COSTA, *Il concubinato in Roma* (nel *Bullettino dell'Istituto romano*, annata XI, fasc. 6).

verso l'istituzione matrimoniale. Augusto, pur aspirando a riformare i costumi ed a ricostituire la famiglia romana sulle sue antiche basi, non osò, o almeno non ritenne proficuo, combattere il concubinato; egli anzi gli diede indiretto riconoscimento giuridico, in quanto mentre comminava con la sua *lex de adulteriis* delle pene contro lo *stuprum* (unione sessuale con una donna onorata), eccettuava da tali pene il concubinato (640).

In tal modo il concubinato, sebbene non fosse positivamente riconosciuto, venne tuttavia (data la sua grande diffusione e la funzione sociale che aveva), a prendere posto accanto al matrimonio, mutuando da questo alcune importanti regole. Si ammise infatti che la concubina fosse passibile delle pene dell'adulterio al pari della moglie; che la parentela fosse impedimento al concubinato come lo era per il matrimonio; e che non fosse lecito tenere più concubine, o una concubina e una moglie, allo stesso modo che non era lecito tenere ad un tempo più mogli; in una parola si considerò il concubinato come una unione stabile fra uomo e donna, che solo per dignità e decoro cedeva di fronte alla vera unione matrimoniale (641).

In pratica, poteva qualche volta essere difficile distinguere il concubinato dal matrimonio. La precedente conclusione di sponsali, la costituzione di una dote, la redazione di un atto scritto, erano gli elementi principali che servivano a risolvere il dubbio. In mancanza di tali elementi avevasi poi riguardo alla qualità delle persone. L'unione del patrono colla sua liberta era originariamente considerata come concubinato. Dopo che la *lex Iulia* ebbe permessi i matrimoni colle liberte a tutti, fuorchè ai senatori e ai figli loro, la presunzione venne, in certo modo invertita. A maggior ragione presumevasi essere matrimonio, anzichè concubinato, l'unione con una donna ingenua. Chi voleva con-

(640) Vedi fr. 3, § 1, Dig. 25, 7 e fr. 35, Dig. 48, 5.

(641) Vedi fr. 4, Dig. 25, 7. *Paulus libro nono responsorum*. « *Concubina ex sola animi destinatione aestimari oportet* ». PAOLO, II, 20, § 1. « *Concubina igitur ab uxore solo dilectu separatur* ». E confronta fr. 56, Dig. 23, 2; fr. 1, § 3, Dig. 25, 7. PAOLO, *R. S.*, II, 20.

trarre un semplice concubinato con una donna ingenua, doveva farne espressa dichiarazione (642).

Il concubinato non costituiva sufficiente substrato per la costituzione di dote, nè ad esso era applicabile il divieto delle donazioni fra coniugi (643).

§ 19. Del « contubernium ».

La convivenza matrimoniale di donne libere con schiavi, o di schiavi fra di loro, non era considerata *matrimonium*. Era una semplice coabitazione, o *contubernium*. Tuttavia anche a tali unioni si applicavano, in linea di fatto, idee e regole proprie del matrimonio (644).

§ 20. Le seconde nozze (645).

Noi abbiamo visto che i romani consideravano l'unione matrimoniale come idealmente destinata a durare per tutta

(642) Vedi fr. 3, Dig. 25, 7. *Marcianus libro duodecimo institutionum*. « In concubinato 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 concubinato habere maluerit, sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur. sed necesse est ei vel uxorem eam habere vel hoc recusantem stuprum cum ea committere: 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 ».

(643) Vedi fr. 31, Dig. 39, 5. *Papinianus libro duodecimo responsorum*. « Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit nec, si matrimonium inter eosdem postea fuerit contractum ad irritum recidere quod ante iure valuit. an autem maritalis honor et affectio pridem praecesserit personis comparatis vitae coniunctione consideratu perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium ». Cfr. fr. 5, Dig. 39, 5; fr. 58 pr. e § 1, Dig. 24, 1.

(644) Frequentissimi erano, naturalmente, i *contubernia*. Vedi COLU-MELLA, I, 8. *Quali cumque vilico contubernalis mulier adsignanda est*. Cfr. PLUTARCO, *Catone maggiore* (?), 21 e vedi PAOLO, *R. S.*, II, 19, 6. « *Inter servos et liberos matrimonium contrahi non potest contubernium potest* »; e fr. 4, § 3, Dig. 2, 4; fr. 14, §§ 2-3, Dig. 23, 2; *Inst.*, III, 6, 10, c. 3, Cod. V, 3, Nov. 18, c. 11.

(645) Conviene qui ricordare che già *ab antiquo* era fatto divieto alla vedova di passare a seconde nozze prima che fosse trascorso il

la vita, ma che cionullameno, anzi per ciò stesso, ritenevano doversi il matrimonio poter sciogliere liberamente, ogniquale volta non fosse più sentito dall'uno o dall'altro dei coniugi. Questa apparente contraddizione si ha anche in tema di seconde nozze, le quali da una parte erano socialmente riprovate, specialmente da parte di donna, dall'altra però non erano proibite, anzi dalle leggi matrimoniali di Augusto vennero consigliate e imposte, quasi a compenso dei frequentissimi divorzi (646).

Il cristianesimo come fu intento a trasformare e sostituire la concezione pagana del matrimonio, così anche combattè le disposizioni di Augusto relative alle seconde nozze, in omaggio alla castità dei costumi, e a difesa dei figli di primo letto. Da questa tendenza è animata la legislazione degli imperatori cristiani relativa alle cosiddette pene del *parens binubus* (647) fra le quali ricorderemo le due fondamentali ancora in vigore nel diritto giustiniano: 1° il *parens binubus* perde a favore dei figli di primo letto la proprietà dei *lucra nuptialia*, conservando sui medesimi un semplice diritto di usufrutto (648); 2° egli non può disporre, per atto fra vivi o *mortis causa*, a favore del nuovo coniuge, di una parte dei suoi beni maggiore di quella attribuita al meno favorito dei figli di primo letto (649).

periodo del lutto (*tempus lugendi*) che era originariamente di 10 mesi. Questo divieto era sanzionato da pene che variarono nel corso del tempo (sacrifici in antico, *infamia* secondo l'editto pretorio): esso venne in seguito interpretato in base allo scopo suo principale che era di evitare la confusione della prole (*turbatio sanguinis*).

(646) Vedi ULPIANO, XIV, 1. « *Feminis lex Iulia a morte viri anni tribuit vacationem, a divortio sex mensium, lex autem Papia a morte viri biennii, a repudio anno et sex mensium* ».

(647) Vedi in proposito SCHUPFER, op. cit., 1.

(648) Vedi c. 3, Cod. V, 9 e cfr. Nov. 22, cap. 21-26.

(649) Vedi c. 6 e 10, Cod. V, 9 e Nov. 22. Per maggiori particolari vedi VANGEROW, *Pandekten*, § 227.

CAPITOLO II.

Del divorzio.

Sommario: § 1. « Repudium » e « divortium ». — § 2. Concetto del divorzio. Sue formalità. — § 3. I limiti posti alla libertà dei divorzi da Augusto a Giustiniano. — § 4. Dei figli nati prima e dopo il divorzio.

§ 1. *Repudium e divortium.*

Il matrimonio romano veniva meno solo per morte di uno dei coniugi o per la sua prigionia di guerra (650), ma

(650) Vedi fr. 12, § 4, Dig. 49, 15. *Tryphoninus libro quarto disputationum*. « Sed captivi uxor tametsi maxime velit et in domo eius sit non tamen in matrimonio est ». Cfr. fr. 25, eod., ove trovasi confermato il medesimo principio e specialmente il fr. 14, § 1, Dig. 49, 15. *Pomponius libro tertio ad Sabinum*. « Non ut pater filium, ita uxorem maritum iure postliminis recipit: sed consensu redintegratur matrimonium ». Argomentasi pure a contrariis sul fr. 45, § 6, Dig. 23, 2. Ora in aperta contraddizione con questo testo è il fr. 6, Dig. 24, 2. *Iulianus libro sexagesimo secundo digestorum*. Uxores eorum, qui in hostium potestate pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retinere eo solo, quod alii temere nubere non possunt. et generaliter definiendum est, donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam 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 ». Ma questo frammento è certamente interpolato in base alle c. 7, Cod. V, 17 da Costantino (cfr. anche Nov. 22, c. 10, e Nov. 117, c. 11). Conviene quindi concludere che la prigionia di guerra scioglieva *ipso iure* il matrimonio, nell'epoca classica, mentre a partire da Costantino venne considerata piuttosto come causa di *repudium*, dopo un certo tempo però, ed esperite certe pratiche. Confronta BRINI, op. cit. III, 246 e segg. Alla prigionia di guerra erano equiparate le altre cause di servitù: fr. 1, Dig. 24, 2; fr. 32, § 6, Dig. 24, 1; c. 24, Cod. V, 16 e Nov. 22, c. 8.

anche, e massimamente, per ripudio e divorzio. Il *repudium* era l'atto col quale il marito, che aveva la moglie *in manu*, scioglieva di sua autorità il rapporto matrimoniale con essa contratto. Da non confondersi col *repudium* e la *diffarreatio* e la *remancipatio*. Questi erano modi di estinzione delle *manus* che tenevano dietro all'atto di *repudium*, ma che non vanno con esso confusi. Poteva concepirsi *repudium*, e corrispondente scioglimento del rapporto matrimoniale, senza che venisse meno la *manus*; come, per contro, poteva aversi *conventio in manu* senza matrimonio. Senonchè, mentre quest'ultima combinazione ci è storicamente attestata — e veniva e. g. adibita a liberare le donne dalla tutela agnaticia (vedi retro) — di quella prima non si ha traccia alcuna nelle fonti, e va quindi indicata come una semplice possibilità logica.

Era naturale che nei *matrimonia cum manu* il divorzio avesse carattere unilaterale: la moglie *in manu* essendo suddita del marito non aveva, di fronte ad esso o al padre di lui, diritti di sorta; nè tali poteri poteva più accampare il padre suo che al marito l'aveva ceduta come *filia*, per *confarreationem* o per *coemptionem*. Ma altrimenti doveva necessariamente essere nei matrimoni *sine manu*, che lasciavano la moglie nella potestà del proprio padre, o *sui iuris*, ove il padre fosse morto o l'avesse emancipata. Qui si aveva possibilità di *divortium* da una parte e dall'altra, e cioè: o da parte del marito (o del padre nella cui potestà il marito si trovasse), o da parte della moglie *sui iuris*, o del padre nella potestà del quale essa fosse.

È dunque nei matrimoni liberi che si presenta il divorzio, e in origine, e secondo la essenza loro, senza limitazioni giuridiche.

§ 2. *Concetto del divorzio. Sue formalità (651).*

Come il matrimonio romano si differenzia e contrappone al matrimonio moderno, per essere un rapporto di

(651) Vedi BRINI, op. cit., vol. III, *Il diritto romano del divorzio*, Bologna, 1889.

fatto, mentre questo è un rapporto di diritto, il divorzio romano, per la stessa ragione, si diversifica dal divorzio moderno. Mentre cioè il divorzio moderno è un atto col quale si estingue il vincolo giuridico coniugale, il divorzio romano altro non è se non la cessazione, *di fatto*, del rapporto coniugale. Si ha *divortium* quando, avendo l'uno o l'altro, o entrambi, i coniugi perduta l'*affectio maritalis*, non si può più dire che essi convivano come marito e moglie (652).

Questo concetto naturalistico del divorzio era dai romani così profondamente sentito che essi non avvertirono, in antico, la necessità di forme giuridiche per la validità del divorzio. E tanto si spinsero oltre, in questo ordine di idee, da dubitare che un primo matrimonio potesse essere stato validamente disciolto pel solo fatto di essere uno dei coniugi passato ad altre nozze (653).

(652) Vedi fr. 2, Dig. 24, 2. *Gaius libro undecimo ad edictum provinciale*. « Divortium autem vel a diversitate mentium dictum est vel quia in diversas partes eunt, qui distrahunt matrimonium. In repudiis autem, id est renuntiatione comprobata sunt haec verba: 'tuas res tibi habeto', item haec: 'tuas res tibi agito'. In sponsalibus quoque discutiendis placuit renuntiationem intervenire oportere: in qua re haec verba probata sunt: 'condicione tua non utor'. Sive autem ipsi praesenti renuntietur sive absentibus per eum, qui in potestate eius sit cuiusve is eave in potestate sit, nihil interest ». Fr. 3, Dig. eod. *Paulus libro trigesimo quinto ad edictum*. « Divortium non est nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. itaque quidquid 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 ».

(653) In origine, per le *filiae*, occorreva e bastava che il *pater familias* non volesse più il matrimonio affinché questo cessasse. Vedi *Vaticana Fragmenta*, 116 e confronta c. 4, 5, Cod. V, 17. Più tardi questo diritto del padre venne meno *nisi magna et iusta causa interveniente hoc fecerit*. Da ultimo si ammise che il divorzio potesse avvenire anche senza il consenso dei genitori, purché non in frode e danno loro. Veggasi in proposito la c. 16, cod. V, 17.

Vedi fr. 9, Dig. 24, 2. *Paulus libro secundo de adulteriis*. « Nullum divortium ratum est nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis praeter libertum eius qui divortium faciet. libertum accipiemus etiam eum, qui a patre avo proavo et ceteris susum versum manumissus sit ».

Ma questa era un'esagerazione teorica che metteva in evidenza la necessità di dare alla materia dei divorzi un regolamento formale, per cui fosse possibile determinare con certezza il momento in cui il matrimonio aveva cessato. A ciò provvide Augusto, stabilendo che il coniuge che voleva divorziare avesse a manifestare tale sua volontà in una determinata forma e alla presenza di sette testimoni e di un suo liberto (654), senza di che si riteneva che il vincolo matrimoniale perdurasse (655).

§ 3. I limiti posti alla libertà dei divorzi da Augusto a Giustiniano (656).

La libertà di divorzio era considerata dagli statisti romani come una valvola di sicurezza del rapporto coniugale per la quale si perveniva a tenere alto il concetto della istituzione familiare colla pronta eliminazione dei matrimoni male assortiti. In questo senso potevasi dire che *matrimonia antiquitus libera esse placuit*, perchè nella libertà era la migliore garanzia della purezza del rapporto. Ma gli è evidente che una tale concezione poteva, in pratica, far buona prova ad una sola condizione: che cioè i costumi fossero severi, e che al divorzio non si facesse ricorso che per seri motivi. Questa condizione del retto funzionamento dell'istituto cominciò a mancare di buon'ora. La tradizione narra che nel 523, un certo Spurio Carvilio Ruga fece divorzio senza addurre un serio motivo, e che tale fatto venne, allora, gravemente censurato. Ma la censura non tolse che esso si ripetesse, in seguito, con frequenza sempre più impressionante, e, già sulla fine della

(654) Vedi BRINI, op. cit., vol. I, pagg. 65 e segg.

(655) In origine il matrimonio persisteva con tutti i suoi effetti se non si era osservata la forma; ma in seguito si ammisero equipollenti, e si ritenne che anche un divorzio non *formalmente* attestato bastasse ad escludere la *B. P. unde vir et uxor* e a fare considerare valide le *donationes inter virum et uxorem*. Cfr. per una specie di riscontro il fr. 5, Dig. 24, 1.

(656) Vedi WÄCHTER, *Ueber Ehescheidungen bei den Römern*, Stuttgart, 1882. — SCHUPFER, op. cit., I, pagg. 177 e segg. — BRINI, op. cit., vol. II e III.

repubblica, i divorzi capricciosi erano innumerevoli, ed esercitavano una influenza ruinoso sulla moralità familiare (657).

È in questa epoca pertanto che prende inizio un movimento dell'opinione pubblica e della legislazione contro gli abusi del divorzio. Già abbiamo accennato alla riforma di Augusto relativamente alla forma del divorzio. Un'altra importante remora contro i divorzi capricciosi, consistette nell'imporre al marito che avesse divorziato senza giusta causa l'obbligo di restituire la dote, e nell'accordargli il diritto di trattenerne una parte nel caso in cui, senza giusta causa, avesse da lui divorziato la moglie (*retentiones dotales*). Ma la reazione contro il divorzio, come tale, è opera degli imperatori cristiani (658). A partire da Costantino, si cominciò a distinguere fra divorzi fondati sopra una *iusta causa* e divorzi *sine iusta causa*: quelli erano permessi, questi venivano puniti con pene varie, a seconda dei casi, che vennero più volte cambiate e ricambiate (659).

(657) Lo SCHUPFER, op. cit. I, pagg. 163 e segg. raccoglie ed espone in un quadro impressionante molti dati relativi agli abusi di divorzio a Roma. Eccone un breve saggio: «Plutarco dice eziandio che Cicerone aveva ripudiato Terenzia sua prima moglie per sposare una giovane assai ricca e pagare i molti debiti, che avea, colle sue facoltà. Poi rimandò anche questa, perchè non aveva pianto abbastanza la morte della figlia Tullia. Silla ebbe cinque mogli e si è separato più volte per futili pretesti. Cesare ripudiò Cossutia per sposare Cornelia figlia di Cinna; poi sposò Pompeia e la ripudiò per semplice sospetto di adulterio. Pompeo rimandò Antistia per sposare Emilia, figliastra di Silla che prima dovette venire separata dal marito, ed era incinta, poi ripudiò Mucia e sposò Giulia, e lo stesso hanno fatto M. Bruto, Antonio, ecc.». Le condizioni non migliorarono, del resto, nell'epoca cristiana; il vescovo d'Amasia afferma infatti che ai suoi tempi (30 o 40 anni prima di Giustiniano) le donne cambiavano di marito come di abiti, e che si rimovevano i letti nuziali come i banchi del mercato!

(658) Vedi c. 8 pr. e § 1, Cod. V, 17. *Imp. Theodosius et Valentinianus A. A. Horpnisde: «Consensu licita, matrimonia posse contrahi, contracta non nisi misso repudio solvi praecipimus, solutionem etenim matrimonii difficiliorem debere esse favor imperat liberorum. Causas autem repudii hac saluberrima lege apertius designamus, sicut enim sine iusta causa dissolvi matrimonia iusto limite prohibemus, ita adversa necessitate pressum vel pressam, quamvis infausto, attamen necessario auxilio cupimus liberari»* [a. 449].

(659) Le leggi di Giustiniano relative al divorzio sono le cc. 10-12, Cod. V, 17 e le Novelle 22, 117, 127 e 134.

Ma quello che più importa notare si è che tutte queste leggi, pur colpendo i divorzi *sine iusta causa* con pene talvolta gravissime, non osarono mai dichiararli inefficaci. Erano delle *leges minus quam perfectae*. Chi aveva ingiustamente divorziato subiva la pena, ma era libero, e poteva contrarre altre nozze. E, oltre a ciò, restava pur sempre salvo il principio della liceità del divorzio *communi consensu*.

Non può dunque dirsi che gli imperatori cristiani mirassero direttamente a trasformare il concetto originario del matrimonio romano. La spontaneità era sempre considerata come essenziale al rapporto coniugale. Solo Giustiniano, sulla fine del suo regno, tentò innovare, in questo punto, proibendo il divorzio *communi consensu*: ma la relativa riforma provocò tale reazione che Giustino II si vide, pochi anni dopo, costretto a revocarla, e molti secoli ancora dovettero passare prima che al concetto pagano si sostituisse quello cristiano, e che il matrimonio venisse proclamato un vincolo indissolubile.

§ 4. Dei figli nati prima e dopo il divorzio.

Il divorzio faceva cessare il rapporto coniugale, ma non mutava la condizione giuridica dei figli da esso già nati, i quali restavano nella potestà del loro padre e conservavano, sia contro di lui che contro la madre, i rispettivi diritti successori. Ma a dubbi e incertezze poteva dar luogo la nascita di figli, dopo lo scioglimento del matrimonio, specialmente nel caso in cui la moglie divorziata fosse passata (come ben poteva per tutta l'epoca classica) a nuove nozze, senza attendere che fossero trascorsi 300 giorni dallo scioglimento del precedente matrimonio. A togliere questi dubbi, e ad assicurare, per quanto possibile, l'attribuzione dei figli nati dopo il divorzio al vero loro padre, provvide il senatoconsulto Planciano (sotto Adriano?: vedi fr. 3, § 1, Dig. 25, 3) prescrivendo che la moglie divorziata, che si credeva incinta, dovesse denunciare, tale sua opinione, entro trenta giorni dal divorzio, affinchè il marito, dal quale aveva divorziato, potesse esercitare un controllo durante il

periodo della gestazione ed evitare la possibilità di una supposizione di parto. A questo provvedimento altri ne fanno riscontro introdotti ad evitare la soppressione del parto. Secondo un rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero il marito divorziato che ritenesse essere la moglie incinta di lui, poteva farne constatare la gravidanza, ed esercitare una sorveglianza sulla gestazione e sul parto (660). Più tardi

(660) Vedi fr. 1, pr., 7, Dig. 25, 3. *Ulpianus libro trigesimo quarto ad edictum.* « Senatus consultum, quod factum est de liberis agnoscendis, duas species complectitur, unam eorum qui agnoscunt, aliam earum quae falsum partum subiciunt. 1. Permittit igitur mulieri parentive in cuius potestate est vel ei cui mandatum ab eis est, si se putet praegnatem, denunciare intra dies triginta post divortium connumerandos ipsi marito vel parenti in cuius potestate est, aut domum denunciare, si nullius eorum copiam habeat. 2. Domum accipere debemus hospitium, si in civitate maneat: quod si non sit, sed in villa vel in municipio, illic ubi larem matrimonio collocarent. 3. Denunciare autem hoc tantum esse mulierem ex eo praegnantem, non ergo haec denuntiat, ut mittat custodes maritus: *sufficit enim mulieri hoc notum facere, quod sit praegnas, mariti est iam aut mittere custodes aut ei denunciare, quod non sit ex se praegnas*: hoc autem vel ipsi marito vel alii nomine eius facere permittitur. 4. Poena autem mariti ea est, ut, nisi aut custodes praemiserit aut contra denunciaverit non esse ex se praegnatem, cogatur maritus partum agnoscere: et, si non agnoverit, extra ordinem coercetur. debet igitur respondere non esse ex se praegnatem aut nomine eius responderi: *quod si factum fuerit, non alias necesse habebit agnoscere, nisi vere filius fuerit.* 5. Illud notandum est, quod denuntiatio a marito non incipit, sed a muliere. 6. Sed si maritus ultro custodes offerat et ea non admittat, vel si non denunciaverit mulier, aut si denunciaverit quidem, custodes autem arbitrio iudicis non admiserit, *liberum est marito parentive eius partum non agnoscere* ».

Vedi fr. 1 pr., Dig. 25, 4. *Ulpianus libro vicesimo quarto ad edictum.* « Temporibus divorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnatem mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano praetori urbano rescripserunt in haec verba: 'Novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat et se non esse praegnatem profiteatur, custodem apponat, et ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. igitur si persistat in eadem postulatione, commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua Domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem

gli imperatori cristiani estesero al caso di divorzio l'obbligo di evitare ulteriori nozze prima che fosse trascorso un anno dallo scioglimento del precedente matrimonio (661).

' admittat atque si ipsa hoc desiderasset: quod si enixa non fuerit, sciat maritus ad invidiam existimationemque suam pertinere, ut non immerito possit videri captasse hoc ad aliquam mulieris iniuriam. si autem vel omnes vel plures non esse gravidam renuntiaverint, nulla causa custodiendi erit' ».

(661) Vedi c. 8, 46, Cod. V, 17 e c. 2, Cod. V, 9.

CAPITOLO III.

Dei rapporti patrimoniali fra coniugi.

Sommario: § 1. Dei vari regimi patrimoniali fra coniugi. — § 2. Della dote. — § 3. Chi poteva e chi doveva costituire la dote. — § 4. Come si costituiva la dote. — § 5. La dote durante il matrimonio. — § 6. Della restituzione della dote nel diritto classico. — § 7. Delle « retentiones propter liberos » e « propter mores ». — § 8. Della restituzione della dote nel diritto giustiniano. — § 9. Della « donatio propter nuptias ».

§ 1. Dei vari regimi patrimoniali fra coniugi.

Tre sono i regimi patrimoniali fra coniugi, riconosciuti e regolati dal diritto romano: 1° regime del completo assorbimento del patrimonio della moglie nel patrimonio del marito; 2° regime della completa separazione del patrimonio della moglie da quello del marito; 3° regime dotale.

Il primo di questi tre regimi era una necessaria conseguenza della *conventio in manum*, che, in origine, accompagnava costantemente l'unione matrimoniale. In seguito alla *conventio in manum* la moglie passava nella potestà del marito *filiae loco*, e se era *sui iuris*, il marito ne acquistava anche, per *universitatem*, l'intero patrimonio (662). Se poi la moglie che conveniva *in manum mariti*, era *alieni iuris*, allora, nulla avendo di suo, nulla, per regola, portava al marito. Poteva tuttavia il padre suo assegnarle una parte del suo patrimonio, a titolo di compensazione per la perdita dei diritti di successione alla quale essa andava incontro uscendo dalla famiglia paterna per entrare in quella del marito. Questo assegno veniva acquistato dal marito il quale, se era *sui iuris*, ne diventava proprietario; se era *alieni iuris* lo acquistava a titolo di *peculium* dal padre o dall'avo nella cui potestà si trovava.

(662) Se il marito era *alieni iuris*, la moglie cadeva nella potestà del padre di lui, al quale si acquistava altresì di diritto il suo patrimonio: ma il figlio (marito) lo amministrava di fatto come *peculium*.

Era naturale che tutti i beni venissero raccolti nella mano di colui che era il signore della famiglia, e aveva *ius vitae ac mortis* su tutti i componenti della medesima. Ma la rigidità del principio giuridico era, fin dalle origini, temperata dal costume che obbligava il marito ad usare del patrimonio acquistato colla moglie, nell'interesse della famiglia, e che attribuiva alla moglie *in manu* la dignità di *mater familias*, onde Cicerone poteva, con frase incisiva, dire che: *cum mulier in manum mariti convenit, omnia quae mulieris fuerunt viri fiunt dotis nomine* (Top., IV, 23). D'altra parte poi la moglie aveva, nella sua stessa posizione di soggetta, *filiae loco*, al marito, una garanzia di riacquisto di tutti, o almeno di una parte dei suoi beni, nel caso che il marito stesso venisse a morte. Poichè in tal caso essa gli succedeva *ab intestato* e appunto come figlia (663).

Il regime della separazione dei beni era un naturale corollario del c. d. matrimonio libero. Dal momento che questo matrimonio lasciava la moglie nella sua famiglia d'origine, o non la faceva entrare, qualora fosse *sui iuris*, in quella del marito, era ben naturale che non operasse, per sè stesso, alcun cambiamento nella situazione patrimoniale dei coniugi. Questi restavano, l'uno di fronte all'altro, in una posizione di completa ed assoluta indipendenza economica, non conoscendo il diritto romano nulla di simile a quello che è l'attuale nostro sistema dell'autorizzazione maritale.

Il regime della separazione dei beni venne peraltro corretto e temperato dall'istituzione della dote, che finì per

(663) Vedi GAIÒ, II, 98. « Si cui heredes facti sumus, sive cuius bonorum possessionem petierimus, sive cuius bona emerimus, sive quem adoptaverimus, sive quam in manum ut uxorem receperimus. eius res ad nos transeunt ». GAIÒ, II, 83. « Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit, mulierve in manum convenit, omnes eius res incorporales et corporales quaeque ei debitae sunt, patri adoptivo *coemptionatorive* *adquiruntur*, exceptis his quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio *libertinorum* quae per iusiurandum contracta est, et *litis contestatae* legitimo iudicio ». Cfr. GAIÒ, II, 86, 90.

essere, di fatto, il regime normale, e che venne accuratamente elaborata dalla giurisprudenza e dalla legislazione romana.

§ 2. Della dote (664).

Per dote, *dos*, i romani intendevano i beni che la moglie, o altri per lei, apportava al marito come suo contributo per sopperire alle spese della vita coniugale: *ad onera matrimonii sustinenda* (665). Le origini della dote sono piuttosto oscure: alcuni scrittori la considerano come una specie di adattamento del regime matrimoniale in vigore pei matrimoni *cum manu*, a quelli *sine manu*: altri invece pensano che sorgesse, come istituzione indipendente, pei matrimoni liberi.

Come si sia in proposito, certo è che la dote venne presto considerata come indispensabile in ogni unione matrimoniale; che, poco a poco, si formò la convinzione che i genitori, o gli ascendenti, dovessero dotare le figlie; e che le unioni matrimoniali, senza dote, furono socialmente considerate più simili al concubinato che a vere giuste nozze, per la niuna autorità che in esse acquistava la moglie (666).

(664) Vedi BECHMANN, *Das römische Dotalrecht*, Berlino, 1863-1867. — CZYHLARZ, *Das römische Dotalrecht*, 1870. — RAFFAELLO D'ANCONA, *Il concetto della dote nel diritto romano*, Firenze, 1889. — PETRONI, *Funzione della dote romana*, 1897.

(665) Vedi fr. 56, § 1, Dig. 23, 3. *Paulus libro sexto Plautium*. « Ibi dos esse debet ubi onera matrimonii sunt ».

Fr. 16, Dig. 49, 17. *Papinianus libro nono decimo responsorum*. « Dotem filio familias datam vel promissam in peculio castrensi non esse respondi. nec ea res contraria videbitur ei, quod divi Hadriani temporibus filium familias militem uxori heredem extitisse placuit et hereditatem in castrene peculium habuisse, nam hereditas adventicio iure quaeritur, dos autem matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus, qui sunt in avi familia, confertur ».

Cfr. fr. 11, Dig. 23, 4; fr. 46, Dig. 10, 2; fr. 45, § 16, Dig. 17, 2; c. 20, Cod. V, 12.

(666) Veggasi in proposito i passi di autori latini raccolti da SCHUPFER, op. cit., I, pagg. 293 e segg.

Se però era consuetudine, universalmente seguita, che alla donna che passava a nozze fosse costituita una dote, non necessariamente tuttavia doveva essa, ove fosse *sui iuris*, costituirsi in dote tutti i beni di cui disponeva, o che poteva in seguito acquistare. Di qui la distinzione fra beni dotali e beni estradotali o parafernali. Mentre i beni dotali passavano al marito che, in origine, ne poteva disporre a suo talento e non era obbligato a restituirli, i beni estradotali restarono sempre di esclusivo dominio, e a piena disposizione della moglie (667).

§ 3. Chi poteva e chi doveva costituire la dote.

Generalmente era il padre, o l'avo, nella potestà del quale la donna si trovava al momento della conclusione del matrimonio, che provvedevano a costituirle una dote. E, in tal caso, si diceva che la dote stessa era *profecticia*. Ma se la donna era *sui iuris* poteva anche provvedere da sè, costituendosi in dote una parte, o anche l'intero suo

(667) Vedi fr. 9, § 3, Dig. 23, 3. *Ulpianus libro trigesimo primo ad Sabinum*. « Ceterum si res dentur in ea, quae Graeci παράφερνα dicunt quaeque Galli peculium appellant, videamus, an statim efficiuntur mariti. et putem, si sic dentur ut fiant, effici mariti, et cum distractum fuerit matrimonium, non vindicari oportet, sed condici, nec dotis actione peti, ut divus Marcus et imperator noster cum patre rescripserunt. plane si rerum libellus marito detur, ut Romae vulgo fieri videmus (nam mulier res, quas solet in usu habere in domo mariti neque in dotem dat, in libellum solet conferre eumque libellum marito offerre, ut is subscribat, quasi res acceperit, et velut chirographum eius uxor retinet res quae libello continentur in domum eius se intulisse): hae igitur res an mariti fiant, videamus. et non puto, non quod non ei traduntur (quid enim interest, inferantur volente eo in domum eius an ei tradantur?), sed quia non puto hoc agi inter virum et uxorem, ut dominium ad eum transferatur, sed magis ut certum sit in domum eius illata, ne, si quandoque separatio fiat, negetur: et plerumque custodiam earum maritus repromittit, nisi mulieri commissae sint. videbimus harum rerum nomine, si non reddantur, utrum rerum amotarum an depositi an mandati mulier agere possit. et si custodia marito committitur, depositi vel mandati agi poterit: si minus, agetur rerum amotarum, si animo amoventis maritus eas retineat aut, ad exhibendum, si non amovere eas conatus est ». Cfr. fr. 95, Dig. 35, 2.

patrimonio. Infine la dote poteva venire costituita da un terzo estraneo, nel qual caso, come nel precedente, era detta *adventicia* (668). In tutti questi casi poi, avvenendo la costituzione della dote per spontanea decisione del costituente, la *dos* era detta *voluntaria*, in contrapposto a quei casi nei quali la costituzione di dote era *necessaria*, cioè *dovuta per legge*.

In riguardo all'obbligo di dotare, conviene però distinguere due periodi. In un primo periodo tale obbligo non aveva che un fondamento sociale o morale. Era allora questione di dignità familiare costituire una dote alle figlie, affinché non avessero a sentirsi umiliate nella casa del marito. Ma, in seguito, l'obbligo di dotare le figlie venne trasformato in giuridico, in base ad una costituzione di Severo e Antonino Caracalla, e ad altre disposizioni legislative alle quali accenna Giustiniano (669). Severo e Antonino imposero al padre l'obbligo di dotare la figlia: Giustiniano

(668) Vedi ULPIANO, VI, 1-3. « 1. Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur. 2. Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est, et debitor mulieris, si *iussu eius* dicat: *item* parens mulieris virilis sexus, per virilem sexum cognatione iunctus, velut pater, avus paternus. Dare promittere dotem omnes possunt. 3. Dos aut profecticia dicitur, id est quam pater mulieris dedit; aut adventicia, id est ea, quae a quovis alio data est ». Cfr. fr. 5 pr., § 4, Dig. 23, 3.

(669) Il testo fondamentale è il fr. 19, Dig. 23, 2. *Marcianus libro sexto decimo institutionum*. « Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos abent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antoninis, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare prohibere autem videtur et qui conditionem non quaerit ». Cfr. fr. 17, Dig. 14, 6.

Il fr. 6, Dig. 37, 6, parla di *debere* in senso sociale essendo anteriore alla costituzione di cui parla il fr. 19 citato. GIUSTINIANO nella c. 7, Cod. V, 11, dice: « neque enim leges incognitae sunt quibus cautum est omnimodo paternum esse officium dotes vel autem nuptias donationes pro sua dare progenies ». L'obbligo di dotare la nipote venne forse introdotto *ex novo* da GIUSTINIANO nelle c. 19, Cod. I, 5. « Liberis autem orthodoxis non existentibus ad agnationem vel cognationem eorum, orthodoxas tamen, easdem res vel successiones pervenire ». Così pure, solo da Giustiniano, venne introdotto, per certi casi, l'obbligo di dotare della madre; vedi c. 14, Cod. V, 12; c. 19, § 3, Cod. I, 5; Nov. 97, c. 5.

estese tale obbligo all'avo, per le nipoti e per le figlie, e in certi casi (per quanto sussidiariamente) anche alla madre.

§ 4. Come si costituiva la dote.

La costituzione di dote altro non era se non l'attribuzione di beni o diritti al marito, operata *ad onera matrimonii sustinenda*. Essa poteva pertanto effettuarsi in modi diversi a seconda dell'oggetto suo. Per costituire in dote una *res Mancipi* occorreva servirsi della *Mancipatio* o dell'*in iure cessio*; se si trattava invece di *res nec Mancipi* bastava la *traditio*; la costituzione di dote poteva consistere anche nella promessa di una somma di denaro (*stipulatio* e *pactum dotis*); nella remissione di un debito del marito; nella cessione di un credito che il costituente avesse verso un terzo e via dicendo. Non può quindi prendersi alla lettera ciò che insegna Ulpiano, che cioè *dos datur, dicitur aut promittitur*, ma lo si deve invece intendere con riferimento a quelli che erano i modi più frequenti ed usati di costituzione di dote (670). Una speciale menzione richiede il caso di dote stimata (*dos aestimata*) che si aveva quando, nell'atto di trasferimento di una cosa a titolo di dote, se ne stimava il valore. Questa stima aveva per effetto di rendere il marito proprietario assoluto della cosa stessa, e debitore del prezzo di stima, che solo doveva quindi essere eventualmente restituito (671).

(670) Vedi la c. 6, Cod. V, 11.

(671) Vedi ULPIANO, VI, 1-2, e confronta per la costituzione di dote mediante *acceptilatio* il fr. 43, Dig. 23, 3. *Ulpianus libro tertio disputationum*. « 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. Quotiens autem extraneus accepto fert debitori dotis constituendae causa, si quidem nuptiae insecutae non fuerint, liberatio non sequetur: nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum: tunc enim credendum est brevi manu acceptum a muliere et marito datum: ceterum mulieri per liberam personam condictio acquiri non potest. Plane secutis nuptiis mulier soluto matrimonio dotis exactionem habebit, nisi forte sic accepto tulit extraneus, ut ipse, quoquo modo solutum fuerit matrimonium, conditionem

La costituzione di dote presuppone sempre un valido matrimonio, ma può aver luogo prima o dopo la sua conclusione. La dote può, per diritto romano, venire aumentata e diminuita anche durante il matrimonio (672).

§ 5. *La dote durante il matrimonio.*

Il principio originario era che la dote fosse in proprietà del marito. Ma a questo principio si vennero man mano arrecando delle limitazioni che ne corrosero le basi preparando il trionfo di un principio opposto. La prima limitazione arrecata al dominio maritale si ebbe colla introduzione delle *cautiones rei uxoriae* e dell'*actio rei uxoriae* (vedi

habeat: tunc enim non habebit mulier actionem. secundum quae constituta dote per acceptilationem et secutis nuptiis is effectus erit dotis exactioni, ut, si quidem pura sit obligatio quae accepto lata est, non ipsa iam restituenda sit, sed solvenda dos secundum sua tempora, sin vero obligatio in diem fuit nec ante solutum matrimonium dies obligationis praeteriit, restauranda est in diem pristinum obligatio et, si debitum cum satisfactione fuerit, satisfactio renovanda est. similique modo et si condicionalis fuerit obligatio quae in dotem conversa est et pendente obligatione divortium fuerit secutum, verius obligationem sub eadem condicione restitui debere: sed si condicio exstiterit constante matrimonio, ex die divortii tempora exactionis numerantur», e per la cessione di usufrutto in dote il fr. 78 pr., Dig. 23, 2.

Per la cessione di crediti a titolo di dote, vedi c. 2, Cod. IV, 10. *Inpp. Valerianus et Gallienus AA. Celso.* «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». *P. P. XIII. k. Febr. Saeculari II et Donato cons.*

(672) Vedi fr. 10, §§ 5, Dig. 23, 3. *Ulpianus libro trigesimo quarto ad Sabinus.* «Sed fetus dotalium pecorum ad maritum pertinent, quia fructibus computantur, sic tamen, ut suppleri proprietatem prius oporteat et summissis in locum mortuorum capitum ex adgnatis residuum in fructum maritus habeat, quia fructus dotis ad eum pertineat». Fr. 10, § 15, Dig. eod. *Pomponius libro quarto decimo ad Sabinum.* «Quod si per eam non stetisset, perinde pretium aufert ac si tradidisset, quia quod evenit emptoris periculo est». Fr. 11, Dig. 23, 5. *Africanus libro octavo quaestionum.* «Quod si fundus in dotem aestimatus datus sit, ut electio esset mulieris, negavit alienari fundum posse: quod si arbitrio mariti sit, contra esse».

oltre il § 6). Tendendo ad assicurare la restituzione della dote, le *cautiones* e l'*actio rei uxoriae* imponevano al marito l'obbligo di usare in riguardo alla medesima una certa diligenza (vedi retro pag. 99). Un passo più decisivo venne fatto da Augusto colla *lex Iulia de fundo dotali* (673). Questa legge proibì l'alienazione del fondo dotale nei casi nei quali il marito fosse tenuto a restituirlo (674). Solo il consenso della moglie poteva convalidare l'alienazione compiuta dal marito, il quale dunque era bensì proprietario, ma privo di uno dei fondamentali attributi della proprietà, che consiste appunto nel potere alienare. La *lex Iulia* considerava solo i fondi italici. Gaio ci dice che, ai suoi tempi, dubitavasi se essa fosse applicabile anche ai fondi provinciali; certo non lo era a tutte le altre cose che potevano venir date in dote. Il dubbio cui allude Gaio venne meno prima che Giustiniano parificasse i fondi italici a quelli provinciali. Giustiniano stabilì inoltre che il fondo dotale non potesse venire alienato *neppure col consenso della moglie*, trasformando, in tal modo, l'inalienabilità — che originariamente era a garanzia dei diritti della moglie sulla propria dote — in una garanzia del matrimonio (675). Pei mobili, e per i fondi costituiti in dote con *aestimatio*, rimasero in vigore, anche per diritto giustiniano, i principii del diritto classico.

Date tutte queste limitazioni, e le riforme introdotte da Giustiniano relativamente all'obbligo di restituire la dote, e alle relative garanzie (vedi § 7), si comprende come abbia potuto sorgere grave controversia fra gli interpreti del

(673) Vedi *Vaticana Fragmenta*, 110; PAOLO, *R. S.*, 21 b, 2. «Lege Iulia de adulterius cavetur, ne dotalis praedium maritus invita uxore alienet».

(674) Vedi fr. 3, § 1, Dig. 23, 5. *Paulus libro trigesimo sexto ad edictum.* «Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit. aut omnimodo competitura est».

(675) Vedi *Inst.*, II, 8; c. 1, § 15 b, Cod. V, 13. «Sed ne ex consensu mulieris hypothecae eius minuantur, necessarium est et in hac parte mulieribus subvenire hoc tantummodo addito, ut fundum dotalem non solum hypothecae titulo dare nec consentiente muliere maritus possit, sed nec alienare, ne fragilitate naturae suae in repentinam deducatur inopiam».

diritto giustiniano, circa il determinare chi sia il vero proprietario della dote durante il matrimonio. Noi riteniamo che tale sia, anche per diritto giustiniano, il marito; ma conviene riconoscere che la sua proprietà riposa ormai su basi fragilissime. Il trapasso decisivo della concezione originaria a quella odierna, che attribuisce la proprietà della dote alla moglie, riservando al marito un diritto di usufrutto o amministrazione, venne operato dal diritto comune.

§ 6. *Della restituzione della dote nel diritto classico* (676).

In riguardo alla restituzione della dote si ebbe, nel corso della storia del diritto romano, una profonda trasformazione di idee. Il punto di partenza è dato dal principio che la dote non va restituita (677), principio che aveva il suo fondamento sull'originario modo di funzionare dell'istituto, quando il matrimonio, non solo in teoria, ma anche in pratica, era un'unione per la vita. Ma aumentando sempre più il numero dei divorzi, si rese manifesta la necessità di provvedere alla restituzione della dote, per impedire illeciti lucri da parte dei mariti, e per rendere possibile alle mogli divorziate di tentare ancora l'alea matrimoniale: *rei publicae interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt*. Aulo Gellio data dal famoso divorzio di Spurio Carvilio Ruga (vedi retro pag. 351) la prima introduzione delle *cautiones rei uxoriae*, in base

(676) Vedi l'ampia trattazione del SOLAZZI, *La restituzione della dote nel diritto romano*. Città di Castello, 1899.

(677) Vedi fr. 1, Dig. 23, 3. *Paulus libro quarto decimo ad Sabinum*. «*Dotis causa perpetua est, et cum voto eius qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit*». E confronta ULPIANO, VI, 4-6. «*4. Mortua in matrimonio muliere dos a patre profecta ad patrem revertitur, quintis in singulos liberos in infinitum relictis penes virum. Quod si pater non sit, apud maritum remanet. 5. Adventicia autem dos semper penes maritum remanet, praeterquam si is qui dedit, ut sibi redderetur, stipulatus fuerit; quae dos specialiter recepticia dicitur. 6. Divortio facto si quidem sui iuris sit mulier, ipsa habet rei uxoriae actionem, id est dotis repetitionem; quodsi in potestate patris sit, pater adiuncta filiae persona habet actionem rei uxoriae; nec interest, adventicia sit dos an profecticia*».

alle quali il marito si obbligava a restituire la dote, nel caso di scioglimento del matrimonio. Ma presto, accanto all'*actio ex stipulatu* sorgente da queste *cautiones*, venne ammessa, per opera del pretore, un'*actio rei uxoriae* colla quale la moglie poteva agire contro il marito, che avesse divorziato senza giusto motivo, per ottenere, la totale o parziale restituzione della dote, secondo l'equo arbitrio del giudice (*quod aequius melius erit*) (678).

Questa azione venne poi trasformata ed estesa in modo da poter servire alla moglie, ove la dote fosse *adventicia*, o al padre di lei, ove fosse *profecticia*, in caso di predecesso del marito. E così per tutta l'epoca classica due diverse e distinte azioni serviranno per ottenere la restituzione della dote: l'*actio ex stipulata*, sorgente dalla *cautio rei uxoriae*, ove tale *cautio* fosse stata conclusa, e l'*actio rei uxoriae*.

Notevoli erano le differenze intercedenti fra queste due azioni:

1° L'*actio ex stipulatu* era *stricti iuris*; l'*actio rei uxoriae* era *bonae fidei*. Da ciò discendeva che coll'*actio ex stipulatu* potevasi sempre pretendere la restituzione, così come era stata convenuta nella *cautio*, senza che al giudice fosse permesso tener conto di altre circostanze; mentre altrimenti si era per *actio rei uxoriae* (679).

2° L'*actio ex stipulatu* passava agli eredi dello stipulante, l'*actio rei uxoriae* invece (per essere stata nelle sue origini penale) non passava agli eredi della moglie che fosse premorta: per cui la *dos adventicia*, se non aveva avuto luogo *cautio*, restava al marito superstite. Invece, in caso di *dos profecticia* anche l'*actio rei uxoriae* passava

(678) Come, precisamente, fossero concepite le *cautiones rei uxoriae* non ci è noto; ma è probabile che fossero rivolte a far ottenere allo stipulante la restituzione della dote stessa, o di una somma di denaro nella quale essa fosse stata stimata all'atto della sua costituzione.

(679) Secondo l'ESMEIN, *Nouvelle Revue Historique*, XVII, pagg. 152 e segg., l'*actio rei uxoriae* era in origine un'azione penale pretoria, che solo nell'epoca classica diventò *civilis* e *bonae fidei*. Come fosse concepita la relativa *formula* non ci è noto. Si confronti in proposito LENEL, *Das Edictum Perpetuum* (2ª ed. tedesca), § 113.

agli eredi del padre, purchè egli fosse sopravvissuto alla figlia (680).

3° Convenuto coll'*actio ex stipulatu* il marito non poteva far valere le *retentiones* (vedi § 7), mentre ciò poteva aver luogo nell'*actio rei uxoriae*.

4° Convenuto coll'*actio ex stipulatu* il marito doveva restituire immediatamente; coll'*actio rei uxoriae* godeva certe facilitazioni anche in riguardo al tempo della restituzione (*annua bima, trima, die*) (681); oltre a ciò godeva del *beneficium competentiae*.

Occorre infine ricordare che se il marito moriva lasciando un legato alla moglie, questa poteva, ove avesse stipulato la restituzione della dote, chiederla agli eredi del marito senza perdere il diritto al legato. Se invece non aveva stipulato la restituzione della dote, non poteva cumulare i due benefici dell'*actio rei uxoriae* e dell'*actio legata*, ma doveva scegliere fra l'uno e l'altro (*Edictum de alterutro*) (682).

§ 7. Delle « retentiones propter liberos » e « propter mores ».

Sciolto comunque il matrimonio il marito, convenuto coll'*actio rei uxoriae*, aveva, nell'epoca classica, il diritto di trattenere una parte della dote in ragione dei figli, o a titolo di punizione della moglie (683). Conviene a questo riguardo tenere distinte varie ipotesi.

(680) Se la moglie era *in potestate l'actio rei uxoriae* veniva bensì esercitata dal padre ma occorreva anche il concorso delle figlie (*adiuncta filiae persona*: ULPIANO, *Regularum*, VI, 7).

(681) Vedi ULPIANO, *Regularum*, VI, 8, « Dos si pondere mensura contineatur annua bima, trima, die redditur, nisi si ut praesens reddatur convenerit. Reliquae dotes statim redduntur ». Cfr. fr. 17, Dig. 23, 4; fr. 27, § 2, Dig. 2, 14. ULPIANO, *Reg.* VI, 13.

(682) Vedi c. un., § 3, Cod. V, 13. *Imp. Iustinianus A. ad Populum*. « Sciendum..... est edictum praetoris quod de alterutro introductum est, in ex stipulatu actione cessare, ut uxor et a marito relicta accipiat et dotem consequatur..... ». Cfr. c. 7. Cod. Theod., 4, 4.

(683) Questi diritti del marito si facevano in origine valere in uno speciale *iudicium de moribus* spesso ricordato dagli antichi scrittori latini. Vedi CATONE, in *Aulo Gellio*, N. A., 10, 23. — PLINIO, *H. N.*, XIV, 13. — PLUTARCO, *Mario*, 38. — VALERIO MASSIMO, VIII, 2, 3. Vedi in proposito le opere sopra citate.

Se il matrimonio veniva sciolto per morte della moglie il marito, ove la dote fosse *adventicia*, nulla doveva restituire. Se la dote era *profecticia* egli doveva restituirla al costituente, ma aveva diritto di trattenerne $\frac{1}{5}$ per ogni figlio nato dal matrimonio (684).

Se il matrimonio veniva sciolto per divorzio, la moglie poteva, in ogni caso, chiedere la restituzione della dote, ma il marito aveva diritto di trattenerne $\frac{1}{6}$ *propter mores graviores* (Adulterio); $\frac{1}{8}$ *propter mores leviores*. Ove poi il divorzio avesse avuto luogo per colpa della moglie, o del padre di lei, il marito poteva trattenerne $\frac{1}{6}$ per ogni figlio, senza però mai superare i $\frac{3}{6}$.

Oltre a ciò il marito aveva anche un diritto di ritenzione *propter res amotas, propter res donatas, propter impensas*.

Per contro egli perdeva il diritto ai termini della restituzione, ed era colpito da altri svantaggi, quando avesse, coi suoi pravi costumi, dato causa al divorzio.

§ 8. Della restituzione della dote nel diritto giustiniano.

I principii vigenti in riguardo alla restituzione della dote vennero profondamente modificati da Giustiniano con

(684) ULPIANO, VI, 7. « Post divortium defuncta muliere heredi eius actio non aliter datur, quam si moram in dote mulieri reddenda maritus fecerit. 8. Dos si pondere numero mensura contineatur, *annua bima trima die redditur; nisi si ut praesens reddatur convenerit*. Reliquae dotes statim redduntur. 9. Retentiones ex dote fiunt *aut propter liberos*, aut propter mores, aut propter impensas, aut propter res donatas, aut propter res amotas. 10. Propter liberos retentio fit, si culpa mulieris aut patris, cuius in potestate est, divortium factum sit; tunc enim singulorum liberorum nomine sextae retinentur ex dote, non plures tamen quam tres. Sextae in retentione sunt, non in petitione. 11. Dos quae semel functa est, amplius fungi non potest, nisi aliud matrimonium sit. 12. Morum nomine graviorum quidem sexta retinetur; leviorum autem octava. Graviores mores sunt adulteria tantum; leviores omnes reliqui. 13. Mariti mores puniuntur in ea quidem dote, quae a die reddi debet, ita ut propter maiores mores praesentem dotem reddat, propter minores senum mensum die. In ea autem, quae praesens reddi solet, tantum ex fructibus iubetur reddere, quantum in illa dote, quae triennio redditur, repraesentatio facit ».

una sua famosa costituzione. Giustiniano volle anzitutto unificare l'azione in restituzione della dote, stabilendo che si avesse a considerare come sempre intervenuta la stipulazione relativa. Ciò conduceva logicamente ad ammettere che avesse sempre luogo l'*actio ex stipulatu*, e l'imperatore non si ritrasse di fronte a questa conseguenza della sua riforma; ma, d'altra parte, volendo egli far prevalere i principii più elastici ed equi, ordinò che l'*actio ex stipulatu* dovesse essere considerata come azione di buona fede a similitudine dell'abolita *actio rei uxoriae* (685).

Dopo questa riforma il marito doveva sempre restituire la dote: o alla moglie, o (in caso di premorienza di questa) all'estraneo che l'avesse costituita con patto espresso di restituzione, o al padre di lei in caso di *dos profecticia*, o, infine, agli eredi suoi, in caso di *dos adventicia* costituita senza patto espresso di restituzione al costituente o a terze persone. L'obbligazione del marito di restituire la dote, passava poi, in caso di sua premorienza, ai suoi eredi.

Giustiniano stabilì inoltre:

1° Che la restituzione della dote avesse luogo immediatamente, se la dote consisteva in immobili; nel termine di un anno se consisteva in mobili.

2° Che non potessero più aver luogo *retentiones*.

3° Che il marito godesse, in ogni caso, del *beneficium competentiae* (686).

4° Che non avesse più applicazione l'*edictum de alterutro*.

(685) Vedi il § 29, *Inst.*, IV, 6, che riassume la riforma introdotta colla c. 1, Cod. V, 13. « Fuerat antea et rei uxoriae actio ex bonae fidei iudiciis; sed cum plenior esse ex stipulatu actionem inveniunt omne ius, quod res uxoria ante habebat, cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito rei uxoriae actione sublata ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonae fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam: praeferrere autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cuius solius providentia hoc induximus ».

(686) Vedi § 37, *Inst.*, VI, 6.

5° Che, sciolto il matrimonio, la moglie avesse una *vindicatio utilis* sui beni costituenti la dote, e una ipoteca legale sui beni del marito, a datare dal giorno del matrimonio. Questa ipoteca venne poi trasformata in ipoteca privilegiata su tutte le altre concesse dal marito, anche prima della conclusione del matrimonio (687).

§ 9. Della « donatio propter nuptias » (688).

I donativi fra promessi sposi acquistarono nell'epoca postclassica una speciale importanza per una specifica funzione loro assegnata, specie in oriente, ove venivano generalmente fatti dal futuro marito alla futura moglie, alla quale restavano definitivamente in caso di premorienza del marito o di divorzio dovuto a sua colpa. Giustiniano stabilì che queste donazioni potessero venir fatte ed aumen-

(687) Vedi c. 30, Cod. V, 12. *Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.* « In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen extant, sive aestimatae sive inaeestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere minem creditorum mariti, qui anteriores sunt, sibi potiore causam in his per hypothecam vindicare, cum eadem restet et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanerunt dominio, non enim quod legum subtilitate transitus earum in mariti patrimonium videtur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est. Volumus itaque eam in rem actionem quasi in huiusmodi rebus propriis habere et hypothecariam omnibus anteriorem possidere, ut sive ex naturali iure eiusdem mulieris res esse intellegantur vel secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam pervenisse, per utramque viam sive in rem sive hypothecariam ei plenissime consulatur. Omnis autem temporalis exceptio, sive per usucapionem inducta sive per decem sive per viginti annorum cunicula seu per triginta vel quadraginta annorum metas sive ex alio quocumque tempore maiore vel minore introducta, ea mulieribus ex eo opponatur, ex quo possint actiones movere, id est opulentis quidem maritis constitutis post dissolutum matrimonium, minus autem idoneis ex quo hoc eis infortunium, illatum esse claruerit, cum constante parum idoneorum bona hypothecas suas exercere iam nostra lege humanitatis intuitu definitum est: fidi divortii falsa simulatione in huiusmodi causa, quam nostra lex amplexa est, stirpitus cruenda ». *Recitata septimo in novo consistorio palatii Iustiniani D. III K. Nov. Decio vc. cons.* Cfr. c. 12, Cod. VIII, 17 [18].

(688) Sulle origini di questo istituto veggasi MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, pagg. 256-312.

tate anche durante il matrimonio; che dovessero avere il medesimo ammontare della dote; che al pari della dote fossero inalienabili durante il matrimonio; che, allo scioglimento di questo, dovessero venire restituite, concedendo a garanzia del marito un'ipoteca simile a quella accordata alla moglie (689).

(689) Vedi § 3, *Inst.*, II, 7. « Est et aliud genus inter vivos donationum quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a iunioribus divis principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur et tacitam in se condicionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium fuerit insecutum: ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur et nusquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Iustinus pater noster, cum augeri dotes et post nuptias fuerat permissum, si quid tale evenit, etiam ante nuptias donationem augeri et constante matrimonio sua constitutione permisit; sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes et consequentia nomina rebus esse studentes constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur et dotibus in hoc exaequantur, ut quemadmodum dotes et constante matrimonio non solum augentur, sed etiam fiunt, ita et istae donationes, quae propter nuptias introductae sunt, non solum antecedant matrimonium, sed etiam eo contracto et augeantur et constituentur ». Cfr. c. 20, Cod. V, 3; Nov. 97, c. 1; Nov. 61; c. 29, Cod. V, 12.

SUCCESSIONE EREDITARIA

CAPITOLO I.

Concetti fondamentali (690).

Sommario: § 1. Successione universale e successione particolare. — § 2. Trattati fondamentali della « hereditas » romana. — § 3. Ipotesi sulla origine della « hereditas ». — § 4. Il concetto della successione universale nel diritto classico e giustiniano. — § 5. Presupposti della successione ereditaria in generale.

§ 1. Successione universale e successione particolare.

Quando una persona muore che avviene delle cose, dei diritti e degli obblighi che essa aveva in vita? La risposta a questa domanda è contenuta nel sistema giuridico delle successioni a causa di morte. Le cose, i diritti, e le obbligazioni del defunto non vengono meno con lui, ma passano, per regola, ad altre persone: ai suoi successori. Diciamo *per regola*: perchè non tutti i diritti che una persona può acquistare durante la sua vita, sono anche suscettibili di

(690) Citiamo qui solo le opere fondamentali: LASALLE, *Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Darstellung* (2° vol. del System der erworbenen Rechte, 1861). — SCIALOJA, *Le successioni in diritto romano* (Lezioni tenute all'Università di Roma), 1886-1887. — BONFANTE, nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, annata I (1889), pag. 100; e annata II (1891), pagg. 97 e segg.; annata VII (1895), pag. 152 e segg. — Veggasi poi lo stesso BONFANTE nel suo *Diritto romano*, Firenze, 1900, pagg. 488 e segg. e nelle sue *Istituzioni* (4ª ediz. riveduta ed ampliata), pagg. 474 e segg. — FADDA, *Concetti fondamentali del diritto ereditario romano*, 2 volumi, Napoli, 1900-1902. — V. SCIALOJA, *Successioni*. Lezioni redatte da G. Secchi e L. Biamonti, Roma 1905.

passare ad altre persone, alla sua morte. Non passano, ad esempio, le così dette servitù personali, le obbligazioni *ex delicto*, i titoli e i diritti di natura pubblica (inerenti cioè a qualche pubblica funzione), i diritti di indole familiare, come la patria potestà, la tutela e vai dicendo (691). Diciamo poi, genericamente, *ad altre persone*: perchè vi sono successori di varia specie e indole, e anzitutto successori universali e successori particolari.

La successione particolare è successione nelle singole cose e nei singoli diritti che appartenevano al defunto. Dato un sistema nel quale fosse ammessa soltanto la successione particolare, alla morte di una persona, si avrebbe la disgregazione del suo patrimonio e la spartizione dei beni e dei diritti in esso compresi.

La successione universale è invece successione nel complesso di tutti i beni e di tutti i rapporti, attivi o passivi, del defunto che non siano venuti meno per il fatto della sua morte (692). Dato un sistema nel quale fosse ammessa soltanto successione universale, alla morte di una persona, non si avrebbe punto disgregazione del suo patrimonio, ma continuazione e trapasso del medesimo in altra persona, cioè nel suo successore universale.

Il diritto romano ha ammesso tanto la successione particolare che quella universale (693).

§ 2. Trattati fondamentali della « *hereditas* » romana.

Ciò che caratterizza la successione universale romana a causa di morte (o *hereditas*), si è che il successore (*heres*)

(691) Vedi GAIO, III, 82, sopra trascritto, e confronta fr. 1, § 43, Dig. 43, 20; fr. 3, § 3, Dig. 7, 4.

(692) Vedi fr. 62, Dig. 50, 17 e fr. 24, Dig. 50, 16: « Nihil aliud est hereditas quam successio in [universum] jus quod defunctus habuit ». Fr. 37, Dig. 29, 2: « Heres in [omne] jus mortui non tantum in singularum rerum dominium succedit, cum et ea quae in nominibus sint ad heredem transeant ». Le parole fra parentesi quadre sono interpolate.

(693) Sul rapporto fra il concetto di legato e di successione singolare veggansi tuttavia le giuste considerazioni del FADDA, *Concetti fondamentali*, I, pagg. 53-54.

subentra, come dicono le fonti, *in (omne o universum) ius defuncti*, venendo ad essere investito di tutti i rapporti nei quali trovavasi antecedentemente il defunto. Questi rapporti sono di due specie: attivi o passivi. Attivi, come la proprietà, gli altri diritti reali, e i crediti; passivi, come le servitù passive, pegni, ipoteche e i debiti. Ma, per il concetto romano dell'eredità, gli è del tutto indifferente che i rapporti nei quali l'erede subentra sieno attivi o passivi. L'erede è erede tanto se l'eredità sia composta di soli rapporti attivi, come se sia composta di soli rapporti passivi: *hereditas etiam damnosa intelligitur* (694). Continuando, come si suol dire, la personalità del defunto, l'erede la continua quale è; la successione universale non opera quindi la liquidazione del patrimonio del defunto, ma pone semplicemente alla testa del medesimo una nuova persona: l'erede.

L'erede, pertanto, identificandosi in certo modo col defunto (Nov. 48, praef.), perde la sua originaria individualità. Il suo patrimonio si confonde con quello del defunto; i crediti e i debiti che precedentemente esistevano fra lui e il defunto si estinguono, e così pure i diritti reali che egli aveva sui beni del defunto e viceversa, in base alla regola da noi già esaminata: *nulli res sua servit* (vedi pag. 448 e segg., vol. II). Di due patrimoni se ne viene insomma a formare uno solo; di due gruppi separati di creditori che si potevano avere precedentemente (creditori del defunto e creditori dell'erede), se ne crea uno solo con un'unica garanzia nel patrimonio costituito dalla fusione dei due patrimoni del defunto e dell'erede; e come l'erede risponde di fronte ai creditori del defunto *ultra vires hereditarias*, cioè col suo proprio patrimonio, così egli risponde di fronte ai proprii creditori anche col patrimonio ereditario (695).

(694) Fr. 50 pr., Dig. 5, 3. *Papinianus libro sexto quaestionum*. « Hereditas etiam sine ullo corpore iuris intellectum habet ». Fr. 119, Dig. 50, 16. *Pomponius libro tertio ad Quintum Mucium*: « 'Hereditas' appellatio sine dubbio continet etiam damnosam hereditatem: iuris enim nomen est sicuti bonorum possessio ». Cfr. fr. 37, Dig. 29, 2 e fr. 3, Dig. 37, 1.

(695) Di proposito ci siamo limitati a rilevare nel testo i due tratti più salienti della eredità romana. Degli altri, pure molto importanti,

§ 3. *Ipotesi sulla origine della « hereditas ».*

Quale è l'origine della *hereditas*? A questa domanda la scienza giuridica non si curava, per il passato, di dare una risposta qualsiasi. Il sistema della eredità romana veniva esposto ed applicato così come ci è offerto nelle fonti, senza che si pensasse a discuterne o a criticarne il fondamento. Ma le recenti ricerche storiche e comparative hanno portato la discussione e la critica, anche in questa parte del sistema; e dopo le geniali ricerche del Sumner-Maine, dello Scialoja, e in particolar modo del Bonfante (696), i romanisti italiani sono oramai concordi nel riconoscere che il sistema successorio romano ha basi massimamente storiche, le quali rispecchiano le necessità di un'epoca assai remota in cui la successione aveva funzioni più complesse di quelle cui oggi provvede colla trasmissione del patrimonio di una persona morta ai superstiti.

Ma quali erano le funzioni della originaria successione ereditaria? Per rispondere a questa domanda si è posto in relazione il concetto dell'antica *hereditas* col concetto dell'antica *familia*; e dalla dimostrazione del carattere essenzialmente politico della primitiva *familia* si è dedotto che l'originario *heres* altro non poteva essere se non il designato a sostituire il *pater* defunto nel reggimento della *familia*. Ma se l'*heres* altro non era se non il successore nella posizione di capo della famiglia, ben si comprende come la eredità non potesse avere, nelle sue origini, carat-

come del succedere l'erede nella buona o mala fede del defunto; del non poter concorrere la successione testamentaria con quella legittima; del non essere ammessa trasmissione, ecc., ci occuperemo man mano che ci si presenteranno nell'ordine naturale della trattazione.

(696) Il primo che abbia, fra di noi, accennato al concetto della successione originaria come successione nella sovranità della famiglia, è stato V. SCIALOJA, nelle sue *Lezioni* del 1886-1887 sopra citate; ma spetta al Bonfante di aver approfondita la ricerca affrontando il problema in tutti i suoi aspetti, e dandone una dimostrazione sistematica in base al contrapposto fra la struttura e le funzioni dei singoli istituti successori. Si compulsino gli scritti del Bonfante, sopra citati, pag. 371, nota 690, e veggasi oltre pag. 377 e 412 e segg.

tere prevalentemente patrimoniale. Vi era bensì anche allora un patrimonio del quale l'erede acquistava la disponibilità, ma questo acquisto non era che conseguenza indiretta dell'essere l'erede diventato *il capo della famiglia*. Ciò che veniva, in prima linea, in considerazione era il complesso dei poteri di capo o sovrano che egli acquistava per l'amministrazione e giurisdizione interna, e per la continuazione dei rapporti colle altre famiglie. Ed ecco in tal modo aprirsi nuovi spiragli attraverso ai quali la ricerca storica ha potuto chiarire ed illustrare varie regole e principii della successione romana che, considerati, come venivano fin qui, dal solo punto di vista dogmatico, e con esclusivo riguardo alla funzione attuale del regime successorio, riuscivano singolarmente inesplicabili (come la possibilità di una *hereditas sine ullo corpore*; la nullità della *institutio ex re certa*; la necessità per la validità di un testamento della istituzione solenne di un *heres*, ecc.). E così alla fine, attraverso ad una profonda analisi di tutti gli istituti del diritto familiare e successorio romano, si è riusciti a dare della tesi, che considera la originaria successione ereditaria come successione nella sovranità del gruppo familiare, la più solida base alla quale sia lecito aspirare in ricerche di questo genere, e che consiste nella dimostrazione che la storia della eredità romana è la storia di una serie di successivi espedienti rivolti a togliere di mezzo, o a ridurre, le conseguenze logiche del primitivo concetto dell'eredità, ed a porre l'organismo in armonia colla sua nuova funzione di successione nel patrimonio del defunto (697).

(697) La tesi del Bonfante è stata combattuta dal PEROZZI, nelle sue *Lezioni di diritto romano*, tenute alla R. Università di Parma nel 1896-1897 (pubblicate dallo studente Rostaing), e nelle sue recenti *Istituzioni*, vol. II, pag. 349 e segg. — Si veggia anche V. SCIALOJA, *Lezioni* citate sopra del 1895, pag. 34 e segg. — BONFANTE, *Le obiezioni del Perozzi alla teoria della origine della successione sovrana* (nel Filangieri, nn. 10-11, 1908). — Vedi anche MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, vol. I, pagg. 93 e segg., il quale non tiene conto della letteratura romanistica italiana su questo punto.

§ 4. *Il concetto della successione universale nel diritto classico e giustiniano.*

Per potere adeguatamente valutare l'ipotesi testè esposta e sottrarla a facili critiche, occorre però contenerla nei suoi propri limiti. Bisogna tener presente che essa si riferisce alle prime origini dell'istituto, e rispecchia uno stato di cose che già era tramontato agli inizi della vera storia di Roma. Nell'epoca storica la successione universale ha funzioni essenzialmente patrimoniali: serve cioè a trasmettere i beni di chi muore a chi sopravvive (698); ma, malgrado questa sua nuova funzione, essa conserva ancora, nella struttura dei suoi istituti e nel complesso delle regole relative, le tracce della funzione essenzialmente diversa esercitata nell'epoca preistorica. Questo sopravvivere delle strutture giuridiche al venir meno delle funzioni per le quali le medesime erano state in origine create, è un fenomeno abbastanza comune, e attestato, con ogni sicurezza, anche in altri campi. Esso non può dunque sorprenderci in materia di successioni e di famiglia, che sono appunto le istituzioni nelle quali le idee primitive più fortemente e tenacemente resistono conservandosi, spesso, per sola forza d'inerzia.

Sebbene, nell'epoca storica e classica, il ricordo delle condizioni primitive nelle quali era naturalmente sôrto l'istituto della successione universale, come successione nella sovranità del gruppo familiare, fosse già svanito, restava tuttavia dominante nella scienza del diritto il concetto della successione universale come *successio in ius defuncti*, e tutti gli effetti della successione venivano considerati come *conseguenza dell'acquisto del titolo di erede, cioè a dire, di signore della famiglia*. Pei giuristi antichi pertanto il fatto di restare l'erede obbligato pei debiti del

(698) La definizione di CICERONE, *Topica*, VI, 29. « *Hereditas est pecunia quae morte alicuius ad quempiam pervenit* » coglie nettamente la nuova funzione della eredità. Cfr. fr. 222, Dig. 50, 16. *Hermogenianus libro secundo iuris epitomarum*: « *'Pecuniae' nomine non solum numerata pecunia, sed omnes res tam soli quam mobiles et tam corpora quam iura continentur* ».

defunto, non era considerato come conseguenza dell'aver egli trovato tali debiti nel patrimonio del defunto, ma piuttosto dell'aver egli assunto la veste e il titolo di successore rendendosi, come suole avvenire anche ora nei passaggi di sovranità, pienamente solidale col predecessore (699). Il fatto di acquistarsi l'eredità di *un sol tratto* non era dovuto al considerarsi l'eredità stessa *come un oggetto unico*, ma piuttosto nell'essere appunto l'eredità successione nel *titolo di erede*.

Solo in seguito il punto di vista venne spostandosi. Dall'osservare che l'erede succedeva tanto nell'attivo come nel passivo ereditario, si finì per dedurre essere anche il passivo parte dell'eredità (obbiettivamente considerata); si concepì, allora, l'eredità come *un tutto*, come una *universitas*, e se ne concluse che l'erede succedeva nei debiti in quanto acquistava quella certa *universitas* in cui essi erano compresi (700). Questa è la successione *in universum ius* di cui parlano le fonti giustiniane.

Ma in quale momento si operò questo cambiamento nella concezione del diritto ereditario? Non è veramente facile rispondere a questa domanda: se è spesso difficile seguire lo svolgimento storico degli istituti giuridici nella loro parte sostanziale, difficilissimo è sempre seguire le evoluzioni dei concetti e dei dogmi relativi ai medesimi. Ma pazienti ed acute ricerche sembrano dimostrare che il cambiamento nel concetto della *hereditas* si sia avuto soltanto in epoca tarda, per opera delle scuole di diritto orientali, e che sia stato trasfuso nelle fonti giustiniane per opera dei compilatori (701). Con la nuova concezione i

(699) L'obbligazione in cui incorre l'erede di pagare i debiti del *de cuius ultra vires hereditarias* viene, da altri scrittori, altrimenti spiegata con ragioni di convenienza economica, a difesa dei creditori e del credito. Così e. g. PERNICE, *Labeo*, I, pagg. 310 e segg. che la sostiene introdotta dalle XII tavole. Ma vedi *contra* BONFANTE, nel volume I degli Studi in onore di V. Scialoja, pag. 38 e segg. dell'Estratto.

(700) Vedi e. g. fr. 208, Dig. 50, 16. *Africanus libro quarto quaestionum*. « *'Bonorum' appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac ius successionis et non singulas res demonstrat* ».

(701) A questo risultato perviene il Bonfante (op. cit. sopra, pag. 124, nota), dietro i risultati del Longo circa la successione a titolo singo-

bizantini, ai quali l'originario concetto romano di successione era totalmente estraneo, cercavano di giustificare sottilmente, senza peraltro riescirvi, i principii caratteristici della successione romana (702).

§ 5. Presupposti della successione ereditaria in generale.

Per potersi avere successione ereditaria occorre: 1° che sia morta una persona capace di avere un successore; 2° che la successione di questa persona sia stata deferita ad un'altra data persona; 3° che questa persona abbia effettivamente acquistata l'eredità ad essa deferita, il che presuppone che fosse capace di acquistarla.

1. — In riguardo alla prima di queste tre condizioni, che trovasi espressa nella regola, *hereditas viventis non datur* (703),

lare. I risultati principali delle ricerche del Longo possono così riassumersi: Il diritto classico non conosce che la successione universale; i testi nei quali a questa si contrappone la successione singolare sono interpolati. Il Bonfante stabilisce: 1° non conoscendo il diritto classico successione singolare sono anche interpolati i testi nei quali si parla di successione universale in *[omne] jus in [universum] jus* (vedi e. g.); 2° pure interpolato è il termine *universitas* per indicare la successione ereditaria. Cfr. specialmente BONFANTE, *La successio in universum jus e l'universitas* (negli Studi in onore di V. Scialoja).

La dimostrazione di un grande numero di interpolazioni relative ai risultati del Bonfante circa la successione universale, qui riassunti, può considerarsi completa, e risulta, in parte, dal confronto coi testi classici. In alcuni testi (fr. 108, Dig. 50, 17 e fr. 7, Dig. 48, 20) la menzione dell'*universitas* è forse genuina, ma sta ad indicare semplicemente un complesso di beni o cose. Come ho accennato nel testo, non è possibile assegnare data certa al sorgere di una qualsiasi concezione dogmatica; ma dal confronto di Gaio coi frammenti di Autun risulta che spunti dell'idea bizantina, in riguardo alla *universitas* e al *per universitatem succedere*, si erano già avuti per lo meno nell'epoca postclassica. Cfr. BONFANTE, *La formazione della dottrina dell'universitas* (nei Rendiconti dell'Istituto Lombardo, XXXIX, 1906).

(702) Senza riuscirvi, perchè i debiti non fanno parte del patrimonio ma lo diminuiscono, e tanto meno fa poi parte del patrimonio ereditario la buona e mala fede del defunto.

(703) Vedi fr. 27, Dig. 29, 2. *Pomponius libro tertio ad Sabinum*. «Neminem pro herede gerere posse vivo eo, cuius in bonis gerendum sit Labeo ait». In caso di incertezza, relativamente alla morte del *de cuius*, si provvedeva colla *cura bonorum*.

basterà osservare che spetta a chi vuole valersi di una pretesa delazione di eredità a suo favore, dimostrare che il *de cuius* è morto, e che è morto essendo capace di avere un successore (704). Questa capacità viene detta nelle fonti classiche *testamenti factio*, perchè si estrinsecava, originariamente, mediante confezione del testamento: essa spettava all'uomo libero, cittadino, e *pater familias*. Non potevano quindi avere un erede gli schiavi, nè i peregrini, nè i *filius familias*: le eccezioni successivamente arretrate a queste regole, ne sono la più sicura conferma. Altre incapacità erano stabilite in leggi speciali (705).

2. — In riguardo alla seconda, che trovasi espressa nella definizione: *delata hereditas dicitur quam quis potest adeundo consequi*, è da notarsi anzitutto che presuppone il riconoscimento di validi titoli di delazione. Per diritto romano questi erano due: il testamento e la legge, per cui la successione universale romana, a causa di morte, era o testa-

(704) Per la incapacità dei servi c. 4, Cod. VI, 59. *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Aurelio*. «*Servus successores habere non potest*» [a. 294]. Ai *servi publici* venne tuttavia eccezionalmente concesso di disporre per testamento di metà del loro peculio. ULPIANO, XX, 16. — Pei peregrini vedi: ULPIANO, XX, 14. «*Latinus Junianus item is qui dediticiorum numero est testamentum facere non potest: Latinus quidem, quoniam nominatum Lege Iulia prohibitus est: is autem qui dediticiorum numero est, quoniam nec quasi civis romanus testare potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est ut secundum leges civitatis suae testetur*». — E cfr. GAIO, III, 74-76, e retro pagg. 18 e segg. e Cod. VII, 5. — E pei figli di famiglia vedi fr. 11, Dig. 46, 1. *Iulianus libro duodecimo digestorum*. «*Qui contra senatus consultum filio familias crediderit, mortuo eo fideiussorem a patre accipere non potest, quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet nec est ulla hereditas, cuius nomine fideiussores obligari possent*». Confronta *Inst.*, II, 11; fr. 6, Dig. 28, 1. — ULPIANO, XX, 10 e retro pagg. La incapacità dei servi, peregrini e figli di famiglia di avere un erede si spiega perfettamente colla ipotesi da noi accolta sulle origini della eredità. Nell'epoca storica tuttavia essa viene giustificata con riguardo alla incapacità di queste persone di avere beni proprii: *quoniam nihil sui habent ut testari de eo possit*. — Veggasi l'ampia trattazione del FADDA, *Concetti fondamentali*, pag. 114 e segg. e SCIALOJA, *Lezioni* cit. pagg. 140 e segg.

(705) Vedi specialmente fr. 17, § 1, Dig. 48, 19; fr. 7, § 5, Dig. 48, 20; fr. 1, § 3, Dig. 38, 16; fr. 3, Dig. 48, 22. — PAOLO, *R. S.*, III, 4 a, 9-10.

mentaria o legittima; e cioè, o fondata sulla ultima volontà del testatore o sulla legge. In seguito si ammise anche una successione legittima *contro il testamento* (706).

Il diritto romano non conosce il contratto successorio: esso, del resto, dichiara nullo, come immorale, anche il contratto conchiuso fra due persone relativamente alla successione di un terzo (707).

L'importanza pratica del non avere il diritto romano ammesso il contratto successorio, come titolo di delazione ereditaria, si manifesta massimamente in ciò: che la vocazione ereditaria testamentaria è sempre ed essenzialmente revocabile. (Vedi più avanti).

3. — In riguardo alla terza condizione occorre chiarire bene il concetto di capacità. È questo un concetto assai lato che ricomprende in sé tre concetti specifici che il diritto romano ha nettamente delineati, e cioè: 1° la vera e propria incapacità; 2° l'incapacità di *acquistare la eredità* (*incapacitas* in senso tecnico); 3° l'incapacità di trattenere l'eredità alla quale si è stati validamente chiamati e che si è pure validamente acquistata (*indegnitas*).

(706) LO SCIALOJA, *Lezioni* cit., sostiene che la c. d. successione necessaria formale ha sempre esistito a Roma, e ne trae argomento in favore della precedenza della successione intestata su quella testamentaria. Contro questa tesi, e per la precedenza del testamento, inteso però come mezzo per scegliere nella famiglia stessa il nuovo capo, cioè in funzione di primogenitura vedi BONFANTE, *L'origine dell'hereditas dalla successione sovrana* (nel Filangieri, 1905).

(707) Vedi c. 30, §§ 2-3, Cod. II, 3. *Iustinianus A. Iohanni pp.* «Sed nobis omnes huiusmodi pactiones odiosae videntur et plenae tristissimi eventus. quare enim quodam vivente et ignorante de rebus eius quidam paciscentes convenerunt? Secundum veteres itaque regulas sancimus omnimodo huiusmodi pacta quae contra bonos mores inita sunt, repellit et nihil ex his pactionibus observari nisi ipse forte de cuius hereditate pactum est voluntatem suam eis accomodaverit et in eam usque ad extremam vitae spatium perseveraverit: tunc etenim sublata acerbissima spellebit eis illo sciente et iubente huiusmodi pactiones servare».

CAPITOLO II.

Incapacità a succedere, incapacità di acquistare, indegnità.

Sommario: § 1. Della incapacità a succedere. — § 2. Dei tre momenti nei quali deve esistere la capacità di succedere. — § 3. Della capacità di succedere delle persone giuridiche e degli Dei. — 4. Della «*incapacitas*» in senso tecnico. — § 5. Della distinzione fra incapacità di succedere e incapacità di acquistare. — § 6. Della «*indegnitas*». — § 7. Dell'acquisto dell'eredità.

§ 1. Della incapacità a succedere.

Per incapacità a succedere i romani intendevano la incapacità di essere chiamati ad un'eredità. Questa mancava, in linea di principio, agli schiavi, ai peregrini. Per gli schiavi tuttavia si ammise che potessero validamente essere istituiti eredi nel testamento del loro *dominus*, purchè questi li avesse nel medesimo manomessi (708); pei peregrini si

(708) Vedi GAIUS, II, 185-189: «185. Sicut autem liberi homines, ita et servi, tam nostri quam alieni, heredes scribi possunt. 186. Sed noster servus simul et liber et heres esse juberi debet, id est hoc modo: STICHUS SERVUS MEUS LIBER HERESQUE ESTO, vel: HERES LIBERQUE ESTO. 187. Nam si sine libertate heres institutus sit, etiamsi postea manumissus fuerit a domino, heres esse non potest, quia institutio in persona ejus non constitit; ideoque licet alienatus sit, non potest jussu domini novi cernere hereditatem. 188. Cum libertate vero heres institutus siquidem in eadem causa duraverit, fit ex testamento liber et inde necessarius heres. Si vero ab ipso testatore manumissus fuerit, suo arbitrio hereditatem adire potest. Quodsi alienatus sit, jussu novi domini adire hereditatem debet, qua ratione per eum dominus fit heres; nam ipse neque heres neque liber esse potest. 189. Alienus quoque servus heres institutus si in eadem causa duraverit, jussu domini hereditatem adire debet; si vero alienatus ab eo fuerit aut vivo testatore aut post mortem ejus, antequam cernat, debet jussu novi domini cernere; si vero manumissus est, suo arbitrio adire hereditatem potest». Vedi ULPIANO, XIX, 7-12: «7. Servos heredes

ammise che potessero succedere *ab intestato*, ove ne avessero ottenuta il *ius conubii*, e che potessero anche essere istituiti, ove avessero ottenuto il *ius commercii*.

Incapaci di succedere erano tutte le persone non ancora esistenti. Qui però conviene distinguere:

a) Incapaci di succedere *ab intestato* erano le persone non ancora concepite al momento della morte del *de cuius*. La successione intestata è fondata sulla parentela civile o naturale, e questa non è ammessa che fra persone che avessero coesistito, per quanto solo embrionalmente: le persone concepite dopo la nostra morte non sono, secondo i romani, nostri parenti (709).

instituire possumus, nostros cum libertate, alienos sine libertate, communes cum libertate vel sine libertate. 8. Eum servum, qui tantum in bonis noster est, nec cum libertate heredem instituire possumus, quia Latinitatem consequitur, quod non proficit ad hereditatem capiendam. 9. Alienos servos heredes instituire possumus eos tantum, quorum cum dominis testamenti factionem habemus. 10. Communis servus cum libertate recte quidem heres instituitur quasi proprius pro parte nostra; sine libertate autem quasi alienus propter socii partem. 11. Proprius servus cum libertate heres institutus si quidem in eadem causa permanserit, ex testamento liber et heres fit, id est necessarius. 12. Quod si ab ipso testatore vivente manumissus vel alienatus sit, suo arbitrio vel jussu emptoris hereditatem adire potest. Sed si sine libertate sit institutus, omnino non consistit institutio». Vedi fr. 31, Dig. 28, 5, e Cfr. retro pagg. 14-15 e cfr. c. 5-6, Cod. VI, 27 ove Giustiniano (accettando una tesi già sostenuta dal giurista Atilicino) stabilisce essere valida la istituzione del servo proprio anche se non preceduta da manumissione; cfr. pr. *Inst.*, II, 14.

(709) Vedi fr. 6, Dig. 38, 16. *Iulianus libro quinquagesimo nono digestorum*. «Titius exheredato filio extraneum heredem sub condizione instituit: quaesitum est, si post mortem patris pendente conditione 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». Fr. 7, Dig. eod. *Celsus libro vicensimo octavo digestorum*: «vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur». Fr. 6, Dig. 28, 3. *Idem libro decimo ad Sabinum*. «Si quis filio exheredato nuru praegnate relicta decesserit et extraneum sub conditione

b) Incapaci di succedere in base a testamento erano, in origine, le persone non ancora concepite nel momento in cui il testamento stesso veniva fatto. Il fondamento di questa incapacità veniva riposto in ciò che il testatore non poteva avere avuta una esatta nozione di una tale persona che non era ancora concepita, onde non poteva ammettersi che fosse stato *certum* il suo *consilium testandi* (710).

instituerit et pendente condicione post mortem patris vel deliberante herede instituto de adeunda hereditate exheredatus filius decesserit et nepos fuerit natus, an rumpat testamentum? et dicemus testamentum non rumpi, cum nec exheredari huiusmodi nepos deberet ab avo, quem pater praecedebat. plane si forte institutus omiserit hereditatem, hunc avo suum futurum heredem ab intestato non dubitatur. utrumque propriis rationibus: nam adgnascendo quidem is rumpit quem nemo praecedebat mortis tempore: ab intestato vero is succedit cui ante eum alii non est delata hereditas, non fuisse autem filio delatam hereditatem apparet, cum deliberante instituto decesserit. sed haec ita, si mortis avi tempore in utero nepos fuit. *ceterum si postea conceptus est, Marcellus scribit neque ut suum neque ut nepotem aut cognatum ad hereditatem vel ad bonorum possessionem posse admitti*».

Dubbio è se il requisito del concepimento al momento della morte del *de cuius* fosse ancora richiesto nel diritto giustiniano dopo la Nov. 128. Cfr. FADDA, *Concetti*, ecc., I, pagg. 144 e segg., che lo nega, e V. SCIALOJA, *Lezioni* citate, pagg. 173 e segg.

(710) Vedi GAIO, II, 238. «Incertae personae legatum inutiliter relinquatur. Incerta autem videtur persona quam per incertam opinionem animo suo testator subjicit velut cum ita legatum sit: QUI PRIMUS AD FUNUS MEUM VENERIT, E I HERES MEUS X MILIA DATO. Idem juris est si generaliter omnibus legaverit: QUICUMQUE AD FUNUS MEUM VENERIT. In eadem causa est quod ita relinquatur: QUICUMQUE FILIO MEO IN MATRIMONIUM FILIAM SUAM COLLOCAVERIT, EI HERES MEUS X MILIA DATO. Illud quoque [in eadem causa est] quod ita relinquatur: QUI POST TESTAMENTUM SCRIPTUM PRIMI CONSULES DESIGNATI ERUNT, aequae incertis personis legari videtur. Et denique aliae multae huiusmodi species sunt. Sub certa vero demonstratione incertae personae recte legatur, veluti: EX COGNATIS MEIS QUI NUNC SUNT QUI PRIMUS AD FUNUS MEUM VENERIT EI X MILLIA HERES MEUS DATO». — ULPIANO, XXII, 4. «Incerta persona heres institui non potest, velut hoc modo: QUISQUIS PRIMUS AD FUNUS MEUM VENERIT, HERES ESTO, quoniam certum consilium debet esse testantis. 5. Nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi, neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant: senatus consulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint. Sed

A questa regola si apportarono tuttavia molte eccezioni e, alla fine si ammise che tutti i postumi (alla confezione del testamento) potessero essere validamente istituiti, purché fossero concepiti al momento della morte del testatore (711).

fideicommissa hereditas municipibus restitui potest, denique hoc senatus consulto prospectum est. 6. Deos heredes instituere non possumus praeter eos, quos senatus consulto constitutionibusve principum instituere concessum est, sicuti Jovem Tarpeium, Apollinem Didymaem Miletii, Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, Matrem Deorum Sipyliensem quae Smyrnae colitur, et Caelestem Salinensem Carthaginis». Sulle *incertae personae* vedi anche § 27, *Inst.*, II, 20. La costituzione, della quale si fa qui menzione, costituiva l'intero titolo 48 del libro VI, del Codice Giustiniano: il testo originario è andato perduto, e se ne conserva solo un riassunto del c. d. Tipucito. (Cfr. BASILICI, XLIV, 18, 29; HEIMBACH, IV, pagg. 437 e segg.).

(711) Ricorderemo qui le varie categorie di *postumi* successivamente riconosciute dalla giurisprudenza romana. Questi si distinguono in *postumi proprii* e *postumi alieni*. È *postumus alienus* colui che «*natus inter suo heredes testatoris futurus non est*» (Cfr. GAIO, II, 241 e § 26, *Inst.*, II, 20). I *postumi proprii* si distinguevano poi in *legittimi*, *Iuniani*, *Aquilianii*, *Velleiani*, *quasi-Velleiani*, *Iuliani*. — *Postumi legittimi* erano: a) i figli di un figlio premorto al testatore, nati dopo la morte del testatore ma concepiti prima; questi si potevano già istituire eredi validamente — e validamente *exheredare* — *jure civili*; b) i figli di un figlio premorto al testatore, ma nati prima della morte di questi si potevano istituire o *exheredare ex lege Iunia*. — Vedi ULPIANO, XXII, 19. — *Postumi Aquilianii* erano i figli sopravvenuti ad un figlio del testatore, che era vivente al momento in cui il testatore stesso aveva fatto il suo testamento, dopo la confezione del testamento, e che, premorendo il padre loro, diventavano *sui heredes* e rompevano così il testamento. Fu il giurista Aquilio che fece ammettere che questi *postumi* potessero essere validamente istituiti ed *exheredati*. Fr. 29, § 3, Dig. 28, 2. — *Postumi Velleiani* erano i discendenti nati al testatore dopo la confezione del testamento, ma prima della sua morte. Fr. 29, § 12, Dig. 28, 2. — *Postumi quasi-Velleiani* erano i figli del figlio del testatore, già nati al momento dell'erezione del testamento, che diventavano *sui* per la sua premorienza. Fr. 29, § 13, Dig. 28, 2. — *Postumi Iuliani* erano i figli del figlio (*suus*) del testatore, nati dopo l'erezione del testamento, e diventati poi in seguito *sui* per la premorienza del padre loro. Fr. 29, § 15, Dig. 28, 2. Tutte queste categorie costituiscono una splendida illustrazione del metodo analitico col quale procedeva la giurisprudenza romana. In seguito si diede una formula generale.

Altre incapacità di succedere, sia in base a testamento sia *ab intestato*, vennero statuite, a titolo di pena, pei condannati a pena capitale, per gli eretici, pei figli e fratelli delle persone convinte d'alto tradimento, e per la vedova che fosse passata a seconde nozze entro l'anno di lutto (712).

§ 2. Dei tre momenti

nei quali deve esistere la capacità di succedere.

La persona che viene chiamata alla eredità deve essere capace di succedere. Ma in quale momento si richiede tale sua capacità? Bisogna, anche a tal riguardo, trattare separatamente della successione testamentaria e *ab intestato*.

1. — Quando la successione è deferita *ab intestato*, occorre che l'erede sia capace nel momento in cui ha luogo la delazione, e in quello successivo in cui ha luogo l'acquisto. La delazione ha luogo al momento in cui il *de cuius* muore, se egli muore senza aver fatto testamento. Se invece il *de cuius* muore, avendo fatto un testamento, la delazione *ab intestato* ha luogo solo nel momento in cui questo testamento sia venuto meno. In questa ipotesi, sono quindi tre i momenti che vengono in considerazione: 1° momento della morte del *de cuius*; 2° momento successivo in cui, venuto meno il testamento, si apre la successione intestata; 3° momento ulteriore in cui l'erede chiamato adisce l'eredità. La capacità di succedere deve esistere tanto nel momento della delazione (che può combaciare con quello della morte) come in quello dell'acquisto (713).

2. — Quando la successione è deferita in base a un testamento, occorre che l'erede istituito sia capace di suc-

(712) Vedi VANGEROW, *Pandette*, § 404, e FADDA, *Concetti*, I, pagina 176 e segg.

(713) Vedi PAOLO, *R. S.*, IV, 10, 3. «*Ad legitimam intestatae matris hereditatem filii cives romani, non etiam Latini admittuntur; cives autem romanos eo tempore esse oportet quo eis defertur et ab iis legitima hereditas aditur*». Cfr. fr. 1, § 4, Dig. 38, 17. *Ulpianus libro duodecimo ad Sabinum*. «*Filio, qui mortis tempore matris civis Romanus fuit, si ante aditam hereditatem in servitutem deducatur, legitima hereditas non defertur nec si postea liber factus sit, nisi forte servus poenae effectus beneficio principis sit restitutus*».

cedere: 1° nel momento della erezione del testamento, ove l'istituito esista già in questo momento; 2° nel momento della morte del testatore, o del verificarsi della condizione alla quale il testatore abbia subordinato la istituzione ad erede; 3° nel momento dell'adizione. È questa la cosiddetta teoria dei *tria tempora* che trovasi esposta in un famoso frammento di Fiorentino (714). Se l'istituito perde la capacità in un momento qualsiasi fra l'erezione del testamento e la morte del *de cuius*, non resta per ciò pregiudicato, purchè la ricuperi e si trovi ad averla nel momento in cui la eredità gli viene deferita: *media tempora non nocent* (715).

§ 3. Della capacità di succedere delle persone giuridiche e degli Dei (716).

Lo stato romano, le *coloniae*, i *municipia* e le altre corporazioni, non erano, in origine, capaci di succedere come eredi. Ciò era una conseguenza della loro natura di *corpora incerta* per la quale non si poteva concepire che assumessero la veste di erede (717). Lo stesso era degli Dei, i

(714) Vedi fr. 50 [49], § 1, Dig. 28, 5. *Florentinus libro decimo institutionum*. « In extraneis heredibus illa observantur: ut sit cum eis testamenti factio, sive ipsi heredes instituantur sive hi qui in potestate eorum sunt, et id duobus temporibus inspiciuntur, testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis testatoris, ut effectum habeat. hoc amplius et cum adibit hereditatem esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub condicione heres institutus sit: nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hereditatem. *medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris vel condicionem institutionis existentem mutatio iuris heredi non nocet, quia, ut dixi, tria tempora inspiciuntur* ». § 4, *Inst.*, II, 19. Cfr. per il *miles* GAIO, II, 110; c. 5, Cod. VI, 21; fr. 13, § 2, Dig. 29, 1.

(715) Vedi fr. 6, § 2, Dig. 28, 5; fr. 60, [59], § 4 Dig. eod.; fr. 51 [50], Dig. eod.

(716) Veggasi specialmente FADDA, *Concetti fondamentali*, I, pagg. 199 e segg. — V. SCIALOJA, *Lezioni* citate, pagg. 308 e segg. e V. SCIALOJA, *Il testamento di Acca Laurenzia* (Reale Accademia dei Lincei. Estratto dai *Rendiconti*, vol. XIV, fasc. 6. Seduta del 18 giugno 1905).

(717) Vedi pei *municipia* ULPIANO, *Reg.*, XXII, 5, sopra trascritto.

quali per la loro essenza soprannaturale non potevano essere messi a capo di una singola famiglia.

Ma col prevalere nella eredità dell'elemento patrimoniale su quello politico e sacrale, l'originario rigore venne attenuandosi. Come si era ammesso che la città, i *municipia* e le corporazioni potessero venir onorate di legati (per avere appunto i legati carattere esclusivamente patrimoniale: così si finì per ammettere che potessero anche venir istituiti eredi. Il punto di partenza, in questa evoluzione, consistette nello ammettere che i *municipia* potessero venire validamente istituiti dai propri liberti, e che potessero chiederne la *bonorum possessio*: in seguito si generalizzò questo trattamento a tutte le istituzioni, da chiunque fatte, a favore di municipi o di altre corporazioni (718).

La stessa evoluzione si ebbe poi relativamente alle istituzioni ad erede degli Dei che, originariamente nulle, vennero dapprima ammesse, in via eccezionale, per talune divinità soltanto, e poi (nell'epoca cristiana) per regola a favore di Dio o di Gesù.

Gli imperatori cristiani, e in specie Giustiniano, dettarono in proposito opportune norme: essi favorirono anche,

(718) I testi relativi sono i seguenti: ULPIANO, XXII, 5 citato: fr. 27 [26], Dig. 36, 1; c. 12, Cod. VI, 24; c. 3, Cod. IX, 32 [31], fr. un., Dig. 38, 3. *Ulpianus libro quadragensimo nono ad edictum*. « Municipibus plenum ius in bonis libertorum libertarum defertur, hoc est id ius quod etiam patrono. 1. Sed an omnino petere bonorum possessionem possint, dubitatur: movet enim, quod consentire non possunt, sed per alium possunt petita bonorum possessione ipsi acquirere. sed quare ratione senatus censuit, ut restitui eis ex Trebelliano hereditas possit: qua ratione alio senatus consulto heredibus eis institutis a liberto acquirere hereditatem permissum est: ita bonorum quoque possessionem petere dicendum est. 2. Temporaque bonorum possessionis petendae cedere municipibus exinde, ex quo decernere de petenda potuerunt. quod et Papinianus respondit ». Cfr. fr. 3, § 4, Dig. 37, 1; fr. 30, Dig. 28, 6. Per le corporazioni: fr. 1, 2, Dig. 40, 3; c. 8, Cod. VI, 24; c. 1, Cod. VI, 62; c. 5, § 4, Cod. VI, 62; fr. 20 [21], Dig. 34, 5, e da ultimo la già citata c. un. *de incertis personis*, Cod. VI, 48, di cui non abbiamo che il sunto tipucitano. Per le fondazioni: c. 13, Cod. I, 2, cfr. Nov. 5. — MARCIANI, cc. 22, 23, Cod. VI, 2; c. 28, Cod. I, 3 e cc. 45, 48, Cod. I, 3.

in particolar modo, le disposizioni testamentarie a favore del culto e dei poveri (719).

§ 4. Della « *incapacitas* » in senso tecnico (720).

Per *incapacitas*, in senso tecnico, si intendeva la *incapacità di acquistare, in parte o in tutto, un'eredità alla quale si fosse stati validamente chiamati*. La *incapacitas* è un concetto tutto romano, che non è sopravvissuto nelle leggi moderne, e che venne escogitato a scopi politici e fiscali.

I principali casi di *incapacitas* erano i seguenti:

a) In base alla *lex Iunia Norbana* i *Latini Iuniani* che potevano essere validamente istituiti eredi, avendo *ius commercii*, erano incapaci di acquistare l'eredità loro deferita, ove entro 100 giorni dal momento in cui avevano avuto conoscenza della *delatio hereditatis*, non avessero acquistata la cittadinanza romana (721).

b) In base alle leggi matrimoniali di Augusto (*lex Iulia de maritandis ordinibus* e *lex Papia Poppaea*) erano del pari *incapaces*:

1° I *coelibes*, scapoli e zitelle, vedovi o divorziati — fra i 25-60 anni se maschi e, relativamente, fra i 20-50 se fem-

(719) Vedi testi citati nella nota precedente e FADDA, *Concetti fondamentali*, I, pagg. 218 e segg.

(720) MÜHLENBRUCH, *Continuazione al GlÜCH*, vol. XXXIX. — FADDA, *Concetti fondamentali*, vol. I, pagg. 177 e segg.

(721) Vedi GAIÒ, I, 23: « Non tamen illis permittit lex Iunia vel ipsis testamentum facere, vel ex testamento alieno capere, vel tutores testamento dari ». — ULPIANO, XVII, 1-3: « 1. Quod quis sibi testamentum relictum, ita ut iure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur, veluti ceciderit ab eo: verbi gratia si caelibis vel Latino Iuniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel caelebs legi paruerit, vel Latinus jus Quiritium consecutus sit: aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit vel peregrinus factus sit. 2. Hodie ex constitutione imperatoris Antonini omnia caduca fisco vindicantur, sed servato iure antiquo liberis et parentibus. 3. Caduca cum suo onere fiunt: ideoque libertates et legata et fideicommissa ab eo data, ex cuius persona hereditas caduca facta est, salva sunt: scilicet et legata et fideicommissa cum suo onere fiunt caduca ». — E confronta GAIÒ, II, 224-227, 275. — ULPIANO, XXII, 3; XXV, 7; fr. 52, Dig. 30.

mine, — i quali entro 100 giorni, come sopra, non avessero contratto matrimonio in conformità alla *lex Iulia* (722). I *coelibes* erano *incapaces* per il tutto.

2° Gli *orbi* cioè i coniugati privi di figli (723). Questi erano *incapaces* solo per la metà.

3° Il *pater solitarius* (vedovo o divorziato con figli), forse pure per la metà.

c) In base ad una costituzione di Domiziano vennero dichiarate *incapaces* (e per vero anche di fronte alla successione intestata) le *foeminae probrosae: meretrices, scenicae*, ecc. (724).

d) In base ad una costituzione di Leone i figli di secondo letto del coniuge binubo, per quanto fosse stato nel testamento loro assegnato in più che al figlio meno favorito di primo letto (controverso) (725).

§ 5. Della distinzione fra *incapacità di succedere* e *incapacità di acquistare*.

I. La *incapacità di succedere* nuoceva sempre: cioè, ove si trattasse di successione testamentaria, tanto se avesse esistito al momento dell'erezione del testamento, quanto se al momento della morte del testatore o dell'acquisto della successione.

(722) Vedi fr. 148, 149, Dig. 50, 16. — PAOLO, *Sententiae*, IV, 9. Sul *jus liberorum* vedi PAOLO, IV, 91, 1, 7. Confronta sulla data delle due leggi citate, vol. I, pag. 220 e GIRARD, *Manuel*, pag. 886, n. 4.

(723) Vedi GAIÒ, II, 111: « Caelibes quoque qui lege Iulia hereditatem legataque capere vetantur; item orbi id est qui liberos non habent, quos lex... » (mancano 69 linee). Cfr. fr. 148, Dig. 50, 16. — PAOLO, *R. S.*, IV, 9, 1-7. — Cfr. GAIÒ, II, 286 a: « Item orbi qui per legem Papiam, ob id quod liberos non habebant dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt... ». — Cfr. ULPIANO, XXII, 3; XVII, 1; XVI, 1 e XV; e fr. 52, Dig. 31.

(724) Vedi SVETONIO, *Dom.*, c. 8. « Suscepta morum corruptione, probrosis feminis lecticae usum ademit iusque capiendi legata hereditatesque ». Fr. 41, § 1, Dig. 28, 1. *Tryphoninus libro decimo octavo disputationum*. « Mulier in qua turpis suspicio cadere potest, nec ex testamento militis aliquid capere potest ut divus Hadrianus rescripsit ». Fr. 2, § 4, Dig. 38, 17 [18]. Confronta tuttavia c. 23, Cod. V, 4.

(725) Cfr. WINDSCHEID, *Pandekten*, § 550.

La incapacità di acquistare nuoceva solo se esisteva nel momento dell'acquisto: e anzi si accordava all'erede, che fosse incapace in quel momento, un termine ulteriore entro il quale purgarsi della sua *incapacitas* (726).

II. L'incapacità di succedere escludeva l'erede assolutamente, senza riguardo cioè alla natura della successione. L'*incapacitas* invece gli era di ostacolo all'acquisto solo in quanto l'acquisto gli potesse recare un vantaggio. Si prescindeva pertanto dall'*incapacitas*: in caso di *hereditas damnosa*, e in caso di *hereditas* da restituirsi totalmente, e senza lucro per l'erede.

III. Infine i principii in base ai quali l'eredità non acquistata per *incapacitas*, veniva ad altri attribuita, erano diversi da quelli che valevano per il caso in cui una eredità non fosse stata acquistata da un erede, per incapacità di succedere.

Per la *incapacitas* bisognava distinguere come segue:

a) Se uno degli eredi istituiti era *incapax*, e nel testamento erano istituiti ascendenti o discendenti *usque ad tertium gradum*, questi acquistavano la quota che si rendeva vacante per accrescimento, *iure antiquo* (727).

b) Se non vi erano tali ascendenti o discendenti, la quota dell'*incapax* andava, *iure novo*, agli istituiti o agli onorati di legato nello stesso testamento, che avessero *liberi* nel senso dell'editto pretorio (728).

c) Se mancavano ascendenti o discendenti ed istituiti, o altrimenti onorati, con figli, allora i *caduca populo vindicabantur*.

Una costituzione dell'imperatore Antonino Pio parificava poi il caso *b* al *c*, rivendicando sempre i *caduca* al *Fiscus Caesaris* (anzichè all'*Aerarium populi romani*), quando nel

(726) Vedi ULPIANO, XVII, 1, sopra trascritto, e XXII, 3; *Fr. de Formula Fabiana*, 3 e cfr. fr. 82, Dig. 29, 2; fr. 11, Dig. 28, 6, fr. 52, Dig. 31.

(727) Vedi ULPIANO, XVIII, 1: « Item liberis et parentibus testatoris usque ad tertium gradum lex Papia jus antiquum dedit, ut hereditibus illis institutis, quod quis ex eo testamento non capit, ad hos pertineat aut totum aut ex parte, prout pertinere possit ».

(728) Vedi GAIÒ, II, 206-207.

testamento non vi fossero istituiti od onorati discendenti o ascendenti (fino al 3° grado) (729).

Per la vera e propria incapacità di succedere valevano i principii generali dell'accrescimento.

La maggior parte dei casi di *incapacitas* sopra indicati venne meno col venir meno delle disposizioni di legge sulle quali erano fondate, da prima per opera di Costantino, e poi per opera di Giustiniano (730). Nel diritto giustiniano non vi ha più *incapacitas* che per le *foeminae probosae*, e pei figli di secondo letto (controverso).

§ 6. Della « indignitas ».

Per *indignitas* si intende la *incapacità di conservare una eredità validamente acquistata*. Essa ha il suo fondamento in un concetto morale, per cui si considera inammissibile che una persona abbia a trarre un lucro patrimoniale dall'eredità di un'altra persona verso la quale si è resa colpevole di delitti, o della quale ha altrimenti gravemente demeritato. Anche l'*indegnitas*, al pari della *incapacitas*, è concetto relativamente recente. Essa si ricollega alle *leges Julia* e *Papia Pappaea*, e ad altre posteriori.

L'eredità, o i legati, vengono tolti all'indegno a favore del fisco, il quale ne diventa titolare, *heredis loco*. L'indegno, conserva tuttavia il *nomen heredis* come pure il *ius sepulchri*.

Numerosi sono i casi di indegnità ricordati nelle fonti (731). E indegno l'erede che abbia procurata la morte

(729) Vedi ULPIANO, XVII, 2, sopra trascritto.

(730) Vedi L. c. un., Cod. Theod., VIII, 6: c. 1, Cod. VIII, 57 [58]; c. un., Cod. VI, 51 e c. 23, Cod. V, 4.

(731) Vedi e. g.: fr. 3, Dig. 34, 9. *Marcianus libro quinto regularum*. « Indignum esse divus Pius illum decrevit, ut et Marcellus libro duodecimo digestorum refert, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier a qua heres institutus erat, moreretur ». Cfr. FADDA, op. cit., I, pagg. 230 e segg. Cfr. fr. 9, Dig. 49, 14. Fr. 7, § 4, Dig. 48, 20. *Paulus libro singulari de portionibus quae liberis damnatorum conceduntur*. « Praeterea ex his, quae per flagitium damnatus adquisiit, portiones liberorum non augentur: veluti si cognatum suum interemi curaverit et eius hereditatem adiit vel bonorum possessionem accepit: nam ita divus Pius rescripsit. cui consequenter illud idem princeps constituit, cum filia familias veneno necasse con-

del *de cuius*, o che abbia ommesso di *ricercarne*, coi mezzi consentiti dalle leggi (*senatusconsultum Silanianum*) l'assassino, o che abbia sollevato controversie sullo *status* del medesimo, o ne abbia soppresso, o impugnato di falso o di inofficiosità, il testamento, e vai dicendo (732).

§ 7. Dell'acquisto dell'eredità.

Per potersi avere eredità occorre infine che la persona validamente chiamata alla medesima l'abbia anche effettivamente acquistata. Non basta cioè la delazione, ma occorre l'acquisto. L'acquisto dipendeva generalmente da un atto di volontà dell'erede. Per certi eredi, tuttavia, esso si operava per virtù di legge, indipendentemente dalla loro volontà. Di qui la distinzione fra *heredes voluntari* e *heredes necessari*, della quale dovremo occuparci più avanti. Quello che occorre porre in evidenza a questo punto si è che in caso di *heredes voluntari*, la delazione e l'acquisto non combaciano cronologicamente. Vi è, in altri termini, una interruzione di continuità che dà luogo agli istituti della c. d. *hereditas iacens* e della *usucapio pro herede*.

vinceretur eum, a quo heres instituta erat: quamvis iussu patris, cuius in potestate erat, hereditatem eam adiisset, tamen fisco eam vindicandam esse. Quae post 'condemnationem adquisiit is cuius bona 'publicata sunt, si relegatus est, ad heredes scriptos ab eo vel ab intestato venientes pertinent: nam in insulam relegatus testamenti factionem habet ut reliqua quoque iura. quod si deportatus est, quoniam, 'quia civitatem amittit, heredem habere non potest, etiam postea 'adquisita fisco capit' ».

(732) Vedi anche il fr. 9, Dig. 34, 9. *Ulpianus libro quarto decimo ad legem Iuliam et Papiam*. « Si inimicitiae capitales intervenerunt inter legatarium et testatorem et verisimile esse coeperit testatorem noluisse legatum sive fideicommissum praestari ei, cui adscriptum relictum est, magis est, ut legatum ab eo peti non possit. Sed et si palam et aperte testatori maledixerit et infaustas voces adversus eum iactaverit, idem erit dicendum. si autem status eius controversiam movit, denegatur eius quod testamento accepit persecutio: ex qua specie statim fisco deferetur »; e confronta FADDA, *Concetti fondamentali*, I, pagg. 230-285.

CAPITOLO III.

« Hereditas iacens » ed « Usucapio pro herede ».

Sommario: § 1. « Hereditas iacens ». — § 2. Dell' « usucapio pro herede ».

§ 1. « Hereditas iacens » (733).

L'eredità giacente è *sine domino*, ma non è *nullius* nel senso tecnico della parola. Se tale fosse dovrebbe poter venire acquistata dal primo occupante; il che non è. Se le fonti dicono che, durante la giacenza, le *res hereditariae* sono *nullius* (734), lo dicono dunque in un senso ben diverso da quello nel quale usano questa espressione in tema d'occupazione. Ciò va tenuto ben presente. Gaio illustrava questa distinzione nel § 9, *Inst.*, lib. II (che possiamo ricostruire in base al fr. 1, Dig. I, 8): « *id vero quod humani iuris est plerumque alicuius in bonis est; potest antem et nullius in bonis esse; nam res hereditariae antequam aliquis heres existet, nullius in bonis sunt* » (735).

(733) Vedi PERNICE, *Labeo*, I, pagg. 358 e segg. — DUSI, *L'eredità giacente nel diritto romano e moderno*, Torino, 1891. — P. STEINLECHNER, *Das schwebende Erbrecht*, 2 vol., Innsbruck, 1893. — FADDA, *Concetti fondamentali*, vol. II, pagg. 1-30. — DI MARZO, *Sulla dottrina romana dell'eredità giacente* (negli Studi in onore di V. Scialoja).

(734) Vedi e. g. il fr. 13, § 5, Dig. 43, 24. *Ulpianus libro septuagesimo primo ad edictum*. « Quaesitum est, si, cum praedium interim nullius esset, aliquid vi aut clam factum sit, an postea dominio ad aliquem devoluto interdicto locus sit: ut puta hereditas iacebat, postea adiit hereditatem Titius, an ei interdictum competat? et est apud Vivianum saepissime relatum heredi competere hoc interdictum eius, quod ante aditam hereditatem factum sit, nec referre Labeo ait, quod non scierit, qui heredes futuri essent: hoc enim posse quem causari etiam post aditam hereditatem. ne illud quidem obstare Labeo ait, quod eo tempore nemo dominus fuerit: nam et sepulchri nemo dominus fuit et tamen, si quid in eo fiat, experiri possum quod vi aut clam. [accedit his, quod hereditas dominae locum optinet. et recte dicitur heredi quoque competere et ceteris successoribus, sive ante, quam successerit, sive postea aliquid sit vi aut clam admissum] ».

(735) Vedi BONFANTE, *La justa causa dell'usucapione* (nella Rivista Italiana per le scienze giuridiche, vol. XV, pagg. 181 e segg.). Il Fadda

L'eredità giacente non è di *qualcuno*, giacchè i rapporti giuridici dei quali essa consta sono momentaneamente privi di un proprio soggetto; ma essa è *per qualcuno* e cioè per il futuro erede. Essa deve quindi essere conservata e difesa finchè egli l'acquista. Questa è la vera sostanza dell'istituto, tenendo presente la quale riesce facile rendersi conto del trattamento ad esso fatto nelle fonti.

L'eredità giacente non ha un subietto, e neppure è, essa stessa, un subietto di diritto, e quindi non può venire istituita erede, nè può aumentarsi mediante quei negozi giuridici che presuppongano un atto di volontà di colui pel quale producono i loro effetti (736). Ma essa viene nondimeno conservata e continuata perchè è destinata a qualcuno, e quindi si ammette che possa aumentare e diminuire: *accessionem et diminutionem recipit*. Così i frutti separati vengono a far parte della eredità; così le alluvioni; così pure può l'eredità acquistare azioni in base a fatti di terzi (*actio negotiorum gestorum (directa); actio legis aquiliae; actio arborum furtim caesarum, interdictum quod vi aut clam, ecc.*). Essa può anche acquistare per mezzo degli schiavi ereditari, in quanto gli acquisti dei medesimi non presuppongano un atto di volontà del loro *dominus*. Per fatti naturali, e per mezzo degli schiavi ereditari, l'eredità può anche subire diminuzioni (avulsioni, morte degli schiavi, ecc.) e incontrare obbligazioni (azioni nossali);

sostiene che nelle origini le *res hereditariae* erano *nullius* in senso tecnico, e che la loro tutela giuridica cominciò col richiedersi l'usucapione (invece della pura e semplice occupazione) e col considerarsi l'eredità come patrimonio. Questa parte della dottrina del Fadda ci lascia in dubbio.

(736) Il testo fondamentale in proposito è il fr. 61, Dig. 41, 1. *Hermogenianus libro sexto iuris epitomarum*. « Hereditas in multis partibus iuris pro domino habetur adeoque hereditati quoque ut domino per servum hereditarium acquiritur. in his sane, in quibus factum personae operaeve substantia desideratur, nihil hereditati quaeri per servum potest. ac propterea quamvis servus hereditarius heres institui possit, tamen quia adire iubentis domini persona desideratur, heres exspectandus est. 1. Usus fructus, qui sine persona constitui non potest, hereditati per servum non acquiritur ». Confronta l'ampio e acuto commento del FADDA, op. cit., II, pagg. 17 e segg.

anche qui però sempre in quanto tali diminuzioni ed obbligazioni non presuppongano un atto di volontà di un subietto di diritto.

Insomma, l'eredità giacente non deve, per il fatto del trovarsi momentaneamente priva di soggetto, dissolversi; ma deve invece continuare ad esistere finchè si sia congiunta col soggetto al quale è destinata. Essa non rappresenta nè il defunto, nè l'erede; nè è essa stessa una persona giuridica; ma il diritto positivo, per ragioni di convenienza facilmente apprezzabili, vuole che essa venga conservata, come era presso il defunto, finchè sia passata all'erede. Così è che quando l'erede l'acquista, si considera come se non sia mai stata giacente: *heres quandocumque adeundo hereditatem, iam tunc a morte successisse intelligitur* (737). L'erede succede al defunto e non già alla eredità giacente considerata come soggetto di se stessa.

La teoria che considera l'*hereditas iacens* come una persona giuridica non ha solido fondamento nelle fonti romane (738) ed è assolutamente insostenibile anche dal punto di vista civilistico. Ogni persona giuridica infatti esiste per il raggiungimento di un fine di interesse collettivo, e se ha un patrimonio, lo ha appunto per il raggiungimento di tale fine: l'*hereditas iacens* non ha invece alcuno scopo suo proprio da raggiungere: essa è, per così dire, scopo a se stessa.

§ 2. Dell' « usucapio pro herede » (739).

Le norme giuridiche relative alla *hereditas iacens* avevano per iscopo di conservare integra l'eredità finchè

(737) Vedi fr. 28, § 4, Dig. 45, 3; fr. 54, Dig. 29, 2; e cfr. fr. 33, § 2 e fr. 34, Dig. 41, 1; fr. 35, Dig. 45, 3.

(738) Vedi in proposito FADDA, op. cit. e DI MARZO, Mon. cit., che attribuisce ai compilatori l'avvicinamento dell'*hereditas iacens* alle persone giuridiche. Quanto alla storia delle dottrine romane relative alle *hereditas iacens* veggasi la trattazione del FADDA, op. cit.

(739) Vedi ASCOLI, *L'usucapio pro herede* (nell'Archivio giuridico, vol. 38, 1887). — Contro l'Ascoli vedi BONFANTE, *Le singole justae causae usucapionis* (nella Rivista Italiana per le scienze giuridiche, XVII, 1894).

l'erede si presentasse ad acquistarla. Ma all'erede non era, in origine, fissato alcun termine entro il quale presentarsi, per cui lo stato di giacenza dell'eredità poteva prolungarsi indefinitamente. Sembra che ad evitare gli inconvenienti che potevano derivare da una protratta giacenza dell'eredità, inconvenienti pregiudizievole in particolar modo al culto familiare (*Sacra*) e ai creditori del defunto, venisse, fin da tempo antico, riconosciuto l'istituto della *usucapio pro herede* (740). Questo istituto consisteva in ciò: che ogni estraneo poteva, impossessandosi dell'eredità giacente prima dell'erede, e restando in questo possesso, come *heres*, per un anno, acquistarla, anche quando la sua presa di possesso fosse avvenuta in mala fede, indipendentemente da un giusto titolo (741). Il tempo necessario era di un anno, perchè, dice Gaio, in origine non si acquistavano le singole *res hereditariae* (le quali potevano essere *fundi* e richiedere

(740) GAIO, II, 52-57. « Rursus ex contrario accidit, ut qui sciat alienam rem se possidere, usucapiat, veluti si rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possederit; nam ei concessum est usucapere, si modo ea res est quae recipit usucapionem; quae species possessionis et usucapionis pro herede vocatur. 53. Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res quae solo continentur, anno usucapiantur. 54. Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditiarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. Lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno. Ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est: et quamvis postea creditum sit ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit. 55. Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur. 56. Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucrativa vocatur; nam sciens quisque rem alienam lucri facit. 57. Sed hoc tempore jam non est lucrativa: nam ex auctoritate Hadriani senatus consultum factum est ut tales usucapiones revocarentur; et ideo potest heres ab eo qui rem usucepit, hereditatem petendo proinde eam rem consequi ac si usucapta non esset ».

(741) Se vi sono *heredes sui*, o *sui et necessari*, l'*usucapio pro herede* non può più aver luogo; GAIO, II, 58; III, 201; c. 2, Cod. VII, 29.

quindi per l'usucapione lo spazio di due anni), ma l'*hereditas* come tale, la quale cadeva fra le *ceterae res* di cui parlano le XII tavole (742).

Come si sia in proposito, certo è però che, già nell'epoca classica, l'istituto della *usucapio pro herede* sembrava strano ed esorbitante. Esso dovette quindi trasformarsi. Si cominciò coll'ammettere che l'oggetto della *usucapio pro herede* non fosse già l'*hereditas*, ma le *res hereditariae* (743), e così se ne restrinse la portata. Ma poi sembrò che, anche entro tali limiti, l'*usucapio* non fosse più giustificabile. I casi nei quali essa poteva supplire al deficiente ordinamento nelle successioni si erano fatti sempre più rari, e la maggiore estensione dello stato romano e le condizioni della nuova vita facevano desiderare che all'erede fosse lasciato un termine più lungo entro il quale acquistare, volendo, l'eredità deferitagli.

Allora cominciò una vera e propria reazione contro l'antico istituto. Servì a ciò, da prima l'istituto della *bonorum possessio*, colla quale il pretore poteva tagliare la via ad ogni estraneo *usucaptor pro herede* (vedi oltre pag. 404); poi intervenne direttamente il potere legislativo. Un senatoconsulto dei tempi di Adriano stabilì che l'*usucapio pro herede* dovesse considerarsi come non avvenuto di fronte all'erede civile. Era un colpo fatale. Tuttavia, sebbene paralizzata, l'*usucapio pro herede* non aveva ancora perduto ogni importanza. L'antico principio che ne costituiva la base, e ne era al tempo stesso un corollario, il principio per cui *rei hereditariae antequam ab herede possideatur furtum fieri non potest* restava ancora in vita. Marco Aurelio andò più oltre introducendo nel sistema giuridico romano il *crimen expilatae hereditatis* (744). Chi dunque si impos-

(742) Si comprende pertanto come si sia potuto, nella dottrina, discutere il problema se la *usucapio hereditatis* fosse in origine un titolo di delazione dell'eredità. Vedi FADDA, *Concetti fondamentali*, I, pagg. 311 e segg., e il fr. 4, Dig. 45, 5, ivi citato.

(743) Vedi GAIO, II, 54 trascritto alla pagina precedente e cfr. CICCONE, *De legibus*, II, 49, 49.

(744) Vedi fr. 1, Dig. 47, 19. *Marcianus libro tertio institutionum*. « Si quis alienam hereditatem expilaverit, extra ordinem solet coerceri ».

sessava in mala fede delle cose ereditarie non poteva essere perseguito come ladro, ma però poteva esserlo come *expilator hereditatis*. La lettera del diritto antico era rispettata, ma la sostanza, per l'usucapiente di mala fede, ne era abrogata.

I giuristi posteriori parlano ancora di *usucapio pro herede*, nel senso antico, e ne riconoscono le regole, ma soltanto in favore dell'usucapiente in buona fede. E Giustiniano richiedendo la buona fede per ogni usucapione (e quindi anche per la nostra), e riconoscendo come giusto titolo il titolo *pro herede* riassumeva apparentemente questa usucapione fra i casi normali, pur non avendo provveduto ad abolirne le anomalie secondarie quali erano l'impossibilità dell'*usucapio pro herede* di fronte al *suus heres*, la revocabilità in base al senatoconsulto di Adriano, l'ostacolo del possesso da parte dell'erede, ecc.

per accusationem expilatae hereditatis, sicut et oratione divi Marci cavetur ». Fr. 2, § 1, Dig. eod. *Ulpianus libro nono de officio proconsulis*. « Apparet autem expilatae hereditas crimen eo casu intendi posse, quo casu furti agi non potest, scilicet ante aditam hereditatem, vel post aditam antequam res ab herede possessae sunt. nam in hunc casum furti actionem non competere palam est: quamvis ad exhibendum agi posse, si qui vindicaturus exhiberi desideret, palam sit ». Cfr. fr. 5, Dig. eod. *Hermogenianus libro secundo iuris epitomarum*. « Uxor expilatae hereditatis crimine idcirco non accusatur, quia nec furti cum ea agitur ». Fr. 6, Dig. eod. *Paulus libro primo ad Neratium*. « Si rem hereditariam, ignorans in ea causa esse, subripuisti, furtum te facere respondit. *Paulus*: rei hereditariae furtum non fit sicut nec eius, quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripientis ».

CAPITOLO IV.

« Hereditas » e « Bonorum possessio ».

Sommario: § 1. Svolgimento storico del sistema successorio romano. — § 2. Origini della « bonorum possessio ». — § 3. Come si acquistava la « bonorum possessio ». Varie specie di « bonorum possessio ». Posizione giuridica del « bonorum possessor ». — § 4. Altre differenze fra « hereditas » e « bonorum possessio ». — § 5. Fusione della « bonorum possessio » colla « hereditas ».

§ 1. *Svolgimento storico del sistema successorio romano.*

Il sistema successorio romano non è scaturito da una sola ed unica fonte. Esso è il risultato della fusione di due diverse correnti: in parte ha la sua scaturigine nell'antico diritto civile, in parte nell'editto dei pretori, e nelle costituzioni imperiali. Anche qui da un sistema unitario, semplice ma rigido, si passò ad un sistema dualistico, piuttosto complicato, per arrivare poi, alla fine, ad un nuovo sistema unitario più in armonia coi bisogni di una civiltà raffinata.

Nell'epoca classica il dualismo del sistema successorio fa capo ai due istituti della *hereditas* e della *bonorum possessio*. La *hereditas* corrisponde al concetto più antico della successione (*successione nella sovranità*); la *bonorum possessio* al concetto moderno (*successione nel patrimonio*). Senonchè, non essendo stata la *bonorum possessio* introdotta per trasformare il concetto dell'antica successione, ma per ampliarne la sfera di applicazione in armonia colle nuove idee sulla parentela e sui testamenti, ne venne di conseguenza che, nella sua struttura fondamentale, essa si plasmò sul tipo dell'eredità civile e, se non lo fu già nelle origini sue, divenne ben presto essa pure (lo era ai tempi di Labeone) una *successio in ius defuncti* (745).

(745) Vedi pr. e §§ 1-2, *Inst.*, III, 9. « Jus bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo praetor emendavit,

Questo processo di reciproca influenza del nuovo sul vecchio, e del vecchio sul nuovo, per cui le basi dell'antico sistema successorio venivano lentamente corrose, pur riflettendosi nel nuovo sistema, che veniva sostituendosi, il carattere fondamentale dell'antico, si rende manifesto, ove si confrontino i due sistemi, rilevando i principali punti

sicut supra dictum est, sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum a praetore adjuvabatur; sed et hic e nostra constitutione (c. 1, Cod. VI, 48) hodie recte heres instituitur, quasi et jure civili non incognitus. 1. Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui recte facto testamento heredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem: item ab intestato suos heredes et adgnatos ad bonorum possessionem vocat; sed et remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet jure civili. 2. Quos autem praetor solus vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt (nam praetor heredem facere non potest; per legem enim tantum vel similem juris constitutionem heredes fiunt, veluti per senatus consultum et constitutiones principales), sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur et vocantur bonorum possessores. Adhuc autem et alios complures gradus praetor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moriatur; nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum praetor ex bono et aequo dilatavit». Confronta GAIIO, III, 32-33. Vedi GAIIO, III, 80. « Neque autem bonorum possessorum neque bonorum emptorum res pleno jure fiunt, sed in bonis efficiuntur; ex jure Quiritium autem ita demum adquiruntur, si usuceperunt ». Cfr. GAIIO, IV, 34: « Habemus adhuc alterius generis fictiones in quibusdam formulis, veluti cum is qui ex edicto bonorum possessionem petit, ficto se herede agit. Cum enim praetorio jure, non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit, potest intendere SUUM ESSE, neque id quod ei debebatur, potest intendere DARI SIBI OPORTERE; itaque ficto se herede intendit veluthoc modo: JUDEX ESTO. SI A. AGERIUS (id est si ipse actor) L. TITIO HERES ESSET, TUM SI EUM FUNDUM DE QUO AGITUR EX JURE QUIRITIUM EJUS ESSE OPORTERET; et sic de debito cum praeposita simili fictione heredis ita subjicitur: TUM SI PARERET N. NEGIDIUM A. AGERIO SESTERTIUM X MILIA DARE OPORTERE ». Cfr. ULPIANO, Regularum, XXVIII, 12 e fr. 1, 2, Dig. 5, 5; fr. 1, 2, Dig. 37, 1; fr. 138, Dig. 50, 16; fr. 117, Dig. 50, 17.

di dissimiglianza fra di loro intercedenti. Questi riguardano particolarmente: le *formalità richieste pel testamento*; le *persone chiamate alla successione ab intestato*; il *modo di acquisto*; gli *effetti*.

I. Per ciò che riguarda le *formalità* che il testamento doveva rivestire, affinché l'istituto potesse acquistare l'eredità, basterà accennare qui (vedi più avanti pag. 421) che erano quelle proprie alle deliberazioni comiziali, e al *per aes et libram agere*, mentre il pretore, per accordare la *bonorum possessio*, si contentò di un semplice atto scritto suggellato da 7 testimoni. Ciò era conforme alla diversa funzione del diritto ereditario civile e pretorio, quale noi l'abbiamo sopra delineata. Se però la più recente funzione della successione trionfò nelle forme originarie del testamento, essa restò tuttavia influenzata dall'idea antica, per ciò che riguarda la *esistenza del testamento*, giacchè per tutto lo svolgimento del diritto romano non si abbandonò mai l'idea che *la chiamata ereditaria dovesse farsi in un testamento e mediante istituzione ad erede*: solo l'istituto del fedecommeso universale temperò la rigidità di questo principio che, veramente, aveva perduta la sua ragion d'essere dopochè la successione si era apertamente affermata come successione patrimoniale.

II. Per ciò che riguarda le persone era naturale, secondo l'originario concetto della successione che, ove non vi fosse un erede *suus* o testamentario, la *familia* del defunto che trovava ad essere costituita da schiavi e cose, venisse, per così dire, assorbita dagli agnati e gentili. Ma appena l'elemento patrimoniale ebbe preso il sopravvento si sentì la necessità di chiamare alla successione anche i parenti del sangue. Non si trattava più di dare un capo alla *familia*, ma di dividerne equamente il patrimonio fra i congiunti. Ispirandosi a questo criterio il pretore concesse la *bonorum possessio ab intestato* a nuove categorie di successibili (746). L'idea antica trionfò però anche qui, in

(746) Vedi più avanti pag. 485.

quanto anche questi nuovi successori nel patrimonio vennero considerati come *successori in (universum) ius* (747).

III. Per ciò che riguarda l'acquisto della *hereditas*, in contrapposto all'acquisto della *bonorum possessio*, un punto di dissimiglianza assai notevole e significativo consiste in ciò che, secondo il diritto civile la decisione circa l'acquisto o meno dell'eredità doveva esser presa personalmente dall'erede, mentre per l'acquisto o meno della *bonorum possessio* poteva essere presa per mezzo di un rappresentante (748). E del pari significativo si è che mentre la *hereditas* poteva venire imposta a certe persone (*sui heredes*), la *bonorum possessio* non veniva mai imposta ad alcuno, ma solo poteva venir concessa a chi la richiedeva al magistrato.

IV. Notevole infine, e pure significativo, era il contrapposto, per ciò che riguarda gli effetti dell'acquisto della *hereditas* e della *bonorum possessio*. L'erede infatti non otteneva, in seguito all'acquisto dell'eredità, che la *petitio hereditatis* colla quale otteneva la eredità dimostrando *la sua qualità di erede*; il *bonorum possessor* otteneva l'*interdictum quorum bonorum* col quale poteva direttamente immettersi nel possesso dei beni ereditari.

§ 2. Origini della « *bonorum possessio* ».

Sulle origini della *bonorum possessio* regna la più grande oscurità, il che ha dato luogo alle più svariate ipotesi (749). Giustiniano, nelle sue istituzioni, insegna che il *ius bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris*

(747) Vedi fr. 208, Dig. 50, 16. *Africanus libro quarto quaestionum*. « *Bonorum appellatio sicut hereditas universitatem quamdam ac ius successionis et non singulas res demonstrat* ».

(748) Vedi fr. 3, § 9, Dig. 37, 1; fr. 7, § 2; fr. 8, Dig. eod.

(749) Le molteplicità delle teorie e ipotesi sulla origine della *bonorum possessio* è in ragione inversa della scarsità dei testi ad essa relativa. Per una esposizione critica di queste teorie e ipotesi veggansi: LEIST, *Die bonorum possessio*, 2 volumi, 1844-1848 e nella continuazione al *Commentario delle Pandette* del Glück, voll. 37-38; e FADDA, *Concetti fondamentali*, vol. I, pagg. 33 e segg.

iuris gratia, e soggiunge poi che la *bonorum possessio* poteva venir concessa anche *confirmandi iuris civilis gratia: aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris iuris sed magis confirmandi gratia pollicetur bonorum possessionem*. Se si dovesse giudicare in base a questa sola testimonianza, bisognerebbe quindi dire che, fin dalle origini, il pretore volle creare un nuovo sistema successorio, e che, solo in seguito, la *bonorum possessio* venne concessa anche agli eredi civili.

Questa idea trovasi sostenuta, in forme diverse, nella letteratura. Ma l'ammettere che il pretore intervenisse, già nelle origini, come riformatore del sistema successorio, urta contro l'evoluzione, altrimenti a noi nota, della sua attività giurisdizionale, e contro quanto sappiamo in riguardo ad altre sue riforme. Si ritiene pertanto dai più (malgrado i frammenti di Gaio e delle istituzioni sopra citati che, per vero, non hanno grande forza probatoria) che la *bonorum possessio* venisse, in origine, concessa *iuris civilis confirmandi causa*, e che, solo in seguito, con crescendo corrispondente allo svilupparsi della nuova vita, venisse data *supplendi*, e fin *corrigendi iuris civilis causa*.

I seguaci di questa dottrina non sono però concordi nel determinare i casi nei quali la *bonorum possessio* sarebbe stata primieramente introdotta. Alcuni ritengono probabile che in origine essa venisse concessa, interinalmente, ad uno fra i due contendenti sull'eredità, che fossero egualmente sprovvisti del possesso; e ciò per rendere possibile l'esperimento della *petitio hereditatis*. Siccome l'essere possessore, nel processo di rivendica della eredità, era assai vantaggioso, così sembra naturale ammettere che il pretore concedesse la *bonorum possessio* a quello dei contendenti che, a suo avviso, aveva più probabilità di essere l'erede.

Secondo altri scrittori il pretore avrebbe invece cominciato coll'accordare la *bonorum possessio* al prossimo erede chiamato dalla legge, quando non l'avesse chiesta il precedente, entro lo *spatium* dal pretore stesso determinato.

Secondo altri infine la originaria *bonorum possessio* non sarebbe stata introdotta che per disciplinare l'istituto della *pro herede gestio*. Come abbiamo visto, secondo l'antico

diritto civile, chiunque si impossessasse dell'eredità giacente, poteva farla sua per usucapione, nel termine di un anno. Ma questo antichissimo istituto si trovò ben presto in urto colla coscienza popolare, onde il pretore avrebbe cercato di piegarlo ad una nuova più conveniente funzione, accordando la *bonorum possessio* (e quindi la base per l'*usucapio pro herede*) a chi glie la chiedesse basandosi sopra un rapporto di parentela col defunto o sopra un testamento, sia pur difettoso secondo il diritto civile.

Come si sia, ad ogni modo, circa le origini, certo è che, nell'epoca classica, si era formato tutto un sistema in base al quale certe persone venivano chiamate alla *bonorum possessio*: o contro un testamento (*contra tabulas*), o in base ad un testamento (*secundum tabulas*), o in base ad un rapporto di parentela civile o naturale. Questo sistema venne da prima modificato (750) e poscia quasi completamente abolito da Giustiniano.

(750) Veggasi in proposito §§ 3-9, *Inst.*, III, 9. «Sunt autem bonorum possessiones ex testamento quidem hae. prima, quae praeteritis liberis datur vocaturque contra tabulas. secunda, quam omnibus iure scriptis heredibus praetor pollicetur ideoque vocatur secundum tabulas. et cum de testamentis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. et primo loco suis heredibus et his, qui ex edicto praetoris suis connumerantur, dat bonorum possessionem quae vocatur unde liberi: secundo legitimis heredibus: tertio decem personis, quas extraneo manumissori praeferebat (sunt autem decem personae hae: pater mater, avus avia tam paterni quam materni, item filius filia, nepos neptis tam ex filio quam ex filia, frater soror sive consanguinei sive uterini): quarto cognatis proximis: quinto tum quam ex familia: sexto patrono et patronae liberisque eorum et parentibus: septimo viro et uxori: octavo cognatis manumissoris. 4. Sed eas quidem praetoria induxit iurisdictio. nobis tamen nihil incuriosum praetermissum est, sed nostris constitutionibus omnia corrigentes contra tabulas quidem et secundum tabulas bonorum possessiones admisimus utpote necessarias constitutas, nec non ab intestato unde liberi et unde legitimi bonorum possessiones. 5. Quae autem in praetoris edicto quinto loco posita fuerat, id est unde decem personae, eam pio proposito et compendioso sermone supervacua ostendimus: cum enim praefata bonorum possessio decem personas praeponebat extraneo manumissori, nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eisdemque manumissoribus contracta fiducia manumissionem facere dedit, ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium et supervacua

§ 3. *Come si acquistava la « bonorum possessio ». Varie specie di « bonorum possessio ». Posizione giuridica del « bonorum possessor ».*

Abbiamo già visto che la *bonorum possessio* non si acquistava *ipso iure*. Occorreva che venisse domandata al magistrato e che da questi venisse concessa (*petitio, agnitio bonorum possessionis; datio bonorum possessionis*). Il termine entro il quale la *bonorum possessio* poteva venir domandata, era: pei discendenti ed ascendenti, di un anno *utilis*, a partire dal momento in cui il ricorrente aveva saputo che poteva chiedere la *bonorum possessio* (*a tempore scientiae*

fiat praedicta bonorum possessio. sublata igitur praefata quinta bonorum possessione in gradum eius sextam antea bonorum possessionem reduximus et quintam fecimus, quam praetor proximis cognatis pollicetur. 6. Cumque antea septimo loco fuerat bonorum possessio tum quam ex familia et octavo unde liberi patroni patronaeque et parentes eorum, utramque per constitutionem nostram, quam de iure patronatus fecimus, penitus vacuavimus: cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum libertinorum successiones posuimus, quas usque ad quintum tantummodo gradum coartavimus, ut sit aliqua inter ingenuos et libertos differentia, sufficiunt eis tam contra tabulas bonorum possessio quam unde legitimi et unde cognati, ex quibus possint sua iura vindicare, omni scrupulositate et inextricabili errore duarum istarum bonorum possessionum resoluta. 7. Aliam vero bonorum possessionem, quae unde vir et uxor appellatur et nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, et in suo vigore servavimus et altiore loco, id est sexto, eam posuimus, decima veteri bonorum possessione quae erat unde cognati manumissoris propter causas enarratas merito sublata: ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinariae permaneant suo vigore pollentes. 8. Septima eas secuta, quam optima ratione praetores introduxerunt novissime enim promittitur edicto his etiam bonorum possessio, quibus ut detur lege vel senatus consulto vel constitutione comprehensum est, quam neque bonorum possessionibus quae ab intestato veniunt neque eis quae ex testamento sunt praetor stabili iure connumeravit, sed quasi ultimum et extraordinarium auxilium, prout res exigit, accomodavit scilicet his, qui ex legibus senatus consultis constitutionibus principum ex novo iure vel ex testamento vel ab intestato veniunt». Cfr. fr. 2, Dig. 37, 11; fr. 1 pr., Dig. 38, 6, Per la ricostruzione della parte dell'editto di Salvio Giuliano riguardante le *bonorum possessiones* veggasi LENEL, *Das Edictum Perpetuum* (2^a ed. tedesca), pagg. 330 e segg.

delationis); per gli altri chiamati, di 100 giorni utili, pure *a tempore scientiae delationis*.

La delazione aveva luogo, per il primo chiamato, al momento della morte del *de cuius*; per i chiamati successivamente, al momento in cui il primo chiamato aveva lasciato trascorrere il termine entro il quale poteva chiedere la *bonorum possessio*. A seconda che la domanda fosse fondata sopra un editto del pretore, oppure sopra altri fatti e rapporti non contemplati in un editto, la *bonorum possessio* concessa veniva detta *edictalis* o *decretalis* (751). Il pretore a chi gli chiedeva la *bonorum possessio*, affermando di rivestire tutti gli estremi richiesti nel suo editto, la concedeva senza altro, ammettendo, cioè, come rispondente al vero l'affermazione del richiedente. Ma questi doveva poi provare la verità della sua affermazione quando intentava l'*interdictum quorum bonorum* per mettersi in possesso dei *bona*.

A chi gli chiedeva la *bonorum possessio* fondandosi sopra rapporti o circostanze di fatto non considerate nel suo editto, il pretore la accordava solo con un decreto speciale, *causa cognita* (onde appunto il termine di *bonorum possessio decretalis* (752)). Era naturale che, in questi casi, egli volesse assicurarsi che la domanda fosse suffragata da un qualche fondamento plausibile.

Il pretore accordava la *bonorum possessio* anche a persone non considerate nel sistema successorio civile. Da ciò proviene la distinzione della *bonorum possessio* in necessaria ed utile. La *bonorum possessio* è *necessaria* quando è accordata a persone che non sono eredi secondo il diritto civile; è *utile* quando è accordata ad eredi civili. In quel caso essa rappresenta il solo mezzo per giungere alla

(751) Sulla distinzione fra *bonorum possessio edictalis* e *decretalis* vedi fr. 3, § 8, Dig. 37, 1, e confronta LEIST, nel *Commentario alle Pandette* del GLÜCK, vol. 37, P. II, pagg. 199 e segg. (trad. it.).

(752) Casi di *B. P. decretalis* furono: 1° la *B. P.* accordata provvisoriamente alla madre di un erede presunto concepito ma non ancora nato: fr. 1, 24, 28, Dig. 37, 9; 2° la *B. P.* accordata provvisoriamente *ex Carboniano edicto* ad un impubere la cui filiazione sia contestata: Dig. 37, 10; 3° la *B. P.* accordata al *curator furiosi* (vedi oltre).

eredità; in questo è una facilitazione (*interdictum quorum bonorum* (753)).

La *bonorum possessio* infine può essere *cum re* e *sine re*. È *cum re* quando chi l'ha ottenuta non può più venirne privato, o per non esistere alcun erede civile, o per potere l'erede civile venir respinto. È *sine re* nel caso contrario.

La cosiddetta *bonorum possessio* utile era sempre *cum re*; quella necessaria era talvolta *cum re*, talvolta *sine re*, talvolta *partim cum re* e *partim sine re*. Tutto dipendeva dalla posizione che l'erede aveva nell'ordine, nel quale il pretore chiamava alla *bonorum possessio*: se l'erede che agiva contro il *bonorum possessor* aveva, in questo ordine, una posizione di priorità il *bonorum possessor* doveva cedere: era, cioè, *sine re*; se aveva una posizione di inferiorità (se cioè era chiamato dopo) il *bonorum possessor* prevaleva: era, cioè, *cum re*; se infine l'erede aveva la stessa posizione del *bonorum possessor* questi era pure *cum re*, ma solo *partim*. In altri termini, *heres* e *bonorum possessor* concorrevano (754).

(753) Vedi § 1, *Inst.*, III, 9 sopra trascritto, e confronta GAIIO, III, 34: « Quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, ut is qui ita bonorum possessionem petit, interdicto cuius principium est QUORUM BONORUM uti possit. Cuius interdicti quae sit utilitas, suo loco proponemus. Alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet jure civili »; e COLLATIO, XVI, 3, 5: « Qui sui heredes sunt ipso iure heredes etiam ignorantes constituuntur, ut furiosi aut infantes aut peregrinantes: quibus bonorum possessio nisi propter praetoriam actionem non erat necessaria ».

(754) Vedi GAIIO, III, 35-38: « Ceterum saepe quibusdam ita datur bonorum possessio, ut is cui data sit, non optineat hereditatem; quae bonorum possessio dicitur sine re. 36. Nam si verbi gratia iure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo quod jure civili heres sit, nihilo minus ii qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem, sed sine re ad eos [hereditas] pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit. 37. Idem iuris est, si intestato aliquo mortuo suus heres noluerit petere bonorum possessionem, contentus legitimo jure; id si fiet, agnato competit quidem bonorum possessio, sed sine re, quia evinci hereditas a suo herede potest. Et [illud] convenienter, si ad agnatum iure civili pertinet hereditas et is adierit hereditatem, sed bonorum possessionem petere noluerit, et si [quis ex proximis]

La posizione giuridica del *bonorum possessor* era simile a quella dell'erede, e, da un certo punto di vista, fin più vantaggiosa. Egli acquistava infatti il dominio bonitario di tutte le cose ereditarie e poteva, con azioni fittizie, agire contro i debitori dell'eredità e venir da essi convenuto; oltre a ciò, coll'*interdictum quorum bonorum*, poteva pretendere da chiunque (fino dall'erede e dal *pro herede usucaptor*) il possesso delle cose ereditarie (755).

cognatus petierit, sine re habeat bonorum possessionem propter eandem rationem. 38. Sunt et alii quidam similes casus, quorum aliquos superiore commentario tradidimus». ULPIANO, *Reg.*, XXVIII, 13: «Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re: cum re cum is qui accipit cum effectu bona retineat; sine re, cum alius iure civili evincere hereditatem possit, veluti si suus heres in testamento *praeteritus sit, licet scriptis heredibus secundum tabulas bonorum possessio deferatur, erit tamen ea sine re*, quoniam suus heres evincere hereditatem iure legitimo potest». Cfr. ULPIANO, XXII, 6; XXVI, 8 e GAIO, II, 148 e 151 a. Non si deve peraltro pensare che la *hereditas* o la *bonorum possessio sine re* fossero prive di ogni valore. L'erede, per quanto *sine re* di fronte al *bonorum possessor*, poteva sempre rivendicare la eredità dai terzi che ne fossero in possesso. E il *bonorum possessor*, per quanto soccombente di fronte all'erede, conservava sempre l'*interdictum quorum bonorum* col quale poteva ottenere il possesso delle cose ereditarie dai terzi.

(755) Vedi GAIO, III, 34, e IV, 144, e fr. 1, Dig. 43, 2. *Ulpianus libro sexagesimo septimo ad edictum*. «Ai praetor: 'Quorum bonorum ex edicto meo illi possessio data est, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides possideresve, si nihil usucaptum esset, quod quidem dolo malo fecisti, uti desineres possidere, id illi restituas'. Hoc interdictum restitutorium est et ad universitatem bonorum, non ad singulas res pertinet et appellatur 'quorum bonorum' et est apiscendae possessionis universorum bonorum». *Paulus libro vicensimo ad edictum*. «Interdicto quorum bonorum debitores hereditarii non tenentur, sed tantum corporum possessores».

Il *bonorum possessor* aveva inoltre un *interdictum quod legatorum* col quale poteva ottenere il possesso delle cose anzitempo occupate dai legatari. Fr. 1, §§ 1-2, Dig. 43, 3. *Ulpianus libro sexagesimo septimo ad edictum*. «Hoc interdictum volgo 'quod legatorum' appellatur. Est autem et ipsum apiscendae possessionis et continet hanc causam, ut, quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi. etenim aequissimum praetori visum est unumquemque non sibi ipsum ius dicere occupatis legatis, sed ab herede petere: redigit igitur ad heredes per hoc interdictum ea, quae legatorum nomine possidentur, ut perinde legatarii possint eum convenire».

§ 4. Altre differenze fra « hereditas » e « bonorum possessio ».

Altre differenze fra l'*hereditas* e la *bonorum possessio*:

1° Secondo il diritto civile, finchè vi è un testamento (abbia l'erede, in esso istituito, adito o meno) non si fa luogo a successione intestata. Secondo il diritto pretorio invece se l'istituito nel testamento non domanda la *bonorum possessio* entro il termine che gli è prefisso, essa può venir accordata *ab intestato*.

2° Secondo il diritto civile, se l'erede chiamato *ab intestato*, come prossimo agnato, muore prima di aver adito, l'eredità resta vacante: non può, cioè, il successivo erede adire in sua vece: *in legitimis hereditatibus successio non est*. Secondo il diritto pretorio invece la *bonorum possessio* può essere accordata ai chiamati successivi in prossimità di chiamata (*uti quemque potissimum heredem esse oportere*). Questo principio venne formulato in una speciale clausola edittale (*Edictum successorium*) (756). Giustiniano lo estese anche alla successione civile.

3° Secondo il diritto civile l'eredità *ab intestato* veniva deferita a certe determinate persone. Secondo il diritto pretorio la *bonorum possessio* poteva, in via eccezionale, venire accordata a chiunque sembrasse al pretore giusto di accordarla, quando non vi fossero eredi testamentari o legittimi:

(756) Vedi fr. 1, § 10, Dig. 38, 9. *Ulpianus libro quadragensimo ad edictum*. «Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit aut in diebus statutis non admiserit, tunc ceteris bonorum possessio perinde competit, ac si prior ex eo numero non fuerit». Fr. 1 pr., Dig. eod. *Ulpianus libro quadragensimo nono ad edictum*. «Successorium edictum idcirco propositum est, ne bona hereditaria vacua sine domino diutius iacerent et creditoribus longior mora fieret. e re igitur praetor putavit praestituere tempus his, quibus bonorum possessionem detulit, et dare inter eos successione, ut maturius possint creditores scire, utrum habeant, cum quo congregiantur, an vero bona vacantia fisco sint delata, an potius ad possessionem bonorum procedere debeant, quasi sine successore defuncto». Cfr. LENEL, *Das Edictum Perpetuum* (2ª ed. tedesca), § 165.

cum hereditatis sine testamento aut sine lege petetur possessio, si qua mihi iusta causa videbitur esse, possessionem dabo.

§ 5. *Fusione della « bonorum possessio »
colla « hereditas ».*

Il contrapposto fra i due sistemi successori, civile e pretorio, che abbiamo sopra analizzati, doveva, per forza di cose, venir sempre più attenuandosi, quanto più la nuova vita metteva in evidenza le asprezze ormai ingiustificabili dell'antica *hereditas*. Questo attenuamento si verificò a tutto vantaggio delle idee del diritto pretorio; e, per vero, in due modi: col prevalere, cioè, da una parte, del diritto pretorio sul diritto civile (*bonorum possessio iuris civilis corrigendi causa*); e, dall'altra, colla introduzione di nuovi principii e di nuove regole di diritto civile, informate allo stesso spirito innovatore che animava il sistema successorio pretorio.

Così vediamo, ad esempio, che la *bonorum possessio secundum tabulas* diventa *bonorum possessio cum re*, contro gli eredi intestati del diritto civile, in forza di un rescritto di Antonino Pio (757). Così troviamo introdotta, dai senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano, la successione della madre ai figli, e dei figli alla madre, in base al solo rapporto di sangue che intercede reciprocamente fra queste persone. Così troviamo introdotto dal pretore il *ius abstinendi*, per cui poteva ormai dirsi che nessun erede doveva esser tale contro il suo proprio volere; e così pure, per contro, troviamo esteso alla categoria dei *liberi* l'obbligo della *exhereditatio*. Così troviamo infine che le diverse forme di testamento, civili e pretorie, vengono fuse in una sola, per opera di Teodosio da prima, e poi di Giustiniano, mentre quest'ultimo imperatore rifonde tutto il sistema della successione intestata in modo da far prevalere il principio della cognazione sul principio della agnazione (758).

(757) Vedi GAIO, 2, 120, trascritto a pag. 424-425, nota 774.

(758) Come la *bonorum possessio unde vir et uxor* (§ 7, *Inst.*, III, 9) e quella *ex Carboniano edicto* (Dig. 37, 10).

La riforma del sistema successorio, iniziata dai pretori, venne dunque assiduamente proseguita, dimodochè, ai tempi di Giustiniano, il suo spirito era già completamente trasfuso nel sistema del diritto civile. I casi eccezionali nei quali, ai tempi di Giustiniano, poteva aversi un diritto di successione basato esclusivamente sull'editto del pretore, — e nei quali avevano quindi applicazione i principii speciali che nel diritto classico valevano per la successione pretoria in contrapposto alla civile, — nulla tolgono alla verità di questa affermazione. Essi non sono che residui storici (759).

(759) Nelle fonti postgiustiniane non si fa più distinzione fra eredità e *bonorum possessio*. Così, ad esempio, nel BRACHILOGO, II, 35, trovasi scritto: *bonorum autem possessio idem est quod hereditas*. I glosatori tuttavia rivendicarono ancora la distinzione ed Azone esclama: *Erubescant qui dicant hodie non habere locum bonorum possessionem!* — RIVIER, *Traité élémentaire des successiones*, pag. 42.

CAPITOLO V.

Dei rapporti fra la successione testamentaria
e « ab intestato ».

Sommario: § 1. Cenni storici. — § 2. « Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest ». — § 3. Eccezioni alla regola « nemo pro parte testatus », ecc.

§ 1. Cenni storici (760).

Abbiamo già visto che la successione ereditaria romana poteva essere deferita o in base al testamento o in base alla legge; ma quale di questi due titoli è a considerarsi l'originario? O, in altri termini: è più antica la successione testamentaria o la legittima? Gli storici del diritto molto

(760) La tesi della precedenza della successione testamentaria su quella legittima è stata vigorosamente sostenuta dal BONFANTE negli scritti sopra citati a pag. 371. Contro di essa si è pronunciato il V. SCIALOJA, *Lezioni cit.*, pagg. 45, 46, 50 e segg. Il V. Scialoja argomenta anzitutto dalla disposizione delle XII tavole da noi trascritta nel testo, che egli interpreta nel senso che il primo chiamato fosse il *suus heres*, e non già l'erede testamentario. In secondo luogo argomenta dall'obbligo che incombeva, e a suo avviso *ab origine*, al *pater familias* di diseredare il *suus heres*. « Che può rivelarci questo dovere di diseredare? Che il *suus* è tanto l'erede per eccellenza che se non avviene l'exheredatio è erede senz'altro, per diritto proprio senza bisogno di testamento. Il *suus* è erede per propria forza, ha un vero diritto all'eredità: e questo diritto non può venire annullato che per una esplicita solenne dichiarazione del *pater*... ». Un altro argomento lo Scialoja trae dall'essere « la proprietà tipica romana quella della famiglia », poichè tale proprietà non si comprenderebbe « ove l'erede normale fosse il testamentario ». Questi argomenti non mi sembrano decisivi. Che l'obbligo di diseredare il *suus* esistesse fin dalle origini non è certo. Ad ogni modo esso non prova molto. Il padre poteva vendere il figlio od emanciparlo privandolo così del preteso suo diritto alla eredità; egli poteva, ad ogni istante, adottare altri. E quanto al secondo argomento conviene notare che basa sopra un equivoco: che cioè l'erede testamentario dovesse, per regola, essere un estraneo. Esso era invece, secondo ogni probabilità, uno fra i *sui heredes* ovvero, in epoca storica, come si può ben supporre, un figlio emancipato.

hanno discusso, e molto discutono tuttora, intorno a questo problema. Le XII tavole contenevano una disposizione che è stata invocata tanto dai fautori della precedenza del testamento che da quelli che ritengono invece che la prima forma di successione romana fosse *ab intestato*. E' la famosa legge: *si intestato moritur cui suus heres nec escit agnatus proximus familiam habeto*, che dagli uni viene interpretata nel senso che il *suus heres* (cioè, possiamo dire, il figlio *in potestate* al momento della morte del *pater*) fosse il primo chiamato; che solo in mancanza di questi, potesse il *pater familias* nominarsi un erede nel testamento; e che infine solo mancando un tale erede testamentario venisse alla successione l'*agnatus proximus*; mentre i sostenitori della precedenza della successione testamentaria la intendono invece nel senso che anzitutto si dovesse guardare se vi fosse testamento; e che solo *in mancanza di testamento* avesse da essere chiamato all'eredità il *suus heres*, e, in mancanza di questi, l'*agnatus proximus* e i *gentiles*.

Non può negarsi che la disposizione delle XII tavole, presa isolatamente, è suscettibile sia dell'una che dell'altra di queste due interpretazioni; ma molti altri elementi vengono in considerazione che sono, a nostro avviso, decisivi in favore della precedenza della successione testamentaria. Basterà accennare qui alla posizione preminente che ha, per tutta l'epoca classica, la successione testamentaria (c. d. *favor testamentorum*); alle idee romane circa il dovere di ogni *pater familias* di far testamento; al parallelismo fra la successione testamentaria del diritto privato e la successione magistratuale del diritto pubblico.

§ 2. « Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest » (761).

Non solo cronologicamente, ma anche concettualmente, la successione *ab intestato* è, secondo le idee romane,

(761) BONFANTE, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* (nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. IV, pagg. 97 e segg.); FADDA, *Concetti fondamentali*, vol. I, pag. 322 e segg. — V. SCIALOJA, *Lezioni citate*, pagg. 443 e segg.

subordinata a quella testamentaria. Se vi è testamento non può farsi luogo a successione intestata. Le due successioni non possono coesistere; quella testamentaria esclude quella legittima: o, in altri termini, quella legittima può aver luogo solo a condizione che non vi sia un valido testamento. Questo caratteristico principio romano trovasi scolpito nella regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* dalla quale discendono le seguenti notevoli conseguenze:

1° Se l'erede testamentario è stato istituito in una quota soltanto dell'eredità, anche minima, egli acquista l'intera eredità (762).

2° Se di più eredi ne vien meno uno, senza che abbia luogo trasmissione (vedi oltre § *Della Trasmissione*), e senza che vi sia un sostituto (vedi più avanti pagg. 456 e segg.), la quota rimasta così vacante non passa agli eredi intestati, ma viene assorbita dalle quote degli altri eredi testamentari, per diritto di accrescimento. E ciò anche contro la espressa volontà del testatore.

3° Finchè vi è possibilità di successione testamentaria, non si passa alla legittima: *quamdiu potest ex testamento adiri hereditas ab intestato non defertur*: fr. 39, Dig. 29, 2; cfr. fr. 89, Dig. 50, 17 (763).

Antichi scrittori hanno tentato di giustificare la regola romana, e ciò si spiega considerando che, sotto il regime

del diritto comune, la regola era ancora in vigore. Ma noi che ci troviamo di fronte ad essa pienamente liberi nel nostro giudizio — essendo, per noi, il diritto romano un diritto essenzialmente storico — possiamo francamente confessare che non è più possibile il giustificarla razionalmente, ma che solo può tentarsi di spiegarla ricostruendo quelle speciali condizioni di ambiente dalle quali trasse un tempo la sua origine e la sua ragion d'essere.

Alcuni autori hanno creduto di potere rintracciare l'origine della regola nella speciale indole dell'antico testamento *calatis comitiis*. Questo testamento era, secondo loro, una vera e propria *lex specialis* abrogante la legge generale sulla successione *ab intestato*. Dato ciò si comprende, argomentano essi, come accanto alla successione testamentaria non potesse aversi successione intestata. Il testamento, come legge posteriore, abrogava la legge delle XII tavole, sulla quale era fondata la successione *ab intestato*. Questa teoria presuppone certi alcuni dati che sono invece assai dubbi: anzitutto che il testamento fosse una propria e vera *lex*, e che, tale essendo, dovesse necessariamente abrogare totalmente la precedente legge generale (delle XII tavole) sulla quale era fondata la successione intestata.

Altri cerca spiegare la nostra regola supponendo che nel testamento *calatis comitiis* il testatore dovesse disporre di *tutta* la successione; ma dato ciò, si avrebbe piuttosto dovuto pervenire alla conclusione contraria di quella tratta

tum quis ex semisse verbi gratia heredem scripserit, totus as in semisse erit: neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cuius sola voluntas in testando spectatur. Et e contrario potest quis in quantascumque voluerit plurimas uncias suam hereditatem dividere». Cfr. fr. 33, Dig. 28, 5. Gaius libro secundo de testamentis ad edictum praetoris urbani. « Si quis ita scripserit: 'Titius ex parte dimidia heres esto: idem Titius ex altera parte dimidia, si navis ex Asia venerit, heres esto', cum ex pura institutione adierit heres, quamvis condicio alterius institutionis pendeat, ex asse fit heres, scilicet etiam condicione deficiente, cum non prosit ei condicio quicquam existens: quippe cum non dubitetur, quin, si quis ex parte dimidia heres institutus sit nec praeterea quisquam alius, ipse ex asse heres institui videatur». Vedi anche: fr. 52, § 1, Dig. 29, 2. Cfr. c. 8, Cod. VI, 59.

(762) Il testo ove la regola trovasi espressamente formulata è il fr. 7, Dig. 50, 17. « Ius nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est testatus et intestatus ». Si confronti CICERONE, *De inventione*, II, 21, 63. « Unius pecuniae dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut eiusdem pecuniae alius testamento alius lege heres esset ».

(763) Vedi § 5, *Inst.*, II, 14. « Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quae assis appellatione continentur. Habent autem et hae partes propria nomina ab uncia usque ad assem, ut puta haec: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as ». Non autem utique duodecim uncias esse oportet; nam tot unciae assem efficiunt, quot testator voluerit, et si unum tan-

dal diritto romano; si avrebbe cioè dovuto dichiarare nullo il testamento che contenesse una istituzione parziale.

Simile alla dottrina di questi scrittori è un'altra che si richiama al testamento per *aes et libram*; considerato come *mancipatio familiae*. I sostenitori di questa dottrina argomentano che, esauendo il testamento tutta l'eredità — per essere appunto una *mancipatio* di tutta la *familia* — non poteva più aversi successione intestata in riguardo alla medesima; ma valgono evidentemente contro questa dottrina le stesse critiche che abbiamo mosse alla precedente.

Altri scrittori ancora si contentano di affermare che la regola è una necessaria conseguenza del modo nel quale le XII tavole regolavano la successione *ab intestato*. Le XII tavole infatti partono dal presupposto: « *si intestato moritur* »; ora, siccome non si può dire che sia morto intestato colui che ha fatto un testamento — *per quanto in questo testamento non abbia disposto di tutto il suo patrimonio* — così si comprende, secondo questi scrittori, come, anche in tal caso, dovessero restar esclusi gli eredi legittimi, e come, per conseguenza, tutta l'eredità dovesse venire acquistata da colui che era stato istituito erede nel testamento. Anche questa dottrina ha il difetto di essere superficiale. E' infatti fuor d'ogni dubbio che la regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, è in perfetto accordo colla stilizzazione delle XII tavole; *si intestato moritur*, ecc.; ma ciò non basta a darci di essa una esauriente spiegazione. La legge delle XII tavole *si intestato moritur*, ecc., avrebbe potuto facilmente venire così interpretata: « IN QUANTO *alcuno sia morto intestato*, ecc. » e allora la incompatibilità delle due successioni non avrebbe più alcun appoggio nella legge stessa. La incompatibilità delle due successioni non può dunque venire spiegata con una simile meccanica deduzione dalla lettera della legge. Tale deduzione non è necessaria, e, senza un profondo motivo, non sarebbe certo stata ammessa, date le gravi conseguenze alle quali portava.

Secondo il Bonfante la vera spiegazione della regola occorre ricercarla nella natura della originaria *hereditas*. Se questa era successione, non già nel patrimonio del defunto,

ma nella *sovranità* sul gruppo familiare, si comprende come non potesse aver luogo in base a *due titoli diversi*. In origine l'erede doveva essere uno solo, e, per le origini, la cosa non presenta alcun dubbio, poichè non è possibile che un solo sovrano fondi la sua *sovranità* contemporaneamente su due titoli diversi e fin opposti. Ma anche nell'epoca più recente, quando era possibile nominare più eredi, l'incompatibilità delle due successioni resta sufficientemente spiegata con riguardo alla struttura della successione ereditaria, giacchè non consta che nello svolgimento storico dei popoli ariani la *sovranità* di un gruppo politico qualsiasi sia mai stata deferita a più persone *in base a titoli diversi*. Ciò doveva naturalmente ripugnare, anche trattandosi di eredi, giacchè se il potere dato ai diversi eredi deve essere lo stesso, una sola ed identica deve pure essere la fonte dalla quale esso proviene.

§ 3. Eccezioni alla regola « *nemo pro parte testatus* », ecc.

Come si sia, ad ogni modo, sull'originario fondamento della regola testè esaminata, certo è che anche ai Romani essa era sembrata, in taluni casi, esorbitante, e che, già nell'epoca classica, aveva subito delle eccezioni.

La più importante di queste eccezioni è quella introdotta pei militari, perchè sta a dimostrare, che, tenendo presente il solo elemento patrimoniale dell'eredità, bisognava romperla coi principii tipici dell'antico diritto testamentario. Ora questo era appunto il caso, anche in riguardo alla nostra regola: ove un soldato avesse disposto per testamento (e si ricordi che il testamento militare non richiedeva formalità di sorta) di una sola parte del proprio patrimonio, i giureconsulti decidevano che la parte della quale non aveva disposto, doveva essere deferita ai suoi eredi legittimi (764).

(764) Vedi fr. 6 e 37, Dig. 29, 1. *Ulpianus libro quinto ad Sabinum*. « Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditum quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisset: miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus ».

Paulus libro septimo quaestionum. « Si duobus a milite liberto scriptis heredibus alter omiserit hereditatem, pro ea parte intestatus ».

Un'altra eccezione si ammise nel seguente caso: un padre aveva nominato due eredi estranei, preterendo il proprio figlio: questi aveva promosso azione, separatamente, contro i due istituiti avanti a diverse sezioni del tribunale centumvirale, riescendo vittorioso solo di fronte ad uno. La conseguenza di ciò era che il testamento cadeva nei rapporti coll'eredità testamentario soccombente, ma restava in vigore nei rapporti dell'eredità testamentario vincitore. Dato ciò il figlio veniva ad ottenere una quota dell'eredità *ab intestato*, mentre l'altra restava all'eredità istituito in base al testamento: *nec absurdum videtur*, dice Papiniano, *pro parte intestatum videri* (765).

Un'altra eccezione, più apparente però che reale, si ha ancora nel fr. 17, § 1, Dig. 29, 1 (766).

videbitur defunctus decessisse, quia miles et pro parte testari potest, et competit patrono ab intestato bonorum possessio, nisi haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente ero ad alterum vellet totam redire hereditatem ».

Fr. 19, § 2, Dig. 49, 17. *Tryfoninus libro octavo decimo disputatorium*. « Filius familias paganus de peculio, castrensi fecit testamentum et, dum ignorat patri se suum heredem extitisse, decessit. non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamvis id in milite etiam rescriptum sit, quia miles ab initio pro parte testatus pro parte intestatus potuerat mori, quod ius iste non habuerit non magis quam sine observatione legum facere testamentum, necessario ergo castrensis peculii heres scriptis universa bona habebit perinde ac si pauperrimo facto testamento decessisset ignorans se locupletatum per servos alio loco agentes ». C. 2, Cod. VI, 21.

(765) Vedi fr. 15, Dig. 5, 2. *Papinianus libro quarto decimo quaestionum*. « Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias iudicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere: verum enim est familiae eriscundae iudicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: *et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri* ». Cfr. altri testi in SCIALOJA, 443.

(766) *Gaius libro quinto decimo ad edictum*. « Iulianus etiam ait, si quis alium castrensium rerum, alium ceterarum scripsisset, quasi duorum hominum duas hereditates intellegi, ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset, extra castra contracto aere alieno is solus

obligetur, qui ceterarum rerum heres scriptus esset. cui scilicet conveniens videtur respondisse, ut ex quaqua causa debeatur militi, vel huic heredi vel illi ipso iure debeatur. quod si alterutra pars bonorum aeri alieno, quod ex ea causa pendebit, non sufficiat et propter hoc is qui ex ea parte heres institutus est non adierit, alterum qui adisset compellendum esse aut defendere totam hereditatem aut totam creditoribus solvere ». Cfr. FADDA, *Concetti fondamentali*, II, pagg. 343-356.

Per altra eccezione ancora, pure solo apparente, vedi GAIU, II, 123.

CAPITOLO VI.

Della forma dei testamenti romani.

Sommario: § 1. Definizioni del testamento romano. Suo contenuto. — § 2. Storia del testamento romano. — § 3. I testamenti del diritto giustiniano: A) « Testamentum privatum »; B) « Testamentum publicum ». — § 4. Del « senatusconsultum Libonianum ».

§ 1. *Definizioni del testamento romano.*
Suo contenuto.

Il testamento era, originariamente, un atto solenne di ultima volontà, col quale il *pater familias* designava il proprio successore nel reggimento della famiglia. In seguito, venendo sempre più in considerazione l'elemento patrimoniale, dovette necessariamente modificarsi anche il concetto di testamento, e così, al chiudersi dell'epoca classica, troviamo che Modestino (l'ultimo dei classici) definisce il *testamentum* come « *voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri vellet* » (767). Ma questa definizione, che richiama alla mente la cervelotica etimologia di *testamentum* a *testatio mentis*, è assolutamente inaccettabile anche per diritto giustiniano, in quanto non mette in evidenza la vera essenza del testamento, che consiste, come i testi ripetutamente ribadiscono (768), *nella istituzione di un erede*. Senza istituzione ad erede non vi può essere testamento: il testamento va quindi più esattamente definito « *come l'atto solenne, unilaterale e sempre revocabile, col quale un « pater familias » designa uno o più eredi, e prende ogni altra disposizione, a lui permessa, in vista della*

(767) Vedi fr. 1, Dig. 28, 1.

(768) Vedi § 34, *Inst.*, II, 20. « *quia testamenta vim ex heredis institutione accipiunt* ». ULPIANO, *Regularum*, XXIV, 5. « *Vis et potestas testamentis ab heredis institutione incipit* »; fr. 1, § 3, Dig. 28, 6; GAIO, I, 229; II, 248.

propria morte » (769). Il testamento *deve* infatti contenere la istituzione di uno o più eredi, ma *può* contenere altre disposizioni importantissime: legati, fedecommessi, manomissioni, nomina di tutori e simili.

Per la validità del testamento occorre: 1° che il testatore sia capace di avere un erede (vedi retro, pag. 378); 2° che sia capace di designarlo (770); e che l'abbia designato nelle forme prescritte (*secundum iuris civilis regulam*).

Di qui la fondamentale distinzione fra *testamentum* e *codicillum*, della quale dovremo occuparci più avanti (771).

§ 2. *Storia del testamento romano.*

Nell'antichissimo diritto romano il testamento poteva venire fatto in due modi: *calatis comitiis* o *in procinctu*. Il testamento *calatis comitiis* veniva fatto oralmente, avanti ai *comitia curiati*, che venivano convocati all'uopo, due volte all'anno, originariamente dal re, e, in seguito, dal *rèx sacrificulus* e dal pontefice massimo (772). Il testamento

(769) È opportuno notare qui che il testamento deve essere fatto personalmente dal testatore. Solo alle donne puberi permettevasi di far testamento *tutore auctore*. Vedi GAIO, II, 113 e 118 e seg., e § 1, *Inst.*, II, 12. Nè poteva il prodigo far testamento *consensu curatoris*; nè il figlio di famiglia col permesso del padre: pr. *Inst.*, II, 12 e fr. 6, Dig. 28, 1.

(770) Vedi §§ 2-3, *Inst.*, II, 12; fr. 18, Dig. 28, 1 e cc. 10 e 29, Cod. VI, 22. Dalla *capacità di fare testamento* va tenuta distinta la c. d. *testamenta factio* che è un concetto latissimo che ha riferimento a tutte le persone che vengono in considerazione in un testamento: testatore, eredi, legatari, testimoni. Vedi fr. 16 pr., 18, § 1; 26, Dig. 28, 1 e § 4, *Inst.*, II, 12.

(771) Vedi intanto fr. 20, Dig. 29, 7. *Paulus libro quinto ad legem Iuliam et Papiam*. « *Si palam heres nuncupatus sit, legata autem in tabulis collata fuerint, Iulianus ait tabulas testamenti non intellegi, quibus heres scriptus non est, et magis codicilli quam testamentum existimandae sint: et hoc puto rectius dici* ».

(772) Il testo più importante per la storia dei testamenti è GAIO, II, 101-105. « *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt; nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant; procinctus est enim expeditus et armatus exer-*

in *procinctu* veniva fatto, pure oralmente, avanti all'esercito schierato in ordine di battaglia. Nell'epoca classica al testamento *calatis comitiis* si è sostituito il testamento *per aes et libram*; al testamento *in procinctu* il testamento militare.

Nella storia del *testamentum per aes et libram* vanno tenute distinte due fasi.

1. — Nelle origini si faceva ricorso al rituale del *per aes et libram agere* quando, per contrarietà di circostanze, non si poteva, o voleva, compiere un vero testamento *calatis comitiis*. Si mancipava allora la famiglia ad un amico, *nummo uno*, affinché questi, alla morte del mancipante, ne disponesse secondo le istruzioni ricevute. Questa *mancipatio familiae* non era dunque un testamento, ma piuttosto

citius. Alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri. Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. 103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur. Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, vatestibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: *FAMILIA PECUNIAQUE TUA ENDO MANDATELA TUA CUSTODELAQUE MEA, ESSE AIO, ET EA QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiciunt AENEAQUE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA*; deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: *HAEC ITA UT IN HIS TABULIS CERISQUE SCRIPTA SUNT, ITA DO ITA LEGO ITA TESTOR ITAQUE VOS QUIRITES TESTIMONIUM MIHI PERHIBETOTE*; et hoc dicitur nuncupatio; nuncupare es enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit ea videtur generali sermone nominare atque confirmare». Nulla di notevole aggiunge a questa esposizione ULPIANO, XX, 2, 1 e 9. Cfr. GAIO, I, 119 e III, 174.

un surrogato del testamento: un espediente per raggiungere le finalità pratiche del testamento. L'amico, al quale la *familia* era stata mancipata, ne diventava formalmente *dominus*, ma agli scopi della fiducia in lui riposta, per cui non è facile ammettere che egli potesse spodestare il mancipante, finchè questi era in vita. Tuttavia essendo la *mancipatio familiae* un atto bilaterale non poteva venire revocata per solo arbitrio del mancipante.

2. — Più tardi la *mancipatio familiae* venne trasformata in un vero e proprio testamento, in base alla disposizione delle XII tavole: *cum nexum faciet mancipiumve uti lingua nuncupassit ita ius esto* (773). Dichiarando colui che mancipava la *familia* di far ciò *per istituire erede una data persona*, si considerò che tale istituzione avesse da valere a termini di quella disposizione: *ita ius esto*. Le formalità della *mancipatio*, vennero così considerate come adibite al solo fine di istituire un erede: *formalmente* si aveva una *mancipatio*; *in sostanza* si aveva un testamento, e cioè, insomma, un *testamentum* compiuto *per aes et libram*.

3. — Questo testamento era orale e la sua oralità presentava due inconvenienti. Il primo era costituito dalla pubblicità del suo contenuto; il secondo dalla difficoltà di poterne dare sicura dimostrazione. Ad evitare questi inconvenienti si ammise che il testatore potesse scrivere l'istituzione ad erede, e le altre eventuali sue disposizioni testamentarie, in tavolette chiuse (*in tabulis*), dichiarando nella *nuncupatio* accompagnante la *mancipatio familiae* la sua volontà di far testamento, in conformità a quanto trovava scritto nelle tavolette che consegnava al *familiae emptor*, e che questi riceveva dichiarando alla sua volta che la *mancipatio* aveva luogo onde permettere al *familiae*

(773) Il FERRINI, *Pandette*, pag. 746, ritiene che la *interpretatio fori* combinasse all'uopo la disposizione citata coll'altra: *uti legassit super familia tutelam suae rei ita ius esto*. Ma vedi oltre il § *Sulla origine dei legati*.

venditor di fare testamento *secundum legem publicam*. Le tavolette che contenevano il testamento venivano chiuse e suggellate dai cinque testimoni, e generalmente anche dal *familiae emptor* e dal *libripens*.

Questo è il *testamentum per aes et libram* del diritto romano classico, testamento solenne per eccellenza, poichè la inosservanza di una qualsiasi delle complicate formalità del *per aes et libram agere* ne importava nullità.

4. — Accanto a questo complicato *testamento civile* venne in seguito riconosciuto il *testamento pretorio*. Questo consisteva nelle sole *tabulae testamenti septem signis signatae*, le quali, in fondo, erano la parte veramente essenziale dello stesso testamento civile. Il pretore non poteva riconoscere come valido, agli effetti del diritto civile, un testamento che tale non fosse secondo lo stesso diritto civile. Ma egli poteva dare la *bonorum possessio*, e la promise infatti a chiunque gli presentasse le tavole di un testamento *septem signis signatae*, anche quando non fossero state compiute le formalità accessorie del *per aes et libram agere*. Questa *bonorum possessio secundum tabulas* era in origine *sine re*, poichè gli eredi *ab intestato* del testatore potevano rivendicare l'eredità dal *bonorum possessor* dimostrando che il testamento era nullo *iure civili*. Ma divenne in seguito *cum re*, in base ad un rescritto di Antonino Pio, che stabilì poter l'erede istituito nel testamento pretorio respingere gli *heredes ab intestato* del *de cuius*. Di fronte ad un erede istituito in un testamento valido *iure civili* essa restò sempre *sine re*: nel conflitto fra due eredi testamentari, uno pretorio e l'altro civile, la vittoria restò sempre a questo ultimo (774).

(774) Vedi GAIO, II, 119-120. « Praetor tamen si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti *bonorum possessionem* pollicetur; et si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, velut frater eodem patre natus aut patruus aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem. Nam idem iuris est et si alia ex causa testamentum non valeat, velut quod familia non venierit aut nuncupationis verba testator

5. — Ma l'esempio dato dal pretore non fu senza influenza anche nel campo del diritto civile. I giuristi e gli imperatori avvertirono la necessità di semplificare le forme del testamento civile, e pare si avesse qualche tentativo di dichiarare valido, *iure civili*, ogni testamento che fosse stato *suggellato* da cinque testimoni. Può, ad ogni modo, supporre che si ammettesse la validità, *iure civili*, di un testamento *sottoscritto* da cinque testimoni, giacchè, in tal modo, più persuasivamente che altrimenti, si spiega come Costantino, in una sua costituzione del 326 (C. 1, Cod. Theod., IV, 4), potesse affermare che *in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet*: sette testimoni *suggellanti* cioè, nel testamento pretorio, cinque *sottoscriventi* in quello civile (cfr. C. 3, Cod. Theod., IV, 4) (775).

Come si sia, ad ogni modo, in proposito, certo è che le formalità del *per aes et libram* — che già erano cadute in disuso — vennero espressamente abolite in una costituzione di Costanzo, del 436.

locutus non sit. 120. Sed videamus an etiamsi frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur. Rescripto enim imperatoris Antonini significatur eos qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, *posse adversus eos qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali*. Confronta ULPIANO, *Regularum*, XXIII, 6 e XXVIII, 6: « Etiam si iure civili non valeat testamentum, forte quod familiae mancipatio vel nuncupatio defuit, si signatum testamentum sit non minus quam septem testium civium Romanorum signis, bonorum possessio datur ». Cfr. § 2, *Inst.*, II, 10.

(775) Questo punto della storia dei testamenti romani è assai oscuro. Generalmente si ammette che in origine si richiedessero cinque testimoni soltanto e che poi se ne richiedessero sette, Vedi FERRINI, *Pandette*, pag. 747, n. 2, e GIRARD, *Manuel*, pag. 804, n. 3. Qui è necessario rilevare che per *signatio* i romani intendevano l'apposizione del sigillo; per *superscriptio* la scrittura del nome di colui al quale apparteneva il sigillo, che veniva posta sopra il suggello per potersi all'uopo convocare colui che l'aveva apposto; per *subscriptio* intendevano una dichiarazione di aver sottoscritto il testamento. Bisogna dunque tenere ben distinta la *subscriptio* romana dalla moderna sottoscrizione, che consiste nella semplice apposizione della propria firma. Cfr. BRUNS, *Kleinere Schriften*, 1882, pagg. 77-90.

6. — Una ulteriore e più radicale innovazione, in riguardo alle forme del testamento, si ebbe per opera di Teodosio, il quale creò un nuovo tipo di testamento fondendo insieme i principii che antecedentemente valevano pei testamenti pretori e civili. Conformemente al diritto pretorio Teodosio richiese infatti i 7 testimoni, ma richiese che essi sottoscrivessero il testamento, *senza peraltro avere diritto di leggerlo*. Oltre a ciò richiese che anche il testatore sottoscrivesse il proprio testamento, o, in sua vece, un ottavo *subscriptor*. Chiuso poi il testamento i testimoni dovevano apporre al medesimo i loro suggelli. La sottoscrizione e l'apposizione dei suggelli dovevano poi avvenire nello stesso giorno e senza interruzione (776). Questo era il testamento scritto Teodosiano.

(776) Vedi c. 21, Cod. VI, 23. *Impp. Theodosius et Valentinianus AA., Florentio pp.* «Hac consultissima lege sancimus licere per scripturam conficientibus testamentum, si nullum scire volunt quae in eo scripta sunt, signatam vel ligatam vel tantum clausam involuntamque proferre scripturam vel ipsius testatoris vel cuiuslibet alterius manu conscriptam, eamque rogatis testibus septem numero civibus Romanis puberibus omnibus simul offerre signandam et subscribendam, dum tamen testibus praesentibus testator suum esse testamentum dixerit, quod offerat eique ipse coram testibus sua manu in reliqua parte testamenti subscripserit: quo facto et testibus uno eodemque die ac tempore subscribentibus et consignantibus valere testamentum *nec ideo infirmari, quod testes nesciant quae in eo scripta sunt testamento*. 1. Quod si litteras testator ignoret vel subscribere nequeat, octavo subscriptore pro eo adhibito eadem servari decernimus. 2. In omnibus autem testamentis, quae praesentibus vel absentibus testibus dictantur, superfluum est uno eodemque tempore exigere testatorem et testes adhibere et dictare suum arbitrium et finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum scriptamve proferatur testamentum, sufficet uno eodemque die nullo actu interveniente testes omnes, videlicet simul nec diversis temporibus subscribere signareque testamentum. 2 a. Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus. non subscriptum namque a testibus ac signatum testamentum pro imperfecto haberi convenit. 3. Ex imperfecto autem testamento voluntatem teneri defuncti, nisi inter solos liberos a parentibus utriusque sexus habeatur, volumus. 3 a. Si vero in huiusmodi voluntate liberis alia sit extranea mixta persona, certum est eam voluntatem, quantum ad illam dumtaxat permixtam personam pro nullo haberi, sed liberis ad crescere. 4. Per nuncupationem quoque, hoc est

Teodosiano riconobbe anche il testamento orale purchè fatto alla presenza di sette testimoni *voluntari, idonei, rogati*.

Prima e dopo Teodosio, vennero poi, nella pratica, riconosciute altre forme di testamento, e cioè: il *testamentum iudiciale*, il *testamentum principii oblatum* e il testamento olografo nel senso moderno della parola. (Nov. Valentiniani, III, 20, 2, 1).

§ 3. I testamenti del diritto giustiniano (777).

Nel diritto giustiniano sono ammessi due tipi di testamento: il *testamentum privatum* e il *testamentum publicum*.

A) Testamentum privatum.

Il *testamentum privatum* è di due specie: scritto e orale.

Per la validità del *testamentum privatum* (orale o scritto che sia), occorrono: a) sette testimoni puberi, di sesso maschile, *rogati* (cioè invitati a presenziare al testamento come *testes*); *idonei* (cioè muniti della capacità di fungere

sine scriptura, testamenta non alias valere sancimus, nisi septem testes, ut supra dictum est, simul uno eodemque tempore collecti testatoris voluntatem ut testamentum sine scriptura facientis audierint. 5. Si quis testamento iure perfecto, postea ad aliud pervenerit testamentum, non alias quod ante factum est infirmari decernimus, quam id, quod secundum facere testator instituit, iure fuerit consummatum, nisi forte in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad testatoris hereditatem successionemve venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur. eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento secundam eius voluntatem non quasi testamentum, sed quasi voluntatem intestati valere sancimus. 5 a. In qua voluntate quinque testium iuratorum depositiones sufficient: quo non facto valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei. 6. Illud etiam huic legi perspeximus inserendum, ut etiam Graece omnibus liceat testari». *D. prit. id. sept. Constantinopoli Theodosio A. XVII et Festo cons.*

(777) Per più ampîi dettagli veggasi KÖPPEN, *Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechtes* (Dritte Abtheilung), §§ 68 e segg., Würzburg, 1895.

da testimoni); e *voluntari* (cioè non costretti ad assistere alla confezione del testamento) (778); b) che il testamento

(778) Sull'idoneità dei testi vedi §§ 6-10, *Inst.*, II, 10. «*Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Sed neque mulier neque impubes neque servus neque mutus neque surdus neque furiosus nec cui bonis interdictum est nec is, quem leges iubent improbum instabilemque esse, possunt in numero testium adhiberi. 7. Sed cum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea vero servus apparuit, tam divus Hadrianus Catonio Vero (c. 1, Cod. VI, 23) quam postea divi Severus et Antoninus rescripserunt subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur, atque si ut oportet factum esset, cum eo tempore, quo testamentum signaretur, omnium consensu hic testis liberorum loco fuerit nec quisquam esset, qui ei status quaestionem moveat, 8. 'Pater nec non is, qui in potestate eius est, item duo fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, utrique testes in unum testamentum fieri possunt: quia nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi'* (ULPIANO, *Reg.*, XX, 6). 9. 'In testibus autem non debet esse qui in potestate testatoris est. Sed si filius familias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is qui in potestate ejusdem patris est; *reprobatur enim in ea re domesticum testimonium*' (GAIO, II, 105-108). 10. Sed neque heres scriptus neque is qui in potestate eius est neque pater eius qui habet eum in potestate neque fratres qui in eiusdem patris potestate sunt testes adhiberi possunt, quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi. Licet enim totum ius tale conturbatum fuerat et veteres, qui familiae emptorem et eos, qui per potestatem ei coadunati fuerant, testamentariis testimoniis repellabant, heredi et his, qui coniuncti ei per potestatem fuerant, concedebant testimonia in testamentis praestare, licet hi, qui id mittebant, hoc iure minime abuti debere eos suadebant: tamen nos eandem observationem corrigentes et, quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes ad imitationem pristini familiae emptoris merito *nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiae emptoris optinet, nec aliis personis, quae ei ut dictum est coniunctae sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia praestare*: ideoque nec eiusmodi veterem constitutionem nostro codici inseri permissimus». Cfr. fr. 20, § 4, 18; 26, Dig. 28, 1. Quanto al requisito dell'esser *rogati* veggasi il fr. 27, Dig. 28, 1, che contiene il famoso *responsum celsinum*. *Celsus libro quinto decimo digestorum*: «*Domitius Labeo Celso suo salutem. Quaero, an testium numero habendus sit is, qui, cum rogatus est ad testamentum scribendum, idem quoque cum tabulas scripsisset, signaverit. Iuventius Celsus Labeoni suo salutem. Non intellego quid sit, de quo me consulueris, aut valide stulta est consultatio tua: plus enim quam ridiculum est dubitare, an aliquis iure testis adhibitus sit,*

stesso sia stato compiuto *uno contextu*, cioè senza notevole interruzione alla presenza dei testimoni (779).

Per il *testamentum orale* occorre che il testatore pronunci il testamento a *voce alta e intelligibile*, e in una lingua nota ai testimoni (780) i quali devono anche poterlo sempre vedere durante l'atto. Nel testamento orale i testimoni fungono *ad solemnitatem* e *ad probationem*, poichè mentre la loro presenza è condizione della validità dell'atto, gli è solo in base alla loro testimonianza che può determinarsi il contenuto del medesimo. Per facilitare questa seconda funzione dei testimoni invalse l'uso di redigere il testamento orale in iscritto: *testamentum nuncupatum in scripturam redactum*. Ma la natura del testamento non restava per ciò alterata: la scrittura non serviva che a facilitare la prova del *testamentum orale*.

Il *testamentum scriptum* era di due specie: allografo od olografo.

Allografo era il testamento non scritto di pugno del testatore (781). Il testatore presentava ai testimoni una

quoniam idem et tabulas testamenti scripserit». Cfr. fr. 21, § 2, Dig. 28, 1, e FEIN, *Continuazione al Commentario delle Pandette* del GLÜCK, vol. 44, pagg. 423 e segg. Sul requisito della volontarietà: fr. 20, §§ 9-10, Dig. 28, 1. *Ulpianus libro primo ad Sabinum*. «*Et veteres putaverunt eos, qui propter sollemnia testamenti adhibentur, durare debere, donec suprema contestatio peragatur. Non tamen intellegentiam sermonis exigimus, hoc enim divus Marcus Didio Iuliano in teste, qui Latine non noverat, rescripsit: nam si vel sensu percipiat quis, cui re adhibitus sit, sufficere. Sed si detenti sint invitati ibi testes, putant non valere testamentum*».

(779) Sull'*unus contextus* vedi fr. 21, § 3, Dig. 28, 1. *Ulpianus libro secundo ad Sabinum*. «*Uno contextu actus testari oportet. est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere: quod si aliquid pertinens ad testamentum faciat, testamentum non vitatur*». Cfr. c. 21, § 2 e c. 26, Cod. VI, 23.

(780) Vedi fr. 21 pr., Dig. 28, 1. *Ulpianus libro secundo ad Sabinum*. «*Heredes palam ita, ut exaudiri possunt, nuncupandi sint: licebit ergo testanti vel nuncupare heredes vel scribere: sed si nuncupat, palam debet. quid est palam? non utique in publicum, sed ut exaudiri possit: exaudiri autem non ab omnibus, sed a testibus: et si plures fuerint testes adhibiti, sufficit sollemnem numerum exaudire*». Confrontare c. 21, 26, 28 pr., Cod. VI, 23.

(781) GIUSTINIANO nella c. 29, Cod. VI, 23 (cfr. § 4, *Inst.*, h. t.), richiedeva che almeno il nome dell'erede istituito dovesse essere scritto di

scrittura non sua, ma che egli dichiarava contenere il suo testamento. Indifferente era la lingua in cui tale scrittura fosse concepita e i caratteri (purchè non per segni o simboli); ed era pure irrilevante che essa presentasse correzioni o raschiature (782). I sette testimoni dovevano *subscribere et signare*, cioè dichiarare in calce al testamento di sottoscriverlo, e poscia apporre il proprio suggello colla relativa *superscriptio* al di fuori del medesimo. Oltre che dai sette testimoni il testamento olografo doveva essere sottoscritto anche dal testatore che lo presentava, e, qualora questi non sapesse scrivere, da un *octavus subscriptor*.

Olografo era il testamento contenente la dichiarazione di essere stato scritto di pugno del testatore. Anche questo doveva essere sottoscritto e suggellato dai sette testimoni per cui, a differenza del testamento olografo del diritto antegustiniano e moderno, si differenziava da quello olografo solo per non richiedere la sottoscrizione del testatore o dell'*octavus subscriptor* (783).

Testamenti di eccezione erano:

1° Il *testamentum militis* che non richiedeva forme di sorta e che, già per diritto classico, si sottraeva a tutte le regole fondamentali del diritto ereditario romano (784).

pugno del testatore: ma questa esigenza venne, in seguito, dallo stesso imperatore abbandonata. Nov. 119, c. 9.

(782) Vedi c. 12, Cod. VI, 23.

(783) Vedi c. 28, § 1, Cod. VI, 23. Il testamento olografo nel senso moderno della espressione, venne ammesso da Valentiniano III (Nov. Valentiniani III, 20, 2, 4); ma Giustiniano non lo riconobbe.

(784) Vedi §§ 1-3, *Inst.*, II, 11. « Plane de militum testamentis divus Traianus Statilio Severo ita rescripsit: ' Id privilegium, quod militantibus datum est, ut quoquo modo facta ab his testamenta rata sint, sic intellegi debet, ut utique prius constare debeat testamentum factum esse, quod et sine scriptura a non militantibus quoque fieri potest. is ergo miles, de cuius bonis apud te quaeritur, si convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse heredem et cui libertatem tribuere, potest videri sine scripto hoc modo esse testatus et voluntas eius rata habenda est. ut ceterum si, ut plerumque sermonibus fieri solet, dixit alicui: ' ego te heredem facio ' aut ' tibi bona mea relinquo ', non oportet

2° Il *testamentum tempore pestis conditum*, che non richiedeva la contemporanea presenza dei testimoni (785).

3° Il *testamentum ruri conditum* pel quale bastavano cinque testimoni, invece di sette, e pel quale si ammetteva che uno dei testimoni potesse sottoscrivere anche per gli altri che non sapessero scrivere (786).

4° Il testamento dell'ascendente a favore dei discendenti che non richiedeva formalità di sorta (787).

5° Il testamento del cieco che doveva venire dettato dal testatore, letto alla presenza sua, dei sette testimoni, e del *tabularius* della città nella quale veniva fatto, o in mancanza di questo, di un ottavo testimonio, e inoltre sottoscritto dai testimoni, dal *tabularius* o in sua mancanza dall'ottavo testimone (788).

6° Il testamento del muto che doveva essere scritto tutto di suo pugno (789).

B) *Testamentum publicum*.

Il *testamentum publicum* è o *iudiciale* o *principi oblatum*. È *iudiciale* quando il testatore ne fa pubblica dichiara-

' hoc pro testamento observari. nec ullorum magis interest quam ipsorum, quibus id privilegium datum est, eiusmodi exemplum non admitti: alioquin non difficulter post mortem alicuius militis testes existerent, qui adfirmarent se audisse dicentem aliquem relinquere se bona, cui visum sit, et per hoc iudicia vera subvertantur'. 2. Quin immo et mutus et surdus miles testamentum facere possunt. 3. Sed hactenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant et in castris degunt post missionem vero veterani vel extra castra si faciant adhuc militantes testamentum communi omnium civium Romanorum iure facere debent, et quod in castris fecerint testamentum non communi iure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. quid igitur, si intra annum quidem decesserit, condicio autem heredi adscripta post annum extiterit? an quasi militis testamentum valeat? et placet valere quasi militis ». Cfr. fr. 1, 36 e 40, Dig. 29, 1; c. 15, Cod. VI, 21; c. 19, Cod. II, 3. Cfr. FERRINI, *Pandette*, pag. 749 nota.

(785) C. 8, Cod. VI, 23.

(786) C. 31, Cod. VI, 23.

(787) C. 21, § 3, Cod. VI, 23 e Nov. 107, cap. 1.

(788) C. 8, Cod. VI, 23.

(789) C. 10, Cod. VI, 23.

zione davanti all'autorità giudiziale o municipale, che ne fanno redigere apposito verbale (*testamentum apud acta conditum*) (790): è *principi oblatum* quando viene consegnato scritto al principe affinchè venga custodito nei suoi archivi (791).

§ 4. *Del « Senatusconsultum Libonianum »* (792).

Una disposizione comune a tutti i testamenti scritti era quella del senatoconsulto Liboniano che comminava la pena di falso a colui che, nello scrivere il testamento per altri, vi avesse inserito delle disposizioni a proprio favore, o a favore di proprii congiunti. Tali disposizioni erano poi considerate nulle a meno che il testatore non le avesse in particolar modo confermate.

(790) C. 19, Cod. VI, 23.

(791) C. 19 cit. e cfr. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, pag. 95, n. 4.

(792) Vedi Dig. 48, 10, Cod. IX. 32; KELLER, *Institutionen*, § 343.

CAPITOLO VII.

Della istituzione ad erede e delle sue modalità.

Sommario: § 1. Della istituzione ad erede. — § 2. Della istituzione ad erede viziata da errore, violenza e dolo. — § 3. Della istituzione ad erede sotto condizione sospensiva e sospensiva-potestativa-negativa. — § 4. Istituzione sottoposta a condizione risolutiva. — § 5. Delle istituzioni ad erede a termine. — § 6. Dell' « institutio ex re certa ». — § 7. L'istituzione ad erede ed il patrimonio ereditario.

§ 1. *Della istituzione ad erede.*

Abbiamo già visto che non vi può essere valido testamento se nel medesimo non sia istituito un erede. A questo proposito vanno rilevati i tre seguenti punti:

1. — In origine si richiedeva che l'istituzione dell'erede venisse fatta in capo al testamento (793), prima cioè di qualsiasi altra disposizione in esso eventualmente contenute, in lingua latina, e *verbis solemnibus imperativis: Titius heres esto*. Ma queste esigenze vennero, nel corso dell'epoca classica, abbandonate. Gaio ci attesta che, ai suoi tempi, era ritenuta valida l'istituzione colle parole: *Titius heres sit*, o *Titium heredem esse iubeo*. Nulla era però tuttora considerata l'isti-

(793) Vedi GAIO, II, 229-230 e cfr. § 34, *Inst.*, II, 20. « Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredum accipiunt et ob id veluti caput atque fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat ». Sed quia incivile esse putavimus ordinem quidem scripturae sequi (quod et ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum), sperni autem testatoris voluntatem, per nostram constitutionem (c. 24, Cod. VI, 23) et hoc vitium emendavimus, ut liceat et ante heredis institutionem et inter medias heredum institutiones legatum relinquere et multo magis libertatem, cuius usus favorabilior est ».

ULPIANO, XXI, 1. « Heres institui recte potest his verbis: Titius heres esto, Titius heres sit, Titium heredem facto, Titium heredem esse iubeo; illa autem institutio: Heredem instituo, Heredem facio plerisque improbata est ». Cfr. fr. 1, §§ 5-7, Dig. 28, 5; fr. 49 [48], Dig. 28, 5 [interpolato].

tuzione colle parole: *Titium heredem esse volo*; e riprovate dai più erano pure le formule: *Titium heredem instituo* o *facio*; *Titius hereditatis dominus esto*. In seguito questi scrupoli formali sparirono del tutto e si ammise essere valida l'istituzione comunque chiaramente fatta dal testatore, con parole latine o greche, imperative o meno che fossero (794).

2. — Occorreva però sempre che la volontà del testatore risultasse ferma e sicura: *certum esse debet consilium testantis*. Nullo era pertanto considerato il testamento se il testatore fosse stato in dubbio sulla propria capacità di farlo (795). E pure nullo era, come già abbiamo veduto, ove egli non avesse avuto una esatta e certa nozione della persona istituita, per non averla che vagamente indicata, o per averne lasciato la indicazione all'arbitrio di un terzo (796). Per lo stesso motivo era originariamente invalida

(794) Vedi c. 15. Cod. VI, 23. *Imp. Costantinus A. ad populum*. « Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum, non esse necessariam observantiam, utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexa. 1. Nec enim interest, si dicatur 'heredem facio vel' instituo 'vel' volo 'vel mando' vel 'cupio' vel 'esto' vel 'erit' sed quibuslibet confecta sententiis, quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo iudicii ordinandis amota erit solemnium sermonum necessitas ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, in quocumque instrumenti materia conscribere et quibuscumque verbis uti liberam habeant facultatem ». *S. d. k. Febr. Laodiceae Constantio A. II et Constante A. cons.* [a. 339]. E cfr. c. 21, § 6, Cod. VI, 23. *Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Florentio pp.*: « Illud etiam huic legi perspeximus inserendum, ut etiam Graece omnibus liceat testari ». *D. prid. id. Sept. Constantinopoli Theodosio A. XVII, et Festo cons.* [a. 439]. Casi di istituzioni ambigue sono contemplati in fr. 63 [62], § 1, Dig. 28, 5; fr. 33, § 1, Dig. 35, 1; fr. 30, Dig. 26, 2; fr. 21, § 1, Dig. 28, 1. Il diritto giustiniano ammette la *quaestio voluntatis* anche fuori del testamento.

(795) Vedi fr. 14 e fr. 15, Dig. 28, 1. *Pomponius libro singulari regularum*: « De statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt, ut divus Pius rescripsit ».

(796) Vedi fr. 32, Dig. 28, 5. *Gaius libro primo de testamentis ad edictum praetoris urbani*. « Illa institutio 'quos Titius voluerit' ideo

la istituzione di qualsiasi postumo, cioè di qualsiasi persona nata dopo la erezione del testamento: ma abbiamo già visto che questa regola venne sempre più attenuata, fino ad ammettersi come valida la istituzione di qualsiasi persona che fosse già concepita al momento della morte del testatore. Analoga evoluzione di idee si ebbe in riguardo alla istituzione delle persone giuridiche e delle divinità (vedi retro).

3. — Occorreva infine che la volontà del testatore fosse sorretta da un'intenzione lecita e benevola. Nulle pertanto erano le istituzioni *captatoriae*, le istituzioni cioè fatte a scopo egoistico per ottenere di essere, in ricambio, istituiti eredi o dall'istituto stesso o da un terzo. Per esempio: Tizio sia mio erede, purchè mi nomini erede nel testamento (797).

vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere ». E si confronti anche la c. 4, Cod. VI, 38, nella quale Giustiniano, risolvendo una antica controversia, stabilisce che la istituzione concepita alternativamente (per es. *ille aut ille heres esto*) si abbiano ad intendere come concepite congiuntivamente: « Melius itaque nobis visum est omni huiusmodi verbo si tote explosa coniunctionem 'aut' pro 'et' accipi, ut videatur copulativo modo esse probata, et magis sit παραδιόξενσις ut et primam personam inducat et secundam non repellat ».

(797) Vedi fr. 71 [70] pr., Dig. 28, 5. *Papinianus libro sexto responsorum*. « Captatorias institutiones non eas senatus improbavit, quae mutuis affectionibus iudicia provocaverunt, sed quarum condicio confertur ad secretum alienae voluntatis ». E confronta fr. 72 [71], Dig. eod. *Paulus libro quinto ad legem Iuliam et Papiam*. « Illae autem institutiones captatoriae non sunt, veluti si ita heredem quis instituat: 'qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Maevius heres esto', quia in praeteritum, non in futurum institutio collata est. Sed illud quaeri potest, an idem servandum sit quod senatus censuit, etiamsi in aliam personam captionem direxerit, veluti si ita scripserit: 'Titius, si Maevium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, heres esto', quod in sententiam senatus consulti incidere non est dubium ». Dalle istituzioni captatorie vanno tenute distinte le c. d. istituzioni corrispettive che si hanno quando, secondo la volontà dei due testatori, i rispettivi testamenti non debbono valere se non insieme.

Ma valida restava invece, in quanto non fosse essa pure *captatoria*, la istituzione *captata* (798).

§ 2. Della istituzione ad erede viziata da errore, violenza e dolo.

Quanto all'errore occorre distinguere, in conformità alla teoria svolta nella parte generale (vedi sopra) a seconda che esso cada sui motivi, o sulla volontà, o sulla dichiarazione della volontà. L'errore sui motivi era per regola irrilevante. *Falsa causa (o demonstratio) non nocet* (799). A questa regola tuttavia le fonti arrecano delle eccezioni. Ove la istituzione sia avvenuta per l'erronea credenza in cui il testatore versava dell'essere morto il *suus heres* (800) l'istituzione stessa viene annullata, e così pure si decide pel caso in cui sia dovuta all'erronea credenza dell'essere l'istituito parente del testatore (801). Questo trattamento è fatto alla istituzione ad erede sull'analogia del legato, e poichè, per i legati, esso venne generalizzato, a quanto pare, per opera dei compilatori giustinianeî, così può ritenersi che, almeno per diritto giustiniano, si fosse pervenuti ad ammettere essere sempre nulla la istituzione ad erede quando potesse ammettersi che, senza l'errore, non avrebbe avuto luogo (802).

L'errore sulla volontà rende nulla l'istituzione quando cade sulla natura dell'atto, o sulla persona o su qualità essenziali della persona dell'istituto (803). L'errore sulla

dichiarazione è irrilevante quando sia possibile correggerlo dimostrando la vera volontà del testatore: *de quo senserit testator*.

Assai controversi sono gli effetti della violenza (804), molti autori ritengono che l'istituzione estorta colla violenza morale, o *metus*, sia nulla: *nam pro non scripto est quod scribi nolui* (805). Ma si obietta che in caso di violenza non può punto dirsi che la volontà manchi: essa al contrario esiste, come nei contratti, ma solo è viziata: *coactus sed tamen volui* (vedi vol. II, pag. 238 e segg.). Si sostiene quindi, da altri autori, che l'istituzione viziata da violenza sia semplicemente annullabile. Ma anche questa teoria è esposta a serie obiezioni. A chi avrebbe potuto infatti accordarsi il diritto di chiedere l'annullamento del testamento? Il testatore che ha subito la violenza non c'è più: gli eredi suoi *ab intestato* non vengono in considerazione perchè vi è un testamento che, per quanto annullabile, esiste e li esclude: e neppure si potrebbe accordare il diritto di impugnare il testamento agli eredi istituiti in un precedente testamento: giacchè finchè si tiene in vita il secondo testamento il primo è considerato come inesistente (*ruptum*).

Una terza opinione infine considera il testamento contenente una istituzione carpita colla violenza come valido e inoppugnabile, ma ritiene che all'autore della violenza come ad indegno venisse tolto a pro del fisco tutto ciò che egli avesse ottenuto in base al testamento (806) equi-

(804) Vedi SCHLOSSMANN, *Die Lehre vom Zwange*, pagg. 48 e segg. — SCIALOJA, *Lezioni*, 1886-1887, sopra citate. — ASCOLI, in appendice al *Commentario delle Pandette* del GLÜCK (trad. italiana), § 1405.

(805) Vedi fr. 2, § 7, Dig. 37, 11, e fr. 20, § 10, Dig. 28, 1, e cfr. REGELBERGER, *Pandekten*, I, pag. 534.

(806) Vedi c. 1, Cod. VI, 34. *Imp. Alexander A. Severae*. « Civili disceptationi crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo qui heres est institutus, vel quoslibet alios quos noluerit si ipserit » [229]. Cfr. c. 2, Cod. *h. t. Imp. Diocletianus et Maximianus AA. Nicagorae*. « Eos, qui, ne testamentum ordinetur, impedimento fuisse monstrantur, velut indignas personas a successionis compendio removeri celeberrimi iuris est ». *P. P. k. Ian. Diocletiano II et Aristobulo cons. [a. 285]*. Fr. 3, Dig. 29, 6. *Papinianus libro quinto decimo responsorum*. « Virum qui non per vim nec dolum, quo minus

(798) Questo punto è assai controverso. Cfr. WANGEROW, *Pandekten*, § 434, n. 1, e STEINFELD, *Ueber den Grundsatz der benevolentia für die Gültigkeit letztwilliger Zuwendungen*, 1884.

(799) V. fr. 28, Dig. 5, 2, trascritto sopra e confronta fr. 72, § 6, Dig. 35, 1; fr. 17, § 2 eod.; § 31, *Inst.*, II, 20. — ULPIANO, XXIV, 19.

(800) Vedi fr. 27, § 4, e 28, Dig. 5, 2; cc. 9-10, Cod. VI, 21; fr. 93, Dig. 28, 5.

(801) Vedi c. 5, Cod. VI, 23; cc. 4 e 7, Cod. VI, 24; fr. 1, § 11, Dig. 37, 10.

(802) Arg. a fr. 72, § 6, Dig. 35, 1, in fine, trascritto sopra. — *Contra*: SAVIGNY, *System*, III, pag. 381.

(803) Vedi fr. 9, Dig. 28, 5; fr. 3, Dig. 34, 5; c. 7, Cod. VI, 24; c. 5, Cod. VI, 23; fr. 9, § 2-3, Dig. 28, 5.

parandosi il caso suo a quello dell'erede legittimo che avesse impedito al testatore di far testamento. Questa terza teoria ha buon fondamento nei testi e può venir anche difesa efficacemente contro varie obbiezioni che le sono state mosse. Si è detto infatti che essa equipara due casi che sono essenzialmente diversi, e che, oltre a ciò, ha il grave torto di punire in sostanza non già il vero colpevole autore della violenza, ma gli eredi legittimi che furono estranei alla violenza. Ma a noi sembra che l'analogia esista (come del resto risulta dall'intitolazione del Codice VI, 34) e che sia strettissima, ove si considerino i due casi dal punto di vista generale della repressione della violenza: poichè, sia nell'un caso che nell'altro, si toglie la eredità all'autore della medesima. Dire poi che evincendo l'erede testamentario, che ha estorto il testamento colla violenza, a favore del fisco, si vengono a punire gli eredi legittimi che sono innocenti, mentre si lascia impunito l'erede testamentario, è dire cosa del tutto arbitraria. Intanto non è chi non veda che per l'erede istituito è già una pena restar privo dell'eredità estorta; e questa non esclude poi che egli venga anche altrimenti colpito. E quanto agli eredi *ab intestato*, conviene non dimenticare che essi non hanno finchè vive il testatore, alcun diritto da far valere circa la sua successione, se si prescinde dalla eventuale loro legittima che resta, in ogni caso, a loro disposizione. E come potrebbero essi dimostrare che il testatore non avrebbe altrimenti disposto pure a favore di estranei della sua successione, ove non fosse stato vittima della violenza?

uxor contra eum mutata voluntate, codicillos faceret, intercesserat, sed ut fieri adsolet offensam aegri mulieri maritali sermone placaverat, in crimen non incidisse respondi nec ei quod testamento fuerit datum auferendum».

Questo testo è decisivo in favore della opinione accolta nel testo. In esso infatti trovasi detto che non *incidit in crimen* di estorto testamento il marito che ha persuaso la moglie a nominarlo erede o legatario ottenendo poi da lei perdono, e che per tal motivo egli non è quindi soggetto ad *ereptio*. L'*argumentum a contrariis* s'impone qui in tutta la sua forza e conviene riconoscere che l'effetto della violenza morale nel testamento non fosse nè la nullità nè l'annullabilità, ma l'indegnità.

§ 3. Dell'istituzione ad erede sotto condizione sospensiva e sospensiva-potestativa-negativa.

Se il testatore ha sottoposto la istituzione dell'erede ad una condizione sospensiva, il testamento è valido, ma la delazione ereditaria è differita al momento in cui la condizione si verificherà. *Medio tempore* l'eredità è giacente (807). Quando poi la condizione si verifica, l'erede, se è ancora in vita, può acquistare l'eredità, adendola: se la condizione vien meno si fa luogo alla successione *ab intestato* (808).

Una speciale considerazione richiese l'istituzione sotto condizione sospensiva-potestativa-negativa: *Titius heres esto si Capitolium non ascenderit*. E infatti, data una simile istituzione, finchè Tizio è in vita non può escludersi che salga il Campidoglio, e la istituzione resta sempre sospesa: ma alla sua morte si verifica bensì la condizione, in quanto è ormai certo che egli non salirà il Campidoglio, ma l'acquisto dell'eredità diventa impossibile, per non esservi più l'erede istituito. Tali istituzioni sarebbero quindi rimaste prive di ogni effetto per l'erede istituito, se il giurista Q. Mucio Scevola non avesse escogitato, e fatto accettare, un espediente che va appunto sotto il nome di *cautio Muciana* (809), e che consisteva nel deferire immediatamente

(807) L'istituto sotto condizione sospensiva poteva frattanto chiedere la *B. P. secundum tabulas* prestando cauzione ai coeredi, sostituiti, o agli eredi *ab intestato*: fr. 12, Dig. 2, 8; fr. 8, Dig. 46, 5; fr. 1, § 7, Dig. 38, 17. Qui però, a differenza di quanto avveniva in caso di *cautio Muciana* (vedi pag. 440), venendo meno la condizione, l'eredità veniva *deferita* o ai sostituiti o ai legittimi.

(808) Vedi fr. 39, Dig. 29, 2: «*quandiu potest ex testamento adiri hereditas ab intestato non defertur*». Dal che consegue che solo quelli eredi intestati possono acquistare l'eredità che sono ancora in vita e capaci al momento in cui vien meno la condizione. (Vedi oltre).

(809) Vedi fr. 7, Dig. 35, 1. *Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum*. «*Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, quae in non faciendi sunt conceptae, ut puta 'si in Capitolium non ascenderit' 'si Stichum non manumiserit' et in similibus: et ita Aristoni et Neratio et Iuliano visum est: quae sententia et constitutione divi Pii comprobata est. nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque*

il legato (810) o l'eredità, sottoposto, a condizione sospensiva-potestativa-negativa, ove l'erede prestasse garanzia (mediante fideiussori o pegno), di restituire, nel caso in cui avesse agito contro la condizione, il valore dell'eredità o del legato a colui *ad quem iure civili deficiente condicione hoc legatum eave hereditas pertinere potest* (811).

La *cautio Muciana* poteva venire richiesta dagli eredi testamentari sostituiti al primo istituito sotto condizione sospensiva-potestativa-negativa, ma non, per regola, dagli eredi *ab intestato* (812). Prestata che fosse, essa era equiparata all'adempimento della condizione, e perciò l'erede istituito, *acquistava irrevocabilmente l'eredità*, salvo che restava obbligato, in base alla *cautio*, a restituirne il valore qualora contravvenisse alla condizione.

idem remedium admissum est. Unde si uxor maritum suum, cui dotem promiserat, ita heredem scripserit ex parte: 'si dotem, quam ei promisi, neque petierit neque exegerit', denuntiare eum posse coheredi paratum se accepto facere dotem vel cavere et ita adire posse hereditatem. sed si ex asse sit institutus maritus sub ea condicione, quoniam non est cui caveat, non impediri eum, quo minus adeat hereditatem: nam iure ipso videtur impleta condicio eo, quod non est, quem possit de dote convenire ipse aduendo hereditatem », e cfr. fr. 72, 73, 79, 101, § 3, Dig. eod.

(810) Vedi fr. 4, § 1, Dig. 28, 7. *Ulpianus libro octavo ad Sabinum.* « Idem Iulianus scribit eum, qui ita heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi implere condicionem: ceterum si solus heres scriptus sit, sub impossibili condicione heredem institutum videri: quae sententia vera est ».

Fr. 20 Dig. eod. *Labeo libro secundo posteriorum a Iavoleno epitomatorum.* « Mulier, quae viro suo ex dote promissam pecuniam debebat, virum heredem ita instituerat, si eam pecuniam, quam doti promississet, neque petisset neque exegisset. puto, si vir denuntiasset ceteris heredibus per se non stare, quo minus acceptum faceret id quod ex dote sibi deberetur, *statim eum heredem futurum.* quod si solus heres institutus esset in tali condicione, nihilo minus puto statim eum heredem futurum, quia *ἀδύνατος condicio pro non scripta accipienda est.* »

(811) V. anche fr. 20 eod.; fr. 7, § 1, 67, 73, Dig. 35, 1, sopra trascritto.

(812) *Contra* il WINDSCHEID, *Pandette*, § 554 con richiamo al fr. 18, Dig. 35, 1. *Gaius libro octavo decimo ad edictum provinciale.* « Is, cui sub condicione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem iure civili, deficiente condicione, hoc legatum eave hereditas pertinere potest ». Ma questo richiamo ci sembra tautologico poichè questo frammento non dice chi sia l'*heres civilis*.

§ 4. Istituzione sottoposta a condizione risolutiva (813).

Secondo una opinione assai diffusa, la condizione risolutiva apposta alla istituzione ad erede dovrebbe considerarsi come non apposta, in omaggio alla regola romana: *semel heres semper heres*. A sostegno di questa opinione si invoca l'analogia offerta dalle istituzioni a termine, alle quali espressamente è fatto simile trattamento (vedi oltre § 5), e la circostanza di essere il termine e la condizione risolutiva ammessi, ma in via di eccezione, nel testamento militare (814).

Altri autori invece, allo scopo di tutelare la volontà del testatore, sostengono che la condizione risolutiva va convertita in condizione sospensiva; secondo questa teoria l'erede nominato sotto condizione risolutiva diventa erede, ma solo quando la condizione sia mancata.

Nè l'una nè l'altra di queste due teorie è, a nostro avviso accettabile. La seconda pone come regola una interpretazione della volontà del testatore, la quale potrà in qualche caso corrispondere al vero, ma certo non in tutti i casi. La prima perviene a risultati che non sono necessariamente richiesti dalla regola *semel heres semper heres*. E infatti, considerandosi la condizione risolutiva come non apposta, ne consegue che la istituzione rimane sempre valida, tanto se la condizione si sia verificata come se sia mancata, prima o dopo la morte del testatore, o prima o dopo l'adizione dell'eredità da parte dell'erede. Ora ciò non è affatto

(813) Vedi fr. 89, Dig. 28, 5. *Gaius libro singulari de casibus.* « Ei qui solvendo non est aliquo casu evenit, ut et servus cum libertate heres existat et praeterea alius heres adiciatur: veluti si servo cum libertate herede istituito ita adiectum sit: 'si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto': nam Titius, antequam Stichus ex testamento heres exstiterit, heres esse non potest, cum autem semel heres exstiterit servus, *non potest adiectus efficere, ut qui semel heres exstitit desinat heres esse* », e cfr. fr. 17, § 4, Dig. 29, 1.

(814) Vedi fr. 34, Dig. 28, 5; fr. 15, § 4, Dig. 29, 1; fr. 41 pr. eod.; c. 8, Cod. VI, 21 e § 9, *Inst.* II, 14, trascritto sopra e cfr. DERNBURG, *Pandette*, III, § 82, e VANGEROW, *Pandette*, II, § 434, n. 1.

richiesto dalla regola *semel heres semper heres*, giacchè questa regola *presuppone che l'erede sia realmente erede*, mentre tale non è l'istituito, prima che il testatore sia morto, e prima di aver adito.

Rettificando la dottrina comune, con riguardo al suo fondamento, conviene quindi dire (e questa terza opinione è, a nostro avviso, la sola accettabile) che la condizione risolutiva, apposta alla istituzione di erede, può e deve produrre i suoi effetti *finchè l'istituito non sia ancora erede*: e cioè in tutto il tempo che passa fra l'istituzione e l'adizione. Se, quindi, la condizione risolutiva si verifica prima della morte del testatore, potrà dirsi, senza urtare contro la regola *semel heres semper heres*, che l'istituzione vien meno; se invece manca, si dirà che l'istituzione è diventata pura. Così del pari, ove la condizione si verifichi, dopo la morte del testatore, ma sempre prima che l'erede abbia adito, potrà pure dirsi, senza urtare contro il *semel heres semper heres*, che la istituzione viene meno; e che diventa pura nel caso contrario.

È solo quando la condizione si verifica dopo l'adizione che non ha il potere di togliere all'erede, che l'ha già acquistata, la qualità di erede; e questo potere le manca, non già perchè essa sia da considerarsi come *non apposta*, ma perchè viene superata e vinta dalla regola *semel heres semper heres*. Chè se poi essa viene a mancare dopo l'adizione, la qualità di erede è, del pari, definitivamente acquistata all'istituito; e, in questo caso, per svolgimento naturale del rapporto e non già per la pressione della regola *semel heres semper heres*.

Anche accettando questa teoria conviene tuttavia riconoscere che (per quanto entro più ristretti limiti che non secondo la 1^a e 2^a opinione sopra esposte), la volontà del testatore rimane sacrificata al rispetto della regola *semel heres semper heres*. Si tratta ora di vedere se sia possibile rimediare a questo inconveniente e come. Le fonti tacciono, ma la dottrina pandettistica è proclive a considerare la volontà manifestata nella condizione risolutiva come sufficiente base per un valido fedecommesso a favore della persona alla quale, secondo la volontà del testatore, la

eredità avrebbe dovuto venire deferita nel caso in cui la condizione stessa si fosse avverata.

Il Windscheid (815) invoca, a sostegno di questa dottrina, l'analogia offerta dalla istituzione di erede *ex re certa*, e non riesce a capire perchè si dovrebbe fare una distinzione fra i due casi. Ma gli si possono muovere due obiezioni: la prima è che i due casi non sono identici, poichè nel caso di istituzione *ex re certa* a favore di una persona, il testatore ha dimostrato di volere lasciare a questa una sola cosa (*ea re contentus esse debet*), e il resto ad altri, a favore dei quali può quindi ammettersi il fedecommesso tacito (vedi oltre pag. 447); mentre istituendo un erede sotto condizione risolutiva il testatore ha dimostrato una volontà contraria ad un principio di diritto obbiettivo (*semel heres semper heres*), e cioè dunque una volontà, in certo modo, irrealizzabile; la seconda è che, trattandosi di determinare un principio di diritto romano giustiniano, bisogna attenersi alle fonti.

Ora il fatto che nelle fonti si trovi riconosciuto un tacito fedecommesso nella *institutio ex re certa*, non basta a far ammettere un tacito fedecommesso anche nel caso di istituzione *sub condicione risolutiva*. Per giungere a questa conclusione bisognerebbe dimostrare che il principio per il quale all'erede *ex re certa* si attribuiva eventualmente l'intera eredità, aveva la medesima vitalità e forza come il principio per cui non si ammetteva che un erede potesse essere tale per un certo periodo di tempo soltanto. Questa dimostrazione non è possibile. Il principio per cui l'erede *ex re certa* rimane erede (*detracta rei mentione*) fu intaccato in più modi, fino ad essere quasi distrutto, e le fonti ci conservano prove irrefutabili di ciò, mentre invece in nessun modo ci risulta che la reazione contro il principio *semel heres semper heres*, nella sua applicazione al nostro caso, avesse assunte simili proporzioni.

(815) Vedi WINDSCHEID, *Pandette*, II, § 564, n. 19.

§ 5. *Delle istituzioni ad erede a termine.*

Che il termine apposto ad un'istituzione ad erede debba considerarsi come non apposto, ci è detto con tutta la chiarezza e precisione desiderabili nelle fonti (816). Da ciò consegue che appena l'erede a termine iniziale, ha adito l'eredità, è considerato erede retroattivamente dal momento della morte del testatore; e che l'erede a termine finale viene considerato tale per sempre, *cioè anche oltre al termine.*

Questo trattamento non presenta nulla di strano per ciò che riguarda il termine finale, giacchè qui è evidente l'influenza del principio *semel heres semper heres*, ma invece dà luogo a grave dubbio per ciò che riguarda il termine iniziale. Potrebbe chiedersi: dal momento che il diritto romano ha ammesso la validità della istituzione sotto condizione sospensiva perchè non ha anche ammesso la validità di una istituzione a termine iniziale? Gli è che i due casi sono solo apparentemente identici. La *condicio* differisce la delazione e la sospende; il termine la differisce soltanto. Se io scrivo nel mio testamento: Tizio sarà mio erede se sposerà Caia, io voglio bensì che egli diventi mio erede, ma solo pel caso che egli sposi Caia; solo verificandosi tale evenienza l'eredità gli è offerta; prima no, perchè è incerto se egli sposerà Caia. Prima quindi l'eredità è giacente e ciò non contraddice, ma anzi corrisponde allo scopo

(816) Vedi fr. 34, Dig. 28, 5. *Papinianus libro primo definitionum.* « Hereditas ex die vel ad diem non recte datur sed vitio temporis sublato manet institutio ». § 9, *Inst.*, II, 14: « Heres et pure et sub conditione institui potest. Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, veluti POST QUINQUENNium QUAM MORIAR vel EX KALENDIS ILLIS aut USQUE AD KALENDAS ILLAS HERES ESTO: diemque adiectum pro supervacuo haberi placet et perinde esse, ac si pure heres institutus esset. 10. Impossibilis condicio in institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus pro non scripto habetur. 11. Si plures condiciones institutioni adscriptae sunt, si quidem coniunctim, ut puta SI ILLUD ET ILLUD FACTUM ERIT, omnibus parendum est; si separatim, veluti SI ILLUD AUT ILLUD FACTUM ERIT, cuilibet obtemperare satis est ». Cfr. tuttavia il fr. 23, Dig. 28, 5, piuttosto enigmatico.

della istituzione condizionata. Ma se invece io scrivo: Tizio sia mio erede dal 1° gennaio 1906, la delazione dell'eredità ha luogo al momento della mia morte, giacchè la mia volontà di fare Tizio erede, è ferma e fissa e chiara, *non per un solo caso ma per ogni caso*, poichè il termine posto nulla toglie a questa volontà. La *giacenza* della eredità contraddirebbe al *dies*, mentre non contraddice alla *condicio*.

Certo è però che questa regola, che dichiara *pro non scripto* il termine apposto alla istituzione, impedisce l'attuazione della volontà del testatore; e però si comprende come anche qui si sia cercato di supplire con espedienti. Si è pensato infatti di considerare l'apposizione del *dies a quo* che, come tale, *pro supervacuo habetur*, come contenente un fedecommesso tacito del reddito della eredità per il tempo anteriore alla scadenza del termine stesso, a favore degli eredi intestati o dei coeredi, e di considerare l'apposizione del *dies ad quem* come contenente un tacito fedecommesso di eredità a favore o degli istituiti in testamenti anteriori, o dei coeredi, o degli eredi legittimi, o, in generale, di quella qualsiasi persona alla quale fosse diretta la volontà del testatore. Questa dottrina non ha però alcun fondamento nelle fonti classiche e giustinianee: essa è di diritto romano comune.

Per la istituzione ad erede « sub modo » basterà richiamare le cose dette nella parte generale intorno agli effetti del *modus* (817).

(817) Vedi fr. 27, Dig. 35, 1. *Alfenus Varus libro quinto digestorum.* « In testamento quidam scripserat, ut sibi monumentum ad exemplum eius, quod in via Salaria esset Publii Septimii Demetrii, fieret: nisi factum esset, heredes magna pecunia multare et cum id monumentum Publii Septimii Demetrii nullum reperiebatur, sed Publii Septimii Damae erat, ad quod exemplum suspicabatur eum qui testamentum fecerat monumentum sibi fieri voluisse, quaerebant heredes, cuiusmodi monumentum se facere oporteret et, si ob eam rem nullum monumentum fecissent, quia non reperirent, ad quod exemplum facerent, num poena tenerentur. respondit, si intellegeretur, quod monumentum demonstrare voluisset is qui testamentum fecisset, tametsi in scriptura mendum esset, tamen ad id, quod ille se demonstrare animo sensisset, fieri debere: sin autem voluntas eius ignoraretur, poenam quidem

§ 6. Dell' « *institutio ex re certa* » (818).

Essendo l'istituzione ad erede l'atto col quale il testatore si nominava un successore, era ben naturale che non potesse, senza contraddizione, venir limitato ad una *certa res*. Per attribuire ad alcuno una *certa res*, il testatore doveva servirsi del *legatum*, il quale presupponeva una valida istituzione ad erede. È quindi assai probabile che la *institutio ex re certa* fosse, in origine, considerata nulla per essere disposizione di volontà ambigua e contraddittoria. Ma, nell'epoca classica, il caso di *institutio ex certa re* venne trattato in modo ben diverso. Prevalse il concetto che la *institutio ex certa re* dovesse considerarsi come valida *detracta rei mentione* (819); nel conflitto fra la volontà manifestata colla istituzione ad erede, e la volontà aggiunta e contraddittoria limitante la istituzione stessa ad una *res certa*, si diede la preferenza a quella. E così dunque si stabilì che l'*heres ex re certa* acquistasse l'eredità *nella sua totalità*.

Per chiarire bene questa materia, e per determinare i veri limiti di questa ardua interpretazione, conviene esaminare accuratamente i principali casi che si presentavano nella pratica, poichè da tale esame risulterà che la prevalenza data alla volontà rivolta all'istituzione, non fu tale da sopprimere completamente la volontà accessoria manifestata coll'aggiunta limitatrice alla *res certa*; ma che anche di questa volontà si tenne conto per quanto sembrò possibile senza urtare con quella prima.

nullam vim habere, quoniam ad quod exemplum fieri iussisset, id nusquam extaret, monumentum tamen omnimodo secundum substantiam et dignitatem defuncti extruere debere». Cfr. fr. 6 eod.

(818) NEUNER, *Die heredis institutio ex re certa*, 1853. — PADELETTI, *Della istituzione di erede in un singolo oggetto della eredità* (nell'Archivio giuridico, vol. IV, 1870, pagg. 139 e segg.) — MANGALEONI, *Appunti sulla institutio ex re* (estratto dagli Studii Sassaesi, anno II, sez. I, fasc. 1).

(819) Vedi fr. 1, § 4, Dig. 28, 5. *Ulpianus libro primo ad Sabinum*. « Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione ». Cfr. fr. 19, Dig. 28, 2; fr. 4.

1. — Il caso più semplice era dato dalla istituzione di un solo erede *ex re certa*. Questo erede *detracta rei mentione*, acquistava l'intera eredità. Nè vi era possibilità di contrasti da parte degli eredi legittimi, o di altri eredi testamentari. Gli eredi legittimi erano esclusi dal fatto di esservi una valida istituzione testamentaria; e quelli testamentari anteriori erano esclusi per esservi un valido testamento posteriore. Per diritto giustiniano tuttavia si ammise che l'istituito dovesse restituire tutta l'eredità, meno le cose a lui assegnate nella istituzione, agli eredi che fossero stati dallo stesso testatore istituiti in un precedente testamento; e, per diritto comune, tale obbligo venne poi anche esteso, quando non vi fosse stato un precedente testamento (820), a favore degli eredi legittimi.

2. — Un caso più complicato si aveva quando il testatore avesse istituito più eredi e ciascuno *ex re certa*. Anche qui *detracta rei mentione*, tutti i chiamati venivano all'eredità; e poichè non vi era stata indicazione di quote, l'acquistavano per parti uguali (821). Senonchè, anche in questa ipotesi, sembrò iniquo violare la volontà dal testa-

(820) Vedi fr. 30 [29], Dig. 36, 1. *Marcianus libro quarto institutionum*. « Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, etiamsi ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen testamentum sublatum est, ut divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt, cuius constitutionis verba rettuli, cum alia quoque praeterea in constitutione expressa sunt. Imperatores Severus et Antoninus 'Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, iure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset, [sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet, et hoc ita intellegendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum] ». Cfr. § 3, *Inst.*, II, e fr. 41, § 1, Dig. 28, 6.

(821) Vedi fr. 9, § 13, Dig. 28, 5. *Ulpianus libro quinto ad Sabinum*. « Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Cornelianii, alter ex besse eiusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas patris familias manifestissime non refragatur ». Cfr. fr. 10; fr. 11, Dig. 28, 5.

tore manifestata colla designazione delle singole *res certae*, e si finì per ammettere che la indicazione delle singole *certae res*, avesse a valere come titolo di prelegato, e che quindi a ciascun erede dovesse dal giudice venir attribuita la cosa certa nella quale era istituito (822).

3. — Un caso anche più complicato si aveva quando il testatore avesse istituito più eredi, alcuni *ex certa re*, altri

(822) Vedi fr. 35 pr., e § 2, Dig. 28, 5. *Ulpianus libro quarto disputationum*. « Ex facto proponeretur: quidam duos heredes scripsisset, unum rerum provincialium, alterum rerum Italicarum, et, cum merces in Italiam devehere soleret, pecuniam misisset in provinciam ad merces comparandas, quae comparatae sunt vel vivo eo, vel post mortem nondum tamen in Italiam devehetae, quaerebatur, merces utrum ad eum pertineant, qui rerum Italicarum heres scriptus erat an vero ad eum qui provincialium, dicebam receptum esse rerum heredem institui posse nec esse inutilem institutionem *sed ita, ut officio iudicis familiae herciscundae cognoscentis contineatur nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex qua heres scriptus est consequi*. ita igitur res accipietur. verbi gratia pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Liviano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem: *erunt quidem heredes ex aequis partibus, quasi sine partibus instituti, verumtamen officio iudicis tenebuntur, ut unicuique eorum fundus qui relictus est adiudicetur vel adtribuatur* ». E cfr. fr. 79 [78], Dig. 28, 5. *Idem libro sexto responsorum*: « Qui non militabat, bonorum maternorum, quae in Pannonia possidebat, libertum heredem instituit, paternorum, quae habebat in Syria, Titium. iure semisses ambos habere constitit, *sed arbitrum dividendae hereditatis supremam voluntatem factis adiudicationibus et interpositis propter actiones cautionibus sequi* salva Falcidia, scilicet ut, quod vice mutua praestarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur. Lucio Titio ex duabus partibus, Publio Maevio ex quadrante scriptis heredibus assem in dodrantem esse divisum respondi: modum enim duarum partium ex quadrante declarari: quod veteres nummis Titio legatis nummorum specie non demonstrata ceterorum legatorum contemplatione receperunt. Filiis heredibus aequis partibus institutis ac postea fratris filio pro duabus unciis unum assem inter omnes videri factum placuit et ex eo decem uncias filios accepisse: tunc enim ex altero asse portionem intellegi relictam, cum asse nominatim dato vel duodecim unciis distributis residua portio non invenitur: nihil autem interest, quo loco sine portione quis heres instituatur, quo magis assis residuum accepisse videatur. Seius Maevium ex parte, quam per leges capere possit, heredem instituit, ex reliqua Titium. si Maevius solidum capere poterit, Titius adiectus aut substitutus heres non erit ».

regolarmente, con o senza indicazioni di quote. Nel diritto classico anche qui dovevasi cancellare la *mentio rei*, e considerare quindi gli istituiti *ex certa re* come eredi normali accanto a quelli istituiti semplicemente, e in parti uguali, ove questi fossero stati istituiti senza indicazione di quote. Ma Giustiniano, proseguendo una riforma già iniziata nell'epoca postclassica (823) stabilì che gli istituiti *ex re certa*, accanto ad altri eredi istituiti regolarmente, non avessero a rispondere per i debiti di fronte ai creditori della eredità. Dopo questa riforma gli è fuor di dubbio che gli istituiti *ex re certa*, accanto ad altri eredi istituiti regolarmente, avevano di fronte ai creditori ereditari la veste di semplici legatari (824). Ma è dubbio se Giustiniano abbia voluto togliere loro, *per ogni caso*, la qualità di eredi, e si è quindi potuto sostenere che, mancando tutti gli eredi istituiti regolarmente, l'eredità debba andare agli istituiti *ex re certa*, anzichè agli eredi legittimi.

§ 7. L'istituzione ad erede ed il patrimonio ereditario.

Nel caso in cui il testatore abbia istituito più eredi, occorre determinare i criteri in base ai quali il patrimonio ereditario deve andare fra di essi diviso (825). A questo

(823) Vedi *Codice gregoriano*, III, 4 (familiae herciscundae e communi dividundo), e MANCALEONI, op. cit. Cfr. fr. 35, Dig. 28, 5, sopra trascritto.

(824) Vedi c. 13, Cod. VI, 24. *Impp. Iustinianus A. Menae pp.* « Quotiens certi quidem ex certa re scripti sunt heredes vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri ». *D. VIII id. April. Constantinopoli Deivo v. c. cons.*

(825) Qui va anzitutto notata la terminologia e il sistema seguito dai Romani nella divisione. Il patrimonio viene detto *as*, e il sistema di sua divisione è duodecimale come il sistema di divisione dei pesi, delle misure, delle monete, ecc. Ogni frazione di asse ha poi un termine proprio, e cioè: $\frac{1}{12}$ *uncia*; $\frac{2}{12}$ *sextans*; $\frac{3}{12}$ *quadrans*; $\frac{4}{12}$ *triens*;

proposito bisogna anzitutto distinguere il caso in cui il testatore abbia fatto assegnazione di quote ai singoli eredi, da quello in cui se ne sia invece astenuto (826). Nella prima ipotesi aveva grande importanza, per diritto classico, il modo in cui la chiamata ereditaria era stata formulata, poichè da essa desumevasi il criterio regolatore per decidere sulle quote.

Se infatti ogni erede era stato separatamente chiamato all'eredità con precisa indicazione della sua quota, nessun dubbio poteva sorgere. E così pure era nel caso in cui il testatore avesse istituito più eredi separatamente, senza indicazione di quote, perchè qui succedevano tutti per parti eguali (827). Ma altrimenti si era quando la chiamata di alcuni eredi, di fronte agli altri, avesse avuto luogo congiuntamente. Di qui le regole sulla così detta *coniunctio*, la quale, come Paolo ci insegna poteva essere di tre specie o maniere: *aut enim re per se coniunctio contiget, aut re et verbis, aut verbis tantum* (828).

⁵/₁₂ *quincunx*; ⁶/₁₂ *seuns*; ⁷/₁₂ *septunx*; ⁸/₁₂ *bes*; ⁹/₁₂ *dodrans*; ¹⁰/₁₂ *deunx*; ¹¹/₁₂ *dextans*; ¹²/₁₂ *as*; ¹/₂₄ *semuncia*, ecc. Questa divisione per duodecimi è la divisione normale; s'intende però che il testatore non è obbligato ad osservarla. Fr. 13, § 1, Dig. 28, 5: « Pater familias distribuere hereditatem in tot partes potest quot voluerit; sed solemnibus assis distributio in duodecim uncias fit ».

(826) Appena è necessario ricordare che l'erede unico, chiamato in una quota, acquista il tutto (*nemo pro parte*, ecc.); che se il testatore ha nominati alcuni eredi in quote determinate, e altri senza indicazione di quote, questi si dividono il resto.

(827) Vedi fr. 9, § 12, Dig. 28, 5. *Ulpianus libro quinto ad Sabinum*. « Heredes iuris successores sunt et si plures instituantur dividi inter eos a testatore ius oportet: quod si non fiat, omnes aequaliter heredes sunt ». Cfr. § 6, *Inst.*, II, 14 e fr. 35, Dig. 28, 5.

(828) Vedi fr. 142, Dig. 50, 16. *Paulus libro sexto ad legem Iuliam et Papiam*. « Triplici modo coniunctio intellegitur: aut enim re per se coniunctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum, nec dubium est, quin coniuncti sint, quos et nominum et rei complexus iungit, veluti 'Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunt', vel ita 'Titius Maeviusque heredes sunt', vel 'Titius cum Maevio ex parte dimidia heredes sunt'. videamus autem, ne etiam si hos articulos detrahas 'et' 'que' 'cum', interdum tamen coniunctos accipi oporteat, veluti 'Lucius Titius, Publius Maevius ex parte dimidia heredes sunt',

1° Si ha *coniunctio verbis tantum* quando più eredi si trovano chiamati congiuntamente, ma nella forma grammaticale *soltanto*, non cioè in una quota comune. Per esempio: Tizio sia erede per la metà, Sempronio e Mevio siano eredi ciascuno per ¹/₄. In questa disposizione Sempronio e Mevio sono chiamati congiuntamente, *ma solo dal punto di vista della forma grammaticale*. Questa *coniunctio* non ha dunque alcuna portata pratica, nè per determinare le quote da attribuirsi ai singoli eredi, e neppure per determinare il modo nel quale abbia ad operarsi l'accrescimento; le quote sono fissate e l'accrescimento avviene *per capita*. Di essa neppure si parlerebbe se non avesse avuta importanza in materia caducaria, in base alla *lex Papia Pop-paea* (829).

2° Si ha *coniunctio re et verbis* quando più eredi sono chiamati congiuntamente, non solo dal punto di vista della forma grammaticale, ma anche dal punto di vista della quota ad essi dal testatore attribuita. Per esempio: Tizio sia erede della metà, Caio e Sempronio siano insieme eredi dell'altra metà. Questo è un caso evidente e non presenta difficoltà; ma poteva avvenire che il testatore si fosse espresso più concisamente, pur avendo la medesima volontà, e che cioè, senza indicare espressamente le quote, avesse detto: Tizio sia mio erede, Caio e Sempronio siano miei eredi. (*Primus et fratris mei filii heredes sunt*, oppure *Primus heres esto: Seius et Maevius heredes sunt*). Qui occorre interpretare la volontà del testatore, giacchè solo questa volontà poteva risolvere il dubbio se Caio e Sempronio

vel ita 'Publius Maevius, Lucius Titius heredes sunt. Sempronius ex parte dimidia heres esto', ut Titius et Maevius veniant in partem dimidiam et re et verbis coniuncti videantur. 'Lucius Titius ex parte dimidia heres esto. Seius ex parte, qua Lucium Titium heredem institui, heres esto. Sempronius ex parte dimidia heres esto'. Iulianus dubitari posse, tres semisses facti sint an Titius in eundem semissem cum Gaio Seio institutus sit. sed eo, quod Sempronius quoque ex parte dimidia scriptus est, *verisimilius esse in eundem semissem duos coactos et coniunctim heredes scriptos esse* ».

(829) Vedi ULPIANO, *Regul.*, XVII, 1.

dovessero avere una metà soltanto, e Tizio l'altra metà; o se invece l'eredità dovesse dividersi in tre parti uguali. La giurisprudenza romana classica si trovò concorde nel ritenere che la *coniunctio verbis* implicasse *qui*, secondo la volontà del testatore, *coniunctio re*: nel fatto di avere il testatore chiamato in una proposizione congiuntamente due eredi *di fronte ad altri eredi chiamati ciascuno, in una separata proposizione*, senza che vi fosse per alcuna indicazione di quote, essa vide espressa la volontà di volere considerare quei due eredi *come uno solo* (830).

Questo modo di risolvere il dubbio era conforme allo spirito della più antica giurisprudenza *cautelare*, e alle abitudini di quei tempi nei quali tutti i negozi giuridici importanti, e in ispecie i testamenti, venivano redatti con grande cura e coll'assistenza di qualche giurisperito; ma esso doveva necessariamente dimostrarsi pericoloso in seguito, quando nella redazione dei negozi giuridici non si poneva più tanta cura e precisione di linguaggio. Sembrò allora troppo ardito il desumere, senza altro, *coniunctio re* dalla semplice *coniunctio verbis* e si finì per ammettere la *quaestio voluntatis* (831).

(830) Fr. 60 [59], § 2, Dig. 28, 5. *Celsus libro sexto decimo digestorum*. « 'Titius heres esto': 'Seius et Maevius heredes sunt'. Verum est quod Proculo placet duos semisses esse quorum alter *coniunctim* duobus datur ». Cfr. tuttavia fr. 13 pr., Dig. eod.

(831) Veggasi tuttavia in proposito la c. 11, Cod. VI, 26, colla quale Giustiniano esclude, per un certo caso, la *quaestio voluntatis*. *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.*. « Si quis duobus heredibus institutis filio suo impuberi eos una cum alio tertio substituit et verba testamenti ita composuerit: quisquis mihi heres erit, et Titius filio meo heres esto, secundum quod apud Ulpianum invenimus, mortuo impubere filio quaerebatur, quomodo ab substitutionem. vocentur tres substituti: utrumve duo priores, qui et patri heredes fuerant scripti, in dimidiam vocantur et Titius in reliquam dimidiam, an tres substituti unusquisque ex triente ad substitutionem vocantur? alia applicata dubitatione, si quis ita heredem scripserit; Titius una cum filiis suis et Sempronius heredes mihi sunt, et in praesente etenim specie quaerebatur secundum Ulpianum voluntas testantis; utrumne Titium una cum suis filiis in dimidiam vocat et Sempronium in aliam dimidiam, an omnes in virilem portionem? Nobis autem in prima quidem specie videtur tres substitutos unumquemque in trientem vocari, in secunda autem specie, cum et

3° Si ha *coniunctio re tantum* quando più eredi sono chiamati alla stessa ed identica quota di eredità, ma in diverse proposizioni del testamento: Tizio sia erede nella metà, Caio sia erede nell'altra metà, Sempronio sia pure erede in quest'altra metà. Caio e Sempronio sono chiamati congiuntamente *verbis*, bensì *re*, in quanto, per essere non ad essi attribuita la stessa quota, si trovano a formare, in riguardo ad essa, una persona sola, di fronte ad altri eredi chiamati singolarmente e separatamente in diverse e distinte quote (832).

4° Se infine il testatore ha istituito più eredi, alcuni con indicazione di quota, e altri senza, questi ultimi acquistano ciò che resta, detratte le quote attribuite ai primi, in base ai principii che valgono pel caso di più chiamati senza indicazione di quote.

Restano infine da considerare tre ipotesi:

1° Il testatore ha istituito più eredi, attribuendo a ciascuno di essi una quota determinata, senza che la somma di queste quote esaurisca l'asse ereditario. Il residuo non va agli eredi legittimi (poichè *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*), ma viene diviso fra gli istituiti in proporzione delle loro quote (833).

natura pater et filius eadem persona paene intelleguntur, dimidiam quidem Titio cum filiis. alteram autem parte Sempronio adsignari. D. III. K. Aug. Costantinopoli post Consulatum Lampadii et Orestis vv. cc. [a. 534].

(832) Vedi fr. 15 pr., Dig. 28, 5. *Ulpianus libro septimo ad Sabinum*. « Iulianus quoque libro trigesimo refert, si quis ita heredem scripserit: 'Titius ex parte dimidia heres esto: Seius ex parte dimidia: ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Sempronius heres esto', dubitari posse, utrum in tres semisses dividere voluit hereditatem an vero in unum semissem Seium et Sempronium coniungere: quod est verius, et ideo *coniunctim* eos videri institutos: sic fiet, ut Titius semissem, hi duo quadrantes ferant ».

(833) Vedi fr. 13, §§ 2-7, Dig. 28, 5. *Ulpianus libro septimo ad Sabinum*. « Denique si minus distribuit, potestate iuris in hoc revolvitur: ut puta si duos heredes ex quadrante scripserit: nam hereditas eius residua accedit, ut ex semissibus videantur scripti. Sed si alter ex quadrante, alter ex semisse heredes scripti sunt, qui accedit quadrans pro partibus

2° Il testatore ha sorpassato nell'attribuzione delle quote l'asse ereditario. In riguardo a questa ipotesi occorre suddistinguere:

a) se il testatore ha istituito tanti eredi in quote determinate, occorre ridurle tutte proporzionalmente, finchè la loro somma rientri nell'asse ereditario (834);

b) se il testatore ha nominati alcuni eredi in quote determinate e altri nel resto, e le quote determinate esauriscono l'asse ereditario, bisogna dividere l'asse in 24^{mi}, 36^{mi}, ecc., finchè, attribuite agli eredi istituiti in quote determinate, le quote così ridotte, rimanga un residuo; e questo residuo lo si attribuisce poi, per parti eguali, agli istituiti senza indicazione di quote (835).

hereditariis eis ad crescit. Sed si excesserit in divisione duodecim uncias, aequae pro rata decrescet: ut puta me ex duodecim unciis heredem, te ex sex scripsit: ego hereditatis habeo bessem, tu trientem. Sed si duos ex asse heredes scripserit, alios ex duodecim unciis, an aequae distributio fiat, apud Labeonem libro quarto posteriorum quaeritur. et putat Labeo et illos ex semisse et hos, qui ex duodecim unciis scripti sunt, ex semisse heredes fore, cui sententiae ad sentiendum puto. Sed si duos ex asse heredes instituerit, tertium autem ex dimidia et sexta, eodem libro Labeo ait in viginti uncias assem dividendum, octo laturum ex dimidia et sexta scriptum, illos duos duodecim. Apud eundem refertur: 'Titius ex parte tertia', deinde asse expleto 'idem ex parte sexta': in quattuordecim uncias hereditatem dividendam Trebatius ait ». Cfr. fr. 78, § 1, Dig. eod.; §§ 5-7, Inst., II, 14 e fr. 15, § 1, Dig. 28, 5: « Idem eodem libro scripsit, si Primus ex semisse, Secundus ex semisse, si Primus heres non erit, Tertius ex dodrante substitutus sit, facti quidem quaestionem esse: verum recte dicitur, si quidem Primus adierit, aequales partes habituros, si repudierit, quindecim partes futuras, ex quibus novem quidem laturum Tertium, sex Secundum ». Cfr. fr. 47, § 1, Dig. eod.

(834) Vedi i testi sopra citati e § 47, Inst., II, 14. « Videamus, si pars aliqua vacet nec tamen quisquam sine parte heres institutus sit, quid iuris sit? veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. et constat vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere et perinde haberi, ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent: et ex diverso si plus in portionibus sit, tacite singulis decrescere, ut, si verbi gratia quattuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte scriptus fuisset ».

(835) Vedi fr. 17, §§ 2-5; fr. 18; 20, § 1; 53; 78, § 2; 88, Dig. 28, 5 e § 8, Inst., II, 14. « Et si plures unciae quam duodecim distributae sunt,

3° Per il caso in cui il testatore avesse istituito un erede *ex asse*, poi un secondo erede in una quota, Giustiniano stabilì che la seconda chiamata dovesse limitare la prima, attribuendo così al secondo chiamato la quota a lui attribuita dal testatore, e al primo il resto (836).

is, qui sine parte institutus est, quod dipondio deest habebit: idemque erit, si dipondius expletus sit. quae omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum ».

(836) Vedi c. 23 pr. e §§ 1-2. Cod. VI, 37. *Imp. Justinianus A. Iuliano pp.* « Cum quaestio talis de significatione verborum animos veterum morit, si quis cuidam agrum puta Cornelianum vel alium quendam in solidum legaverit, deinde alii partem eius dimidiam, quantam portionem primus, quantam secundus legatarius consequitur (simili dubitatione et in hereditate et in fideicommissis habita), cumque computationes multae introducebantur et multis ratiocinatoribus dignae; nos huiusmodi computationes quasi superfluas et contrarias voluntati testatorum omnes esse sopiendas censemus. Cum enim manifestissimum est eum, qui ab initio duodecim uncias rei quidam reliquit, alii autem postea sex, recessisse quidem a priore voluntate, voluisse autem minui eam sex unciis, cum alii eas obtulit, et praesens casus exitum apertissimum inveniet. Si quis itaque vel agrum vel hereditatem reliquerit, primo quidem in totum, secundo autem in partem dimidiam, utrumque in sex uncias esse vel dominum rei legatae vel heredem. Et si primo re tota relicta tertiam partem secundo reliquerit, secundum praedictum modum octo quidem uncias vel agri vel hereditatis apud primum remanere, tertiam autem partem vel quattuor uncias ad secundum migrare. Et sic in omnibus statuendum est, id est in hereditatibus vel legatis vel fideicommissis: *vestigia enim voluntatis testatoris non aliter nisi per huiusmodi viam aestimanda sunt* ».

CAPITOLO VIII.

Delle sostituzioni.

Sommario: § 1. La sostituzione volgare. — § 2. Sostituzione pupillare. — § 3. Della sostituzione quasi-pupillare. — § 4. Del « ius adcre-scendi ».

§ 1. La sostituzione volgare.

Il testatore, prevedendo che il primo istituito non possa, o non voglia, acquistare l'eredità, può chiamare alla successione un secondo erede, e, allo stesso modo, un terzo, un quarto e vai dicendo. Il primo chiamato, di una tal serie di eredi, vien detto istituito (*institutus*), gli altri sostituiti (*substituti*); il rapporto, considerato nel suo complesso, vien detto *substitutio* o, più precisamente, sostituzione volgare, per tenerlo distinto da altri rapporti simili quali sono la c. d. sostituzione pupillare e quasi pupillare.

L'origine della sostituzione volgare è riposta nella predilezione dei romani per la successione testamentaria. Mediante la sostituzione si rendeva infatti assai difficile l'avvento degli eredi *ab intestato*, giacchè, quando vi fossero più gradi di sostituiti, era ben poco probabile che nessuno fra di essi acquistasse l'eredità. Ma pel timore che ciò potesse tuttavia verificarsi, i romani escogitarono anche un altro espediente, consistente nel chiamare all'eredità, come ultimo sostituito, uno schiavo del testatore, al quale veniva, a questo scopo, data la libertà, e che, come già si è visto, diventava erede anche suo malgrado, *ipso iure* (837).

(837) Vedi GAIO, II, 174-178. « Interdum duos pluresve gradus heredum facimus, hoc modo: *L. Titius heres esto cernitoque in diebus* (centum) *proximis quibus scies poterisque, quodni ita creveris, exheres esto. tum mevius heres esto cernitoque in diebus centum* et reliqua; et deinceps in quantum velimus substituere possumus. 175. Et licet nobis vel unum in unius locum substituere pluresve, et contra in plurium locum vel

Appena occorre notare che, come ad un solo istituito potevano venire dati più sostituiti, così, all'inverso, poteva, a più istituiti *pro portionibus*, venir dato un solo sostituito. Così anche più eredi, chiamati contemporaneamente all'eredità, potevano venire sostituiti gli uni agli altri nominatamente o collettivamente: e. g. *eosque invicem sub-*

unum vel plures substituere. 176. Primo itaque gradu scriptus heres hereditatem cernendo fit heres et substitutus excluditur; non cernendo summovetur, etiamsi pro herede gerat, et in locum eius substitutus succedit. Et deinceps si plures gradus sint, in singulis simili ratione idem contingit. 177. Sed si cretio sine exheredatione sit data, id est in haec verba: SI NON CREVERIS, TUM P. MEVIUS HERES ESTO, illud diversum invenitur, quod si prior omissa cretione pro herede gerat, substitutum in partem admittit et fiunt ambo aequis partibus heredes; quodsi neque cernat neque pro herede gerat, tum sane in universum summovetur, et substitutus in totam hereditatem succedit. 178. Sed Sabino quidem placuit, quamdiu cernere et eo modo heres fieri possit prior, etiamsi pro herede gesserit, non tamen admitti substitutum; cum vero cretio finita sit, tum pro herede gerente admitti substitutum: aliis vero placuit etiam superante cretione posse eum pro herede gerendo in partem substitutum admittere et amplius ad cretione reverti non posse ». E cfr. *Inst.*, II, 15: « Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta 'si ille heres non erit. ille heres esto': et deinceps in quantum velit testator substituere potest et novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere. 1. Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli singulis, vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt. 2. Et si ex disparibus partibus heredes scriptos invicem substituerit et nullam mentionem in substitutione habuerit partium, eas videtur partes in substitutione dedisse, quas in institutione expressit: et ita divus Pius rescripsit. 3. Sed si istituto heredi et coheredi suo substituto dato alius substitutus fuerit, divi Severus et Antoninus sine distinctione rescripserunt ad utramque partem substitutum admitti. 4. Si servum alienum quis patrem familias arbitratus heredem scripserit et, si heres non esset, Maevium ei substituerit isque servus iussu domini adierit hereditatem, Maevius in partem admittitur. illa enim verba 'si heres non erit' ius eo quidem, quem alieno iuri subiectum esse testator scit, sic accipiuntur: si neque ipse heres erit neque alium heredem effecerit; in eo vero, quem patrem familias esse arbitratur, illud significant: si hereditatem sibi eive, cuius iuri postea subiectus esse coeperit, non adquisierit. idque Tiberius Caesar in persona Parthenii servi sui constituit ». Cfr. fr. 36, Dig. 28, 6 e cfr. *Testamentum Dasumii* linea 10 e segg. e *Testamentum C. Longini Castoris*, linea 10 e sequenti.

stitutio (così detta sostituzione *breviloqua* o *compendiosa*); anzi tale forma di sostituzione veniva spesso usata per evitare le norme speciali circa il *ius adcrendi* introdotte dalle *leges caducariae*.

La sostituzione volgare, considerata nella sua essenza giuridica, ci si rivela come una vera e propria *istitutio* sotto condizione sospensiva; il sostituito è chiamato all'eredità a condizione che l'eredità non sia stata acquistata dall'istituito. Da ciò discende: 1° che finchè la condizione non si sia verificata, l'eredità non è deferita al sostituito; 2° che questi deve essere vivo, e avere la c. d. *testamenti factio passiva*, al momento in cui l'eredità gli viene deferita.

Può essere che il non acquisto dell'eredità, da parte dell'istituito, dipenda dalla sua volontà, — per avere egli, ad esempio, ripudiata l'eredità (c. d. *casus, voluntatis*) — oppure che dipenda invece da una causa indipendente, per esempio, dall'essere egli premorto (c. d. *casus impotentiae*). Questa distinzione non ha, per regola, alcuna importanza pratica, ma non può escludersi peraltro che la volontà del testatore si sia, in un dato caso concreto, rivolta all'una o all'altra soltanto delle due ipotesi, ed, in tal caso, essa dovrà essere rispettata. Se, per esempio, Tizio avesse istituito Caio, ed a Caio avesse sostituito Sempronio per il solo caso *che Caio avesse ripudiata l'eredità*, premorto Caio, l'eredità non dovrebbe, secondo la volontà del testatore, essere deferita al sostituito, ma andrebbe agli eredi legittimi (838). Nè dicasi che questa soluzione è contraria allo

(838) Vedi anche fr. 48 pr., Dig. 28, 6. *Saevola libro singulari quaestionum publice tractatarum*. « *Servum communem habemus: hic heres scriptus est et, si heres non sit, Maevius illi substitutus est: alterius iussu dominorum adiit hereditatem, alterius non: quaeritur, an substituto locus sit an non. et verius est substituto locum esse* »; e confronta fr. 58 [57], Dig. 28, 5. *Paulus libro quinquagesimo septimo ad edictum*: « *Si is qui solvendo non est servum cum libertate heredem instituerit et liberum substituerit, ante incipiendum erit a substituto: lex enim Aelia Sentia ita demum ei qui in fraudem creditorum heres institutus est conservat libertatem, si nemo alius ex eo testamento heres esse potest* ».

spirito della *sostituzione volgare*, che è appunto di escludere gli eredi legittimi: nel diritto giustiniano, il principio per cui la *voluntas testatoris* è il criterio fondamentale al quale si deve ricorrere per risolvere tutte le controversie testamentarie, prevale sull'antico *favor testamentorum*.

Il sostituito può validamente acquistare l'eredità anche in due casi nei quali l'eredità stessa sia già stata acquistata dall'istituito. Il primo di questi casi si ha quando, essendo l'istituito un *heres suus et necessarius*, acquistò l'eredità *ipso iure* al momento della morte del testatore, ma si liberò poi dalle conseguenze dell'acquisto stesso, facendo uso del *ius abstinendi*. Il secondo si ha quando l'istituito, dopo avere accettata l'eredità, abbia domandata e ottenuta la *restitutio in integrum* (839).

Anche questi due casi si spiegano bene col principio che assume la *voluntas testatoris* come criterio per risolvere le controversie ereditarie. In essi infatti, a stretto rigore, avvenuto da parte dell'erede istituito l'acquisto (*ipso iure* o mediante accettazione), avrebbe potuto dirsi essere mancata definitivamente la *condicio*, dalla quale dipendeva la chiamata del sostituito. Ma questa decisione non sarebbe in armonia colla probabile volontà del testatore, poichè il testatore pensa generalmente ad un acquisto reale e definitivo e non ad un acquisto puramente formale o transitorio.

Quando l'erede istituito è morto, dopo il testatore, ma prima di avere accettato l'eredità, bisogna distinguere a seconda che egli abbia o meno trasmesso validamente ai suoi eredi il diritto di accettare. Se ha trasmesso questo diritto di accettazione (salvo contraria volontà del testatore) il sostituito non subentra se non quando il trasmissario abbia ripudiato.

Per diritto giustiniano il sostituito può domandare all'autorità giudiziaria che fissi un termine, entro il quale l'istituito dichiararsi se accetta o meno l'eredità (*spatium deliberandi*). Trascorso lo *spatium deliberandi* senza che l'isti-

(839) Vedi fr. 44, Dig. 42, 1 e fr. 15, Dig. 29, 5.

tuito abbia rinunciato, lo si considera accettante. Che se ha ripudiato, il sostituito può, alla sua volta, *accettare* o *ripudiare*. Se il primo sostituito ripudia o premuore e vi è un ulteriore sostituito, lo si considera come sostituito direttamente all'istituito: *substitutus substituto est substitutus instituto*.

Ma che dovrà dirsi dei legati e fedecommissi eretti nel testamento? Nel diritto classico si distingueva fra i legati e fedecommissi imposti *nominatim* all'istituito, e quelli imposti genericamente all'erede (*quisquis mihi heres erit*). Per i primi non si riteneva obbligato il sostituito, se non in quanto tale obbligo gli fosse stato esplicitamente imposto. Ma l'imperatore Severo introdusse una presunzione a favore del principio che anche i legati o fedecommissi imposti *nominatim* all'erede istituito, dovessero essere prestati dal sostituito (840).

§ 2. Sostituzione pupillare (841).

Un rapporto molto simile a quello della sostituzione volgare si aveva, nel diritto antico, quando il padre di famiglia, dopo avere istituito erede il proprio figlio in

(840) Vedi fr. 74, § 1, Dig. 30. *Ulpianus libro quarto disputationum*. « Licet imperator noster cum patre rescripserit videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerant relicta, [tamen hoc ita erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas: quae ex multis colligetur, an quis ab herede legatum vel fideicommissum relictum, noluerit a substituto deberi]. quid enim si aliam rem reliquit a substituto ei fideicommissario vel legatario, quam ab instituto non reliquerat? vel quid si certa causa fuit, cur ab instituto relinqueret, quae in substituto cessaret? vel quid si substituit ex parte fideicommissarium, cui ab instituto reliquerat fideicommissum? [in obscura igitur voluntate locum habere rescriptum dicendum est] ». Questo frammento è però sospetto di interpolazione. Cfr. fr. 41, § 1, Dig. 30; fr. 82, § 1, Dig. 31; c. 4, Cod. VI, 49.

(841) Vedi E. COSTA, *Sopra la natura giuridica della sostituzione pupillare in diritto romano* (nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, anno VI, fasc. 6). — FERRINI, *Pandette*, pagg. 161 e segg. — BONFANTE, *Istituzioni*.

potestate, per il caso che questi gli premorisse (e quindi non potesse acquistarne la eredità), oppure gli sopravvivesse acquistandone l'eredità, ma morisse poi prima di avere raggiunta la pubertà (prima dunque di avere potuto fare un testamento proprio), gli sostituiva un altro erede (842). Questo rapporto, abbiamo detto, era molto simile a quello sorgente dalla sostituzione volgare, *ma non identico*, perchè, nella sostituzione volgare, il sostituito è chiamato pel caso che abbia a mancare l'istituito, mentre nella sostituzione pupillare il sostituito è chiamato *anche per il caso che l'istituito abbia acquistata l'eredità e solo non abbia potuto alla sua volta disporre per testamento*. Ad ogni modo però, in questo caso cioè come in quello, il sostituito veniva considerato come chiamato alla successione del testatore, ed era naturale che, nell'epoca antica, quando il figlio in *potestate* era considerato assolutamente incapace di avere un patrimonio proprio, non si facesse distinzione fra i due casi.

Ma, — in seguito allo svolgersi dei *peculia* e dei *bona adventicia* — potendo avvenire che il figlio in *potestate* avesse un patrimonio proprio o che l'acquistasse dopo la morte del padre, indipendentemente dalla successione del medesimo, la sostituzione pupillare originaria venne estesa in modo che il sostituito venisse a raccogliere anche questo particolare patrimonio del figlio, forse allo scopo di escluderne gli eredi legittimi. Con questa estensione peraltro

(842) Vedi pr. *Inst.*, II, 16. « Liberis suis impuberibus, quos in potestate quis habet, non solum ita ut supra diximus substituere potest, id est ut, si heredes ei non extiterint, alius ei sit heres, sed eo amplius ut et, si heredes ei extiterint et adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis heres. veluti si quis dicat hoc modo: 'Titius filius meus heres mihi esto: si filius meus heres mihi non herit, sive heres erit et prius moriatur, quam in suam tutelam venerit' (id est pubes factus sit). 'tunc Seius heres esto'. quo casu si quidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres: si vero extiterit heres filius et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus'. nam moribus institutum est, ut, cum eius aetatis sunt, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant ». Cfr. GAIO, II, 179-180.

(che non sappiamo bene come e quando venisse primieramente operata) (843), la sostituzione pupillare acquistava un duplice carattere e una duplice funzione. Da una parte essa era una vera e propria sostituzione volgare (in quanto cioè il padre avesse istituito a proprio erede il figlio impubere e a questi avesse poi sostituito un terzo), dall'altra era una vera e propria istituzione di erede al figlio fatta dal padre per conto o nell'interesse, — se non proprio a nome, — del figlio stesso (844).

Un rigoroso trattamento logico del rapporto avrebbe dovuto allora condurre i giuristi romani a scindere la sostituzione pupillare in due distinti istituti, fondendo il primo colla sostituzione volgare, e svolgendo il secondo a tutte le sue conseguenze. Invece ciò non fu fatto, o, per lo meno, non fu concordemente fatto, di modo che, nella compilazione giustiniana, la sostituzione pupillare ci si presenta con lineamenti incerti e contraddittori (845).

(843) Era controverso ai tempi di CICERONE (*De inventione*, 2, 62; 62-64) ma venne in seguito universalmente ammesso che il sostituito acquistasse tutti i beni del pupillo, *senza riguardo alla origine dei medesimi*.

(844) L'uso di cumulare le due formule di sostituzione, cioè quella della originaria sostituzione volgare a quella propriamente pupillare, era sul finire della repubblica così generale e si riteneva dai più che l'una implicasse l'altra. (Veggasi in proposito CICERONE, *De oratore*, I, 39, 18; II, 32, 140-141; *De inventione*, II, 32, 122. — BRUTO, 52, 194-198, ove ricorda la relativa *causa Curiana*). Questa opinione prevalse più decisamente nell'epoca classica. Vedi fr. 4, Dig. 28, 6. *Modestinus libro singulari de heurematicis*: «Iam hoc iure utimur ex divi Marci et Veri constitutione, ut, cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intellegatur, sive filius heres non extiterit sive extiterit et impubes decesserit».

(845) Rimandiamo per la esegesi dei frammenti del Digesto alle opere sopra citate, limitandoci a riprodurre qui il passo delle istituzioni giustiniane §§ 2-9, *Inst.*, II, 16. «Igitur in pupillari substitutione secundum praefatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe unum est testamentum duarum causarum, id est duarum hereditatum». 3. Sin autem quis ita formidolosus sit, ut timeret, ne filius eius pupillus adhuc ex eo, quod palam substitutum accepit, post obitum eius periculo insidiarum subiiceretur:

Da una parte infatti troviamo dei testi che considerano il sostituito pupillare come erede del pupillo, e non già del padre sostituente, il che ripugna al concetto della sostituzione volgare. Dall'altra troviamo: che la sostituzione pupillare deve essere fatta nel testamento del padre (per quanto si ammetta che ne costituisca una parte autonoma); che il padre non è tenuto a istituire il figlio al quale nomina un sostituito (846), e che egli può però validamente

'vulgarem quidem substitutionem palam facere' et in *primis testamenti partibus* debet, 'illam autem substitutionem, per quam et si heres extiterit pupillus et intra pubertatem decesserit substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere eamque partem proprio lino propriaque cera consignare et in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulae vivo filio et adhuc impubere aperiantur'. Illud palam est non ideo minus valere substitutionem impuberis filii, quod in isdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque heredem instituisset, quamvis hoc pupillo periculosum sit. 4. 'Non solum autem heredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut et si heredes eis extiterint et ante pubertatem mortui fuerint, sit eis heres is quem ipsi voluerint, sed etiam exheredatis. Itaque eo casu si quid pupillo ex hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertineat. Quaecumque diximus de substitutione impuberum liberorum vel heredum institutorum vel exheredatorum, eadem etiam de postumis intellegimus'. 5. Liberis autem suis testamentum facere nemo potest, nisi et sibi faciat; nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeo ut, si patris testamentum non valeat, ne filii quidem valebit. 6. 'Vel singulis autem liberis vel qui eorum novissimus impubes morietur substitui potest. Singulis quidem, si neminem eorum intestato decedere voluit, novissimo, si ius legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit'. 7. Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti TITIVS, aut generaliter QUISQUIS MIHI HERES ERIT: quibus verbis vocantur ex substitutione impubere filio mortuo, qui et scripti sunt heredes et extiterunt, et pro qua parte heredes facti sunt. 8. Masculo igitur usque ad quattuordecim annos substitui potest, feminae usque ad duodecim annos; et si hoc tempus excesserit, substitutio evanescit. 9. 'Extraneo vero vel filio puberi heredi instituto ita substituere nemo potest, ut, si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius et sit heres; sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hereditatem eius vel totam vel pro parte restituere: quod ius quale sit, suo loco trademus». Cfr. GAIUS, II, 181-183, e KÜBLER.

(846) Cfr. GAIUS, II, 182.

sostituire alla sola condizione di avere istituito a sè stesso, se non il figlio, un qualsiasi altro erede. Oltre a ciò (847), mentre da una parte si ammette che il padre, che si è nominato un erede estraneo, e che contemporaneamente ha nominato un erede al proprio figlio *in potestate* (*substitutio pupillaris*), abbia fatto *quodammodo duo testamenta*, dall'altra, qualora colui che il padre ha nominato proprio erede (cioè l'*istituito*), sia ad un tempo stato da lui nominato erede al figlio *in potestate* (cioè *sostituito*), si considerano le due eredità (pur concettualmente e praticamente distinte) come strettamente connesse fra di loro, e si decide che *non* sia lecito al sostituito accettare l'eredità del padre, ripudiando quella del pupillo, nè acquistare quella del pupillo, qualora si sia astenuto (essendo *suus heres*) da quella del padre (848), o l'abbia (essendo erede estraneo) ripudiata.

Nè questo è ancor tutto. Nel caso in cui il pupillo istituito erede dal proprio padre abbia fatto uso del *ius abstinenti*, e poi sia morto prima di raggiungere la pubertà, il sostituito che ne adisce la eredità vien tenuto anche pei debiti gravanti l'eredità del padre, e risponde anche dei legati gravanti l'eredità paterna. considerandosi insomma, anche qui, come se l'eredità del padre e la eredità del figlio fossero sempre una sol cosa (849). Ben è vero che questa opinione di Giavoleno e Giuliano era combattuta da Marcello, ma gli è significativo che Giuliano e Giavoleno potessero sostenere un'opinione della quale non possiamo renderci ragione se non ammettendo che in origine la sostituzione pupillare fosse una vera e propria sostituzione volgare.

Del resto, considerando l'istituto così come ci si presenta nella compilazione giustiniana, troviamo anche altri residui dell'antica concezione che sono in aperto urto colla

(847) Cfr. GAIO, II, 181; fr. 1, § 3, Dig. 28, 6; fr. 16, § 1, Dig. eod.

(848) Cfr. GAIO, II, 180 e fr. 2, § 2, Dig. 2, 2.

(849) Cfr. fr. 59, Dig. 29, 2; fr. 10, § 3, Dig. 28, 6; fr. 2, § 4, Dig. eod.; c. 20, Cod. VI, 36.

concezione nuova. Ciò massimamente in materia di legati, come risulta dai seguenti casi:

I. — Il padre ha diseredato il proprio figlio *in potestate* e poi gli ha sostituito un terzo. I testi decidono che questo terzo non può essere gravato da legati. E perchè? Gli è evidente che se si fosse accolto in tutta la sua piezza il concetto che la sostituzione pupillare è, in questa ipotesi, *solo di nome* sostituzione, si sarebbe giunti alla conclusione che il terzo sostituito poteva essere gravato di legati dal testatore padre, come lo avrebbe potuto essere dal pupillo, ove questi avesse potuto fare il suo testamento da sè. Invece non si arrivò a questa conclusione, il che vuol dire che non ci si seppe in tutto liberare dall'antico concetto dell'*una hereditas*.

II. — Il padre ha istituito il pupillo e gli ha sostituito un terzo, imponendo legati e al pupillo e al terzo. *Quid iuris?* Anche qui, applicando il concetto nuovo dell'istituto si avrebbe dovuto decidere:

a) essere il terzo sostituito obbligato ad eseguire i legati imposti all'istituito in quanto tale risultasse essere stata la volontà del testatore, secondo i principii sopra svolti in materia di sostituzione volgare;

b) essere egli, ad ogni modo, obbligato ad eseguire i legati a lui direttamente imposti (giacchè, a parte che ogni sostituito volgare è obbligato ad eseguire i legati a lui nominatamente imposti, certo è che egli ha questo obbligo anche come istituito).

Invece, nelle fonti, noi troviamo applicata, anche qui, la massima *pater de suo legat*, in forza della quale si decide che il terzo sostituito debba essere tenuto soltanto ad eseguire i legati imposti all'istituito, e col patrimonio dell'eredità paterna. Così poi anche, in materia di *Quarta falcidia*, si decide che la si debba calcolare una sola volta come se si trattasse di un unico testamento (850).

(850) Vedi fr. 11, § 5 e fr. 87, § 5, Dig. 35, 2.

Da tutto ciò risulta chiaro che il diritto romano non era giunto, in materia di *substitutio pupillaris*, a risultati logici e definitivi.

La sostituzione pupillare cadeva se l'impubere veniva a morte prima del padre, o se veniva da questi emancipato, o se raggiungeva, lui vivo, la pubertà, o se il testamento del padre diventava invalido, o se il sostituito, morto il padre, ometteva di far nominare un tutore all'impubere (851).

§ 3. Della sostituzione quasi-pupillare.

Già nell'epoca classica si era ammesso che il *miles* potesse nominare un erede al proprio figlio, anche morendo intestato (852). Giustiniano generalizzò questo principio disponendo che ogni ascendente (paterno o materno) potesse fare testamento per il proprio discendente che fosse infermo di mente (senza lucidi intervalli), per il caso che questi avesse a morire senza aver recuperato l'uso della ragione. A questo principio erano tuttavia, dallo stesso imperatore, arredate due limitazioni: la prima consisteva in ciò che l'ascendente, per poter fare il testamento pel suo discendente, doveva avergli lasciato, qualora avesse fatto testamento, almeno la legittima; la seconda consisteva in ciò, che egli doveva dargli come eredi, in prima linea i discendenti, in mancanza di questi, i fratelli e le sorelle, e solo in mancanza di fratelli o sorelle un erede estraneo a suo talento. Questa specie di sostituzione (che in sostanza è sostituzione solo di nome) vien detta nelle fonti *quasi pupillaris* o ad *exemplum pupillaris substitutionis*. Essa vien meno se il mentecatto muore prima dell'ascendente che gli ha fatto il testamento, o se recupera l'uso della ragione, o se venga annullato il testamento (853).

(851) Cfr. fr. 41, § 2, Dig. 28, 6; fr. 2, eod.; fr. 14, eod.

(852) Vedi fr. 41, § 5, Dig. 29, 1. *Tryphoninus libro octavo decimo disputationum*: « Si militis adita non fuerit hereditas, an substitutio quam pupillo fecit valeat, quaeritur. et consequens erit hoc dicere, quia permittitur militem filio facere testamentum, quamvis sibi non fecerit ». Cfr. fr. 41, § 4, Dig. eod. e fr. 14, Dig. 28, 6.

(853) Vedi c. 9, Cod. VI, 26. *Imp. Iustinianus A. Menae pp.* « Humanitatis intuitu parentibus indulgemus, ut, si filium vel nepotem vel

§ 4. Del « ius adcrescendi ».

Ha luogo accrescimento quando uno fra più eredi chiamati alla successione, finisce per acquistare una quota dell'eredità maggiore di quella a lui spettante in base alla sua chiamata ereditaria, per essersi rese vacanti una o più quote attribuite ai suoi coeredi. Il fondamento di questo istituto è a ricercarsi in ciò che la chiamata all'eredità è, concettualmente, chiamata *nel titolo di erede*, il quale è universale; mentre l'acquisto di una sola quota dell'eredità non è che la conseguenza di essere il medesimo titolo attribuito contemporaneamente a più persone, onde *concurso partes fiunt*. Se pertanto cessa il concorso, cessa anche, automaticamente, la restrizione dell'acquisto, e questo si estende alla intera eredità o, quanto meno, su quella parte di eredità che rimane vacante. L'accrescimento non può quindi essere impedito dal testatore che mediante *sostituzione volgare*. Esso cessa pure nei casi di trasmissione che esamineremo più oltre. Ma quando ha luogo, ha luogo *ipso iure*, tanto cioè se l'erede, a cui profitto si verifica, lo voglia, quanto se non lo voglia (854) e indipendentemente dalla

pronepotem cuiuscumque senu habeant nec alia proles descendentium eis sit, iste tamen filius vel filia vel nepos vel neptis vel pronepos vel proneptis mente captus vel mente capta perpetuo sit, vel si duo vel pluri, isti fuerint, nullus vero eorum saperet, liceat isdem parentibus legitima portione ei vel eis relicta quos voluerint his substituere, ut occasione huiusmodi substitutionis ad exemplum pupillaris nulla querella contra testamentum eorum oriatur, ita tamen, ut, si postea resipuerit vel resipuerint, tali substitutio cesset, vel si filii aut alii descendentes ex huiusmodi mente capta persona sapientes sint, non liceat parenti qui vel quae testatur alios quam ex eo descendentes unum vel certis vel omnes substituere. Sin vero etiam alii liberi testatori vel testatrici sint sapientes, ex his vero personis quae mente captae sunt nullus descendat, ad fratres eorum unum vel certos vel omnes eandem fieri substitutionem oportet ». *D. III id. Dec. Constantinopoli dn. Iustiniano A. pp. II cons.* [a. 528]. Cfr. § 1, *Inst.*, II, 16 e c. 7, § 1 b, eod., V, 70.

(854) Vedi fr. 53, Dig. 29, 1. *Gaius libro quarto decimo ad legem Iuliam et Papiam*. « Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit,

sua capacità, perchè, come dice un testo romano, *portio portioni adcrescit* (855).

L'accrescimento aveva luogo tanto nella successione testamentaria quanto in quella *ab intestato*; ma qui dobbiamo occuparci solo della successione testamentaria, a proposito della quale bisogna distinguere fra diritto classico e giustiniano.

Nel diritto classico erano in vigore, come già abbiamo accennato (vedi sopra, pag. 458), disposizioni speciali, introdotte dalle *leges Iulia* e *Papia Poppaea*, secondo le quali le quote ereditarie rimaste vacanti, per essere uno dei coeredi premorto o divenuto peregrino, prima dell'apertura del testamento, venivano attribuite alle persone nominate nel testamento che avessero moglie e figli, o al fisco (*caduca*) (856). Nel diritto giustiniano, abolito il sistema dei *caduca* (857), l'accrescimento ha luogo, salvo qualche eco o rimasuglio delle antiche distinzioni, in modo conforme, e cioè:

a) se i diversi coeredi sono stati istituiti separatamente (*disiunctim*), senza indicazione di quote, l'accrescimento ha luogo per tutti egualmente; se sono stati istituiti con attribuzione di quote, ha luogo *in proporzione delle medesime*:

b) se più coeredi sono stati istituiti *coniunctim*, re oppure *re et verbis*, di fronte ad altri istituiti *disiunctim*, rendendosi vacante la quota di uno di essi, l'accrescimento ha luogo soltanto a favore degli altri coeredi *coniuncti*;

c) se, essendovi degli eredi nominati *disiunctim* e degli eredi nominati *coniunctim*, si rende vacante la quota di

ex alia pure, ex alia sub condicione, et ex pura institutione adierit et decesserit posteaque condicio extiterit, ea quoque pars ad heredem eius pertinet. *Qui semel aliqua ex parte heres exstitit, deficientium partes etiam invitus excipit, id est tacite ei deficientium partes etiam invito adcrescunt* ». Veggasi in contrario il fr. 61, Dig. eod. *Macer libro primo de officio presidis*: « Si minor annis, posteaquam ex parte heres existit, in integrum restitutus est, Divus Severus constituit, ut eius partis onus coheres suscipere non cogatur, sed bonorum possessio creditoribus detur ». Cfr. fr. 55; 56; 38, Dig. eod., e DERNBURG, 175.

(855) Vedi fr. 2, § 8, Dig. 37, 11; fr. 31, Dig. 29, 2.

(856) ULPIANO, XVII, 1.

(857) Vedi c. un., Cod. VI, 51.

uno di quelli, l'accrescimento ha luogo per tutti proporzionalmente.

L'accrescimento ha poi luogo *cum suo onere*. Qui però conviene ricordare i principii svolti in riguardo alla sostituzione. Per essi, prima di Severo, si distingueva fra legati imposti all'istituto *nominatim* e legati imposti genericamente a chiunque fosse erede; e si decideva che il sostituito dovesse eseguire solo i secondi. Severo tolse di mezzo questa distinzione, e stabilì che il sostituito dovesse, per regola, eseguire tutti i legati; i compilatori si rimisero alla volontà del testatore. La stessa evoluzione si ebbe forse in caso di accrescimento, salvo che qui non si ammise, come era del resto ben naturale, data l'indole dell'istituto, la ricerca della volontà del testatore (858).

(858) Vedi fr. 29, § 2, Dig. 31. *Celsus libro trigesimo sexto digestorum*. « Si filio heredi pars eius, a quo nominatim legatum est, adcrescit, non praestabit legatum, quod iure antiquo capit ». Cfr. fr. 61, § 1, Dig. eod. *Ulpianus libro octavo decimo ad legem Iuliam et Papiam*. « Si Titio et Maevio heredibus institutis qui quadringenta relinquebat a Titio ducenta legaverit et, quisquis heres esset, centum, neque Maevius hereditatem adierit, trecenta Titius debebit. Iulianus quidem ait, si alter ex legitimis heredibus repudiasset portionem, cum essent ab eo fideicommissa relicta, coheredem eius non esse cogendum fideicommissa praestare: *portionem enim ad coheredem sine onere pertinere*. sed post rescriptum Severi, quo fideicommissa ab istituto relicta a substitutis debentur, *et hic quasi substitutus cum suo onere consequetur adcrecentem portionem* ». Cfr. FERRINI, *Pandette*, pag. 757. — DERNBURG, *Pandekten*, III, § 92.

CAPITOLO IX.

Delle nullità dei testamenti.

Sommario: § 1. Delle nullità dei testamenti in generale. — § 2. Della revoca del testamento. — § 3. Apertura dei testamenti.

§ 1. Delle nullità dei testamenti in generale.

Il testamento, al pari di ogni altro negozio giuridico, può essere nullo per diverse cause: per mancanza di *testamenti factio activa* nel testatore; per non essere state osservate le forme prescritte; per essere l'erede istituito privo della *testamenti factio passiva*, e vai dicendo.

Una prima distinzione, praticamente importante, si ha fra nullità iniziale e nullità sopravvenuta, poichè il testamento nullo inizialmente non rompe il testamento di data anteriore, mentre il testamento che sia stato, anche un solo istante, valido, annulla definitivamente il precedente.

Un'altra distinzione notevole si ha fra *nullità di diritto*, dovuta cioè ad un vizio del quale sia affetto internamente il testamento, e *nullità di fatto*, dovuta cioè ad una causa estrinseca, per esempio all'aver l'istituito ripudiata la eredità, o all'aver il testatore fatto un secondo testamento.

Un'altra distinzione ancora si ha fra nullità ed annullabilità (vedi retro pag. 436).

Il testo fondamentale, in riguardo a queste diverse specie di nullità, è di Papiniano (859); in esso si distinguono i concetti di testamento *non iure factum* (difetto di forma); *nullius momenti* (difetto interno di sostanza, e. g. preteri-

(859) Vedi fr. 1, Dig. 28, 3. *Papinianus libro primo definitionum*. « Testamentum aut non iure factum dicitur, ubi sollemnia iuris defuerunt: aut nullius esse momenti, cum filius qui fuit in patris potestate praeteribus est: aut rumpitur alio testamento, ex quo heres existere poterit, vel adgnatione sui heredis: aut irritum constituitur non adita hereditate ».

zione); *ruptum adgnatione vel alio testamento*; *irritum* per mancata adizione. La relativa terminologia non è però sempre strettamente osservata nelle fonti.

Originariamente nullo è il testamento: 1° quando il testatore non abbia la *testamenti factio*; 2° quando non siano state osservate le forme; 3° quando non contenga una valida istituzione ad erede. La sola incertezza in cui si trovi il testatore circa la sua *testamenti factio activa* è pure causa di nullità.

Per ciò che riguarda la nullità sopravvenuta, per *deminutio capitis maxima, media* o *minima* (860), va notato:

1° che essa è dovuta, non già al venir meno della *capacità di agire*, ma al venir meno della *capacità giuridica*;

2° che in riguardo alla *capitis deminutio maxima*, vi erano, per i prigionieri di guerra, i rimedi del *ius postliminii* e della *lex Cornelia*;

3° che in riguardo alla *capitis deminutio media* venivano in considerazione tutti i modi pei quali si perdeva la cittadinanza, volontari o involontari;

4° che in riguardo alla *capitis deminutio minima* venivano in considerazione l'*adrogatio* e la *conventio in manum*.

La nullità dovuta a *capitis deminutio* era sanabile, *iure praetorio*, mediante il riacquisto dello *status* primiero. Quando però il cambiamento dello *status* era stato dovuto alla volontà del *deminutus*, non bastava che egli riacquistasse la sua originaria condizione di cittadino o di *sui iuris*, ma occorreva anche un atto di conferma del testamento (861).

(860) Vedi § 4, *Inst.*, II, 17. « Alio quoque modo testamenta iure facta infirmantur, veluti cum is qui fecerit testamentum capite deminutus sit. quod quibus modis accidit, primo libro rettulimus », e confronta l'interessante fr. 6, §§ 5-13, Dig. XXVIII, 3.

(861) Vedi fr. 11, § 3, Dig. 37, 11. *Papinianus libro tertio decimo quaestionum*. « Testamento facto Titius adrogandum se praebuit ac postea sui iuris effectus vita decessit. scriptus heres si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se in adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. plane si sui iuris effectus codicillis aut aliis litteris eodem

Un testamento originariamente valido poteva venire successivamente annullato per sopravvenienza di *heredes sui* (*agnatione postumi*) e, appunto per prevenire questa causa di nullità, si ammise la istituzione e diseredazione dei *postumi* (vedi retro pag. 384 nota 711). La nullità dovuta a sopravvenienza di un *heres suus* veniva sanata, *iure praetorio*, ove il *postumus praeteritus*, nato mentre era ancora in vita il testatore, gli fosse poi premorto: fr. 12, Dig. 28, 3.

§ 2. Della revoca del testamento.

Il diritto del testatore di revocare il proprio testamento era assoluto ed illimitato: *voluntas defuncti ambulatoria usque ad vitae supremum exitum* (862); e si considerava nullo ogni patto col quale il testatore se ne spogliasse (c. d. *clausola derogatoria*), e pure nulla la *stipulatio* di una *poena* pel caso in cui egli avesse ad esercitarlo (863).

testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, iudicio recenti redisse intellegetur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset ac suprema tabulas incidisset, ut priores suprema relinqueret. nec putaverit quisquam nuda voluntate constitui testamentum: non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis. quae in hoc iudicio quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius qui opponit aestimatur ». Così pure si convalida il testamento quando l'erede istituito sia il prossimo erede *ab intestato* (fr. 12, Dig. 28, 3) o quando il testatore non lasci eredi *ab intestato* (GAIO, II, 149. — ULPIANO, XXIII, 6).

(862) Vedi fr. 4, Dig. 34, 4, fr. 32, § 3, Dig. 24, 1, e c. 6, Cod. VI, 22.

(863) Sulla c. d. *clausula derogatoria* vedi fr. 22 pr., Dig. 32. *Hermogenianus libro quarto iuris epitomarum*. « Si quis in principio testamenti adscripserit: 'cui his legavero, semel deberi volo', postea eodem testamento vel codicillis sciens saepe eidem legaverit, *suprema voluntas potior habetur: nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat*. [sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit prioris voluntatis sibi paenituisse et voluisse, ut legatarius plura legata accipiat] ». Fr. 6, § 2, Dig. 28, 7. *Marcianus libro septimo institutionum*. « Licet in confirmatione codicillorum pater familias adiecerit, ut non alias valere velit quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati neque manu eius scripti fuerint: nam ea quae postea geruntur prioribus derogant ».

Per revocare un primo testamento ne occorreva però un secondo che fosse *perfectum* sia nella forma che nel contenuto: *posteriore testamento, quod iure perfectum, est superius rumpitur* (864). Il diritto romano dunque non ammetteva che potesse essere revocato un testamento mediante un secondo testamento, perfetto nella forma, ma non contenente una nuova *istituzione*. Ciò fu ammesso soltanto dal diritto comune. Tanto meno poteva quindi ammettere che, con una semplice dichiarazione non formale, o con un atto qualsiasi implicante ripudio del primo testamento, questo restasse revocato *iure civili* (865).

Di ciò abbiamo una riprova nella dottrina della *lacerazione del testamento*. La lacerazione del testamento, anche se fatta coll'intenzione di annullare il testamento, non aveva, *iure civili*, questo effetto. La lacerazione, ci dice Gaio (II, 151), rendeva più difficile la prova del testamento, ma non gli toglieva giuridicamente la sua forza. Lo stesso valeva per la *cancellazione delle istituzioni*, come risulta da parecchi testi nei quali, nel caso che il testatore abbia di proposito cancellato la *institutio heredis*, si nega all'istituito la *bonorum possessio*, ma non l'*hereditas*.

Questo rigore del diritto civile venne in seguito temperato *iure praetorio*. In caso che il testamento fosse stato

(864) Vedi fr. 1; 2; 16, Dig. 28, 3; fr. 7, Dig. 28, 2; c. 29, Cod. VI, 23, e § 2, *Inst.*, II, 17. « 'Posteriore quoque testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur. nec interest, an extiterit aliquis heres ex eo, an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore au post mortem eius antequam hereditatem adiret decesserit, aut condicione, sub qua heres institutus est, defectus sit, in his casibus pater familias intestatus moritur: nam et prius testamentum non valet ruptum a posteriore et posterius aequae nullas vires habet, cum ex eo nemo heres extiterit ».

(865) Cfr. GAIO, II, 151 e § 7 [6], *Inst.* « Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluit valere: usque adeo ut et, si quis post factum prius testamentum posterius facere coeperit et aut mortalitate praeventus, aut quia eum eius rei poenituit, id non perfecisset, divi Pertinacis oratione cautum est, ne alias tabulae priores iure factae irritae fiant, nisi sequentes iure ordinatae et perfectae fuerint. Nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est ».

lacerato, o che l'istituzione fosse stata cancellata, il pretore accordò agli eredi *ab intestato* una *bonorum possessio* che in origine fu *sine re*, ma, in seguito, divenne *cum re*, tutte le volte che l'erede *ab intestato* riuscisse a dimostrare che la lacerazione e cancellazione erano avvenute a scopo di revoca. E così pure ammise che l'istituito in un precedente testamento potesse chiedere la *B. P. secundum tabulas* quando risultasse avere il testatore distrutto il testamento posteriore allo scopo di far rivivere quello anteriore (866).

Teodosio II e Valentiniano III stabilirono (nel 439) che a certe condizioni anche un *testamentum imperfectum* potesse revocare un testamento perfetto anteriore. Essi intendevano per *testamentum imperfectum* un testamento al quale mancassero le firme ed i suggelli dei testimoni. Un simile testamento revocava l'anteriore, purchè fosse attestato da cinque testimoni e avesse istituito gli eredi *ab intestato*. Questa riforma teodosiana venne poi accolta nel Digesto, ed è notevole per il favore degli eredi *ab intestato* dal quale è ispirata.

Gli imperatori Teodosio e Onorio colla C. 4, codice Theod., 4, 4 (418) avevano introdotta la prescrizione decen-

(866) Vedi fr. 1, § 8, Dig. 38, 6; fr. 1, § 10, Dig. 37, 11; fr. 8, § 3; 11, § 2, Dig. 37, 11. Cfr. fr. 12; 16, § 2, Dig. 34, 9; fr. 3, Dig. 28, 4; fr. 2, § 7, Dig. 37, 11. Vedi inoltre fr. 1 pr., § 3, Dig. 28, 4; fr. 20, Dig. 28, 3, e da ultimo c. 30, Cod. VI, 23. *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* « Nostram provisionem, maxime circa ultima elogia defunctorum, nunc etiam extendi properamus, unde cum invenimus quosdam controversias veteribus iuris interpretatoribus exortas propter testamentum, quod legitimo modo conditum est septemque testium signa habens, postea fortuito casu vel per ipsius testatoris operam lino toto vel plurima eius parte incisa in ambiguitatem inciderit, solitum ei praebeamus remedium sancientes, si quidem testator lino vel signacula inciderit vel abstulerit uptote voluntate eius mutata, testamentum non valere: sin autem ex alia quacumque causa hoc contigerit, durante testamento scriptos ad hereditatem vocari, maxime cum nostra constitutio, quam super tuitione testamentorum promulgavimus, testatorem disposuit vel pro manu nomen heredis scribere vel, si imperitia litterarum vel adversa valitudine seu alio modo hoc facere non potest testes ipsos audito nomine heredis sub praesentia ipsius testatoris nomen heredis suis subscriptionibus declarare ». *D. XV K. Nov. Costantinopoli post Consulatum Lampadii et Orestis vv. cc.* [a. 521].

nale del testamento. Ma Giustiniano abrogò questa disposizione, permettendo soltanto che, dopo dieci anni dalla sua erezione, il testamento potesse venire revocato mediante una semplice dichiarazione fatta avanti tre testimoni, od a protocollo del magistrato (867).

§ 3. Apertura dei testamenti (868).

L'apertura del testamento era un atto di grande importanza, per le parti interessate, e anche per il fisco, il quale, in base alla *lex Iulia vicesimaria*, aveva diritto ad una tassa del 5% sulle disposizioni in esso contenute (869). Essa doveva avvenire, in conformità alla *lex Iulia*, avanti a certi magistrati designati all'uopo, e in certo modo, pure determinato dalla stessa legge; ed era comminata una pena di 5000 sesterzi, a chi vi procedesse *aliter* ed *alibi*. Le formalità colle quali si procedeva all'apertura ci sono note in base a un testo di Paolo (870) ed a cinque protocolli

(867) Vedi c. 27, Cod. VI, 23. *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* « Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum et post eius confectionem decennium profluxit, si quidem nulla innovatio vel contraria voluntas testatoris apparuit, hoc esse firmum, quod enim non mutatur, quare stare prohibetur? quemadmodum enim, qui testamentum fecit, et nihil voluit contrarium, intestatus efficitur? Sin autem in medio tempore contraria voluntas ostenditur, si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso iure prius tollitur testamentum. Sin autem testator tantummodo dixerit non voluisse prius stare testamentum; vel aliis verbis utendo contrariam aperuit voluntatem, et hoc vel per testes idoneos non minus tribus vel inter acta manifestaverit et decennium fiat emensum, tunc irritum esse testamentum tam ex contraria voluntate quam ex cursu temporali. Aliter etenim testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere nullo patimur modo, prioribus constitutionibus, quae super huiusmodi testamentis vacuandis latae fuerant, penitus antiquandis ». *D. XV K. April. Costantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons.* [a.].

(868) Vedi Dig. 29, 3; Cod. VI, 32.

(869) La *lex Iulia vicesimaria* è dell'anno 6 d. Cr. (769 u. c.). — Vedi DIONE CASSIO, 55, 25.

(870) PAOLO, *R. S.*, IV, 6. « 1. Tabulae testamenti aperiuntur hoc modo, ut testes vel maxima pars eorum adhibeatur, qui signaverint testamentum, ita ut agnitis signis, rupto lino, aperiatur et recitetur, atque ita describendi exempli fiat potestas, ac deinde signo publico

di apertura di testamento giunti fino a noi (871). Esse dovevano compiersi tre o cinque giorni dalla morte del testatore (termini che, come dice Paolo, variarono in base a diversi rescritti), se gli interessati erano presenti; dal giorno del loro arrivo se assenti.

L'interessato che fosse in possesso del testamento (872) lo presentava al magistrato competente domandandone

obsignatum in archivum redigatur, ut, si quando exemplum eius intercederit, sit, unde peti possit. 2. Testamenta in municipio, colonia, oppido, praefectura, vico, castello, conciliabulo facta in foro vel basilica praesentibus testibus vel honestis viris inter horam secundam et decimam diei *aperiri* recitarique debebunt, exemploque sublato, ab iisdem rursus [magistratibus] obsignari, in quorum praesentia aperta sunt. 2. 'Quid aliter aut alibi, quam uti lege praecipitur, testamentum aperuerit recitaveritve, poena sestertiorum quinque milium tenetur'. 3. Testamentum lex statim post mortem testatoris *aperiri* voluit: et ideo, quamvis sit rescriptis variatum, tamen a praesentibus intra triduum vel quinque dies *aperiendae* sunt tabulae, *ab* absentibus quoque intra eos dies, cum supervenerint: nec enim oportet *tam* heredibus aut legatariis aut libertatibus, quam necessario vectigali moram fieri ». Cfr. fr. 4-7, Dig. 29, 3; fr. 2, § 2; fr. 8; fr. 11, Dig. *eodem*. Va qui ancora ricordato il *senatusconsultum Libonianum* che disponeva che non si potesse procedere all'apertura del testamento di un assassinato, se prima non si fosse proceduto all'escussione, mediante tortura (*quaestio*), dei suoi schiavi (fr. 3, §§ 18-32; fr. 5 pr. e § 1, Dig. 29, 5). I contravventori incorrevano nell'*indegnitas* (fr. 5, § 2; fr. 8; fr. 27, Dig. 29, 5).

(871) Vedi Appendici.

(872) Il testamento privato veniva per regola conservato dal testatore; ma poteva anche venir deposto presso terze persone, o, secondo le consuetudini, presso il magistrato. Coloro che si trovavano in possesso di un testamento dovevano subito, dopo la morte del testatore, consegnarlo al pretore, se si trovavano a Roma, o al preside della provincia. Gravi pene erano comminate contro i trasgressori di questo obbligo come pure a coloro che avessero soppresso o alterato il testamento. Il PEROZZI, *Istituzioni*, II, pag. 466, insegna che il testamento è in proprietà dell'erede: ma vedi *contra* fr. 2 pr., Dig. 29, 3. *Ulpianus libro quinquagesimo ad edictum*. « Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis, hoc est heredis, sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum ». E non mi sembra che il fr. 3, Dig. eod., che concede all'erede la *vindicatio tabularum* basti per dar fondamento alla tesi del Perozzi, a meno che egli non intenda per *testamentum* il semplice materiale (tavolette cerate, papiro, o altro) sul quale il testatore abbia scritto le sue ultime volontà.

l'apertura. Questi riceveva il testamento ed ordinava ai testimoni convocati di procedere al riconoscimento dei loro sigilli e delle relative *superscriptiones*. Ciascun teste separatamente dichiarava allora di riconoscere il proprio sigillo e la *superscriptio*, e talvolta aggiungeva anche di aver sottoscritto *infra*. Mancando alcuni testimoni, quelli presenti potevano riconoscere il sigillo e la *superscriptio* degli assenti.

Se qualche teste non riconosceva il proprio sigillo e la relativa *superscriptio*, il testamento poteva venire aperto ugualmente, ma era considerato sospetto. Avvenuto il riconoscimento dei sigilli e della *superscriptiones*, il magistrato ordinava l'apertura e la lettura del testamento, e permetteva se ne prendessero copie. Poi il testamento veniva di nuovo suggellato (questa volta col sigillo pubblico) e riposto nell'Archivio (873). Di tutto il procedimento si stendeva protocollo ufficiale.

Diversa dall'apertura del testamento era l'*inspectio* del medesimo che ogni interessato aveva diritto di chiedere, e che il pretore concedeva *ex edicto* o *causa cognita*.

(873) Il PEROZZI, *Istituzioni*, loc. cit., insegna che si deponiva la copia; ma dal passo di Paolo sopra trascritto risulta che si deponiva l'originale.

CAPITOLO X.

Della successione « ab intestato ».

Sommario: § 1. Della successione « ab intestato » in generale. — § 2. La successione intestata secondo l'antico « ius civile ». — § 3. La successione « ab intestato » secondo l'editto dei pretori. — § 4. Le riforme del diritto imperiale antegustiniano e il sistema delle Novelle. — § 5. Le successioni « ab intestato » secondo le Novelle giustiniane. — § 6. Dell'accrescimento fra coeredi « ab intestato ». — § 7. Della « successio graduum et ordinum ». — § 8. Della successione « ab intestato dei liberti ».

§ 1. Della successione « ab intestato » in generale.

La successione *ab intestato* presuppone, come già abbiamo visto, e come indica la parola stessa, la impossibilità di successione in base ad un testamento. Essa ha dunque luogo soltanto quando non vi sia testamento; o quando vi sia bensì un testamento ma nullo (e. g. per difetto di forma); o quando un testamento, originariamente valido, sia stato, per avvenimenti sopravvenuti, annullato (*ruptum, irritum*); o quando infine l'eredità testamentaria abbia ripudiata l'eredità (*testamentum desertum*), o sia divenuto incapace di riceverla: *intestatus decedit qui aut omnino testamentum non iure fecit aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est, aut memo ex eo heres extitit*.

Il momento nel quale ha luogo la delazione della successione *ab intestato* non è sempre lo stesso. Esso combacia con la morte del *de cuius*, se il *de cuius* è morto senza far testamento; se invece alla successione intestata si è fatto luogo per essere stato annullato il testamento, la delazione ha luogo da questo momento soltanto. Lo stesso dicasi ove abbia luogo successione intestata per avere l'eredità testamentaria ripudiata, o per non essersi verificata la condizione sotto la quale l'eredità testamentaria era stata istituita.

Questa distinzione aveva grande importanza pratica, poichè trattandosi di determinare quali persone fossero chiamate all'eredità *ab intestato*, si aveva riguardo al momento della delazione, e non al momento della morte del *de cuius* (874).

§ 2. La successione intestata secondo l'antico « ius civile ».

Si intestatus moritur, cui suus heres nec escit agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit gentiles familiam habento. Queste disposizioni della legge delle XII tavole (V, 4, 5) costituivano la base della successione intestata dell'antico diritto civile. Esse stabilivano tre ordini di eredi: 1° i *sui heredes*; 2° l'*agnatus proximus*; 3° i *gentiles*.

I. — *Sui heredes* erano le persone libere componenti la famiglia, che si trovavano nella potestà del padre di famiglia e che erano diventate *sui iuris* al momento della sua morte. *Sui heredes* erano dunque, in prima linea, i *filii familias in potestate* (senza distinzione fra naturali ed adottivi), le *filiae in potestate*, la moglie *in manu*, i figli dei

(874) Vedi GAIUS, III, 11-13. « Non tamen omnibus simul agnatis dat lex XII tabularum hereditatem, sed his qui tum cum certum est aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt. 12. Nec in eo iure successio est. Ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit, vel antequam adierit, decesserit, sequentibus nihil iuris ex lege competit. 13. Ideo autem non mortis tempore quis proximus fuerit requirimus, sed eo tempore quo certum fuerit aliquem intestatum decessisse; quia si quis testamento facto decesserit, melius esse visum est tunc requiri proximum, cum certum esse coeperit neminem ex eo testamento fore heredem ».

Fr. 2, § 6, Dig. 38, 16. *Ulpianus libro tertio decimo ad Sabinum.* « Proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit, cum moreretur pater familias, sed eum, qui tunc fuit, cum intestatum decessisse certum est. secundum quae et si suus erat qui praecedebat vel consanguineus. si nemo eorum, cum repudiatur hereditas, vivit, proximus eum accipimus, qui tunc, cum repudiatur hereditas, primus est ». Cfr. § 7, *Inst.*, III, 1; § 6, *Inst.*, III, 2; fr. 1, § 8, Dig. 38, 16; fr. 6, Dig. 28, 3; fr. 7, Dig. 38, 6, e vedi A. GUIDI, *Del momento in cui nella successione intestata l'eredità acquista il diritto a succedere* (Studi e documenti di storia e diritto, anno XVI, fasc. 1-2, pagg. 55-75).

figli predefunti o emancipati i quali fossero rimasti nella potestà dell'avo, diventando *sui iuris* al momento della sua morte, le mogli *in manu* dei *filii* premorti, giacchè la moglie *in manu* rimane, alla morte del marito *filius familias*, nella potestà del padre del marito stesso; chè se invece il marito non fosse premorto, era egli stesso *suus heres*, mentre sua moglie, che, di fronte al padre del proprio marito, era *neptis loco*, rimaneva esclusa (875).

(875) Vedi GAIO, II, 156-157. « Sui autem et necessarii heredes, sunt velut filius filiave, nepos neptisve ex filio, et deinceps ceteri qui modo in potestate morientis fuerunt. Sed uti nepos neptisve suus heres sit, non sufficit eum in potestate avi mortis tempore fuisse, sed opus est ut pater quoque eius vivo patre suo desierit suus heres esse haut morte interceptus aut qualibet ratione liberatus potestate; tum enim nepos neptisve in locum sui patris succedunt. 157. Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur; unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omni modo, sive velint sive nolint, tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt ». Confronta GAIO, III, 1-6, ricostruito in parte (essendo perduto il foglio relativo del M. S. Veronese) in base alla *Collatio*, XVI, 2, 1-8. *Gaius institutionum libro tertio legitimis sic ordinat successiones*. « Intestatorum hereditates lege duodecim tabularum primum ad suos heredes pertinent. 2. Sui autem heredes existimantur liberi qui in potestate morientis fuerunt. veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote filio nato prognatus prognatave. Nec interest naturales sint liberi an adoptivi. Ita demum tamen nepos neptisve et pronepos proneptisve suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit sive alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus, quo quisque moritur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. Idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegimus. 3. Uxor quoque, quae in manu est, ei cuius in manu est sua heres est, quia filiae loco est: item nurus quae in filii manu est, nam et haec neptis loco est. Sed ita demum erit sua heres, si filius, cuius in manu sit cum pater moritur, in potestate eius non sit. Idemque dicimus et de ea, quae in nepotis manu matrimonii causa sit, quia proneptis loco est. 4. Postumi quoque, qui, si vivo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt. 5. Idem iuris est de his, quorum nomine ex lege Aelia Sentia vel ex senatus consulto post mortem patris causa probatur: nam et hi vivo patre causa probata in potestate eius futuri essent. 6. Quod et deo filio, qui ex prima secundave mancipatione post

I *sui heredes*, se non sono tutti del medesimo grado, succedono per stirpi. Suppongasi che *A* abbia due figli: *B* ed *E*, e che *B* abbia pure due figli *C* e *D*. Se alla morte di *A*, *B* è premorto, od è stato emancipato, *C*, *D* ed *E* succedono insieme, ma non per capi, bensì per stirpi (876), acquistando *C* e *D* la quota che sarebbe spettata a *B* se non fosse premorto.

I *sui heredes* succedono necessariamente, *ipso iure*, come vedremo meglio più avanti. Essi succedono *pro indiviso*, costituendo il *consortium familiae*. Le donne non potendo avere *potestas* sopra altre persone, neppure possono avere *sui heredes*.

II. *Agnatus proximus*. — Quando non esistano *sui heredes*, neppure *in spe* (877), le XII tavole attribuiscono la famiglia all'agnato prossimo. L'*agnatio* è la sola parentela riconosciuta dal diritto civile. Essa non ha il suo fondamento giuridico nella comunione del sangue, ma nella appartenenza ad un medesimo nucleo familiare, in senso antico. Agnati fra di loro sono tutte quelle persone che si trovano sotto la *potestas familiaris* di una medesima persona, o che vi si troverebbero se questa persona non fosse già morta (Cfr. retro pag. 319). La parentela del sangue non bastava

mortem patris manumittitur, intellegemus. 7. Igitur cum filius filiave et ex altero filio nepotes neptesve extant, pariter ad hereditatem vocantur nec qui gradu prior est, ulteriorem excludit. Aequum enim videtur nepotes neptesve in patris sui locum portionemque succedere. Pari ratione et si nepos neptisve sit ex filio et ex nepote pronepos proneptisve, simul vocantur. 8. Et quia placebat nepotes neptesve, item pronepotes proneptesve in patris sui locum succedere, conveniens esse visum est non in capita, sed in stirpes hereditates dividi, ita ut filius dimidiam partem hereditatis ferat et ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam: item si ex duobus filiis nepotes extant, ex altero filio unus forte vel duo, ex altero tres aut quattuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertineat et ad tres aut quattuor altera dimidia ». Cfr. fr. 220, Dig. 50, 16.

(876) Vedi GAIO, III, 7-8; *Collatio*, XVI, 2, 7-9. — ULPIANO, XXV, 2; XXVI, 2; § 3, *Inst.*, III, 1, e fr. 1, §§ 4-6, Dig. 38, 16.

(877) ULPIANO, XXVI, 3. « Quamdiu suus heres speratur fieri posse tamdiu locus adgnatis non est; velut si uxor defuncti praegnans sit, aut filius apud hostes sit ».

dunque a creare il rapporto dell'agnazione; e da ciò discendeva che i figli nati alla *filia in potestate*, fuori di matrimonio, non appartenevano alla famiglia alla quale apparteneva essa stessa. La madre di questi figli non era considerata come loro agnata, e viceversa. Così pure i figli nati da legittimo matrimonio, ma *sine manu*, non erano agnati della loro madre. Essi le erano agnati solo quando il matrimonio, nel quale essa li aveva procreati, fosse *cum manu*, perchè, come già abbiamo veduto, essa assumeva, in tal caso, la veste di sorella dei proprii figli.

La parentela del sangue, del resto, neppure era richiesta come requisito essenziale al sorgere dei rapporti di agnazione: alla procreazione in giuste nozze — che peraltro era considerata come la fonte normale della *agnatio* — erano parificate l'*adoptio*, l'*adrogatio* e la *conventio in manu*.

Le XII tavole non chiamano alla successione *tutti gli agnati senza distinzione di gradi*: esse chiamano l'*agnatus proximus*. Se quindi, ad esempio, un Tizio moriva intestato, senza lasciare *sui heredes*, ma lasciando invece un fratello e dei nipoti discendenti da un altro fratello premorto, quello escludeva questi, appunto perchè egli era l'agnato prossimo (878).

Le XII tavole poi chiamavano alla successione l'agnato prossimo nel momento in cui *certum est aliquem intestatum decessisse*, e *questo soltanto*. Se quindi costui ripudiava l'eredità, questa non veniva deferita successivamente allo agnato che fosse il prossimo dopo di lui (giacchè *in legitimis hereditatibus successio non est*: vedi oltre pag. 498).

(878) Vedi GAIO, III, 9-10. « Si nullus sit suorum heredum, tunc hereditas pertinet ex eadem lege XII tabularum ad agnatos. 10. Vocantur autem agnati qui legitima cognatione iuncti sunt: legitima autem cognatio est ea quae per virilis sexus personas coniungitur. Itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur, nec requiritur an etiam matrem eandem habuerint. Item patruus fratris filio et invicem is illi agnatus est. Eodem numero sunt fratres patruales inter se, id est qui ex duobus fratribus progenerati sunt, quos plerique etiam consobrinos vocant. Qua ratione scilicet etiam ad plures gradus agnationis pervenire poterimus ».

Colla espressione *agnatus proximus* le XII tavole intendevano chiamare alla successione il parente civile prossimo senza distinzione di sesso: *lex XII tabularum nulla discretionem sexus agnatus admittit*. Ma per opera della *interpretatio* venne introdotta una limitazione in riguardo al diritto di succedere delle donne. Si richiese cioè (*Voconiana ratione*) (879) che le donne, oltre ad essere agnate, dovessero essere anche consanguinee del defunto, per potergli succedere.

Se vi erano più agnati prossimi (e. g. più fratelli), questi succedevano sempre *per capita*: se vi erano più nipoti discendenti da diversi fratelli, tutti premorti, la divisione della eredità si faceva fra di loro *per stirpes* (880).

III. *Gentiles*. — In mancanza di agnati le XII tavole attribuiscono la *familia* ai *gentiles* (881). Qui va anzitutto

(879) Sulla *lex Voconia*, che dichiarava le donne incapaci di essere istituite eredi da cittadini appartenenti per censo alla prima classe, vedi GAIO, II, 274, e CICERONE, *In Verrem*, II, 1, 41-42 e cfr. HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte des römischen Rechtes*, 1881.

(880) Cfr. GAIO, III, 11-12 sopra trascritto, e GAIO, III, 14-16. « Quod ad feminas tamen attinet, in hoc iure aliud in ipsarum hereditatibus capiendis placuit, aliud in ceterorum [bonis] ab his capiendis: nam feminarum hereditates proinde ad nos agnationis iure redeunt atque masculorum; nostrae vero hereditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent. Itaque soror fratri sororive legitima heres esse non potest. Sororis autem nobis loco est etiam mater aut noverca quae per in manum conventionem apud patrem nostrum iura filiae nacta est. 15. Si ei qui defunctus erit, sit frater et alterius fratris filius, sicut ex superioribus intellegitur, frater potior est, quia gradu praecedat; sed alia facta est iuris interpretatio inter suos heredes. 16. Quodsi defuncti nullus frater extet, sed sint liberi fratrum, ad omnes quidem hereditas pertinet; sed quaesitum est, si dispari forte numero sint nati, ut ex uno unus vel duo, ex altero tres vel quattuor, utrum in stirpes dividenda sit hereditas, sicut inter suos heredes iuris est, an potius in capita. Jam dudum tamen placuit in capita dividendam esse hereditatem: itaque quotquot erunt ab utraque parte personae, in tot portiones hereditas dividetur, ita ut singuli singulas portiones ferant ». Cfr. PAOLO, *R. S.*, IV, 8, 20.

(881) Vedi GAIO, III, 17. « Si nullus agnatus sit, eadem lex XII tabularum gentiles ad hereditatem vocat. Qui sint autem gentiles primo commentario rettulimus: et cum illic admonuerimus totum gentilicium

notato che affinché la eredità passi ai *gentiles* occorre manchino agnati nel senso più stretto della parola. Se, ad esempio, l'agnato prossimo non accetta o ripudia l'eredità, non si può dire per ciò che egli non esista. Ma l'eredità è deferita a lui *e solo a lui*: se egli non accetta, non può accettare un agnato più remoto, *ma neppure possono accettare i gentiles*. L'eredità rimane giacente finché alcuno l'acquista o, in base ad *usucapio pro herede*, o mediante concessione di *bonorum possessio* del pretore; nella peggiore ipotesi il pretore accorderà, in tal caso, la *missio in bona* ai creditori del defunto. Tutto ciò è conseguenza del principio già citato: *in legitimis hereditatibus successio non est* (Gaio, III, 12).

Chi fossero i *gentiles* ci è insegnato da Cicerone, ma in modo imperfetto (Top. VI, 29). La *gens* era nell'epoca primitiva un nucleo sociale più ampio della *familia*, risultante da un complesso di *familiae* che ritenevano, specie in base alla comunione di nome, di derivare da un comune capostipite. La *gens* aveva nelle origini, un'organizzazione propria: sacra, beni, costumi e leggi proprie: essa era lo Stato dell'epoca preistorica. La disposizione delle XII tavole che chiamava alla successione i *gentiles* è quindi paragonabile a quelle disposizioni posteriori e dei codici moderni, che in mancanza di parenti attribuiscono l'eredità allo Stato.

Ai tempi di Gaio la successione dei *gentiles* era già da lungo tempo caduta in disuso, e da ciò si comprende quanto difficile sia il tentare di ricostruirne ora il modo di funzionare. Basterà qui l'accennare come alcuni scrittori sostengano che i *gentiles* acquistavano l'eredità per capi, o per *familiae*, mentre altri, più ragionevolmente, a quanto ci sembra, ritengono invece che i *gentiles* succedessero, per così dire, come corporazione, acquistandosi l'eredità alla *gens* come tale.

Se ora noi gettiamo uno sguardo retrospettivo al sistema successorio intestato dell'antico diritto civile, vediamo che

ius in dessuetudinem abisse supervacuum est hoc quoque loco de eadem re iterum curiosius tractare ». Cfr. *Collatio*, XVI, 3, 3; XVI, 4, 2; CICERONE, *De inventione*, II, 50, 148; *ad Herennium*, I, 13, 23.

rispecchia fedelmente l'indole politica della originaria famiglia. Esso non considera infatti, in alcun modo, la parentela naturale, come tale. La sovranità del *pater familias*, e l'appartenenza al nucleo, sul quale egli esercita questa sovranità, sono i criteri in base ai quali la successione è regolata. Quando non vi è più alcun membro del nucleo *familia*, al quale attribuire la successione, si passa al nucleo politico superiore, alla *gens*; mai ai parenti del sangue.

§ 3. La successione « ab intestato », secondo l'editto dei pretori.

Il sistema successorio del diritto civile, appunto perchè rispecchiava fedelmente le idee antiche sulla *familia*, venne ben presto a trovarsi in contrasto colla vita nuova, la quale era entrata in un processo di rapida trasformazione (882). Ad attenuare ed a togliere questo contrasto fu rivolta l'opera dei pretori, i quali, applicando su larga scala l'istituto della *bonorum possessio*, resero possibile far pervenire l'eredità a persone che secondo i principii del diritto civile, ne sarebbero rimaste escluse. In base ai dati a noi giunti non è possibile ricostruire con sicurezza lo svolgimento storico dell'opera del pretore. Ai tempi di Cicerone questo svolgimento era ancora imperfetto; lo troviamo però al completo nell'editto perpetuo di Salvio Giuliano.

Chiamati alla *bonorum possessio ab intestato* erano: in prima linea i *liberi*, poi i *legitimi*, poi i *cognati*, poi reciprocamente il marito e la moglie (*vir et uxor*).

1. *Bonorum possessio unde liberi* (883). — Il pretore permetteva di dare la *bonorum possessio ab intestato* a chiunque affermasse di esser *liber*, cioè figlio del *de cuius*, astrazione

(882) Lo stesso GAIO, III, 18-24, mette in rilievo i principali difetti che presentava l'ordine successorio del *ius civile*.

(883) ULPIANO, XXVIII, 8. « *Liberis bonorum possessio datur tam his qui in potestate usque in mortis tempus fuerunt, quam emancipatis: item adoptivis nos tamen etiam in adoptionem datis* ».

fatta dalla circostanza di essere egli stato, o meno, *in potestate* del medesimo al momento della sua morte. Facevano quindi parte di questa categoria, in prima linea i *sui heredes*, i figli, cioè, che fossero *in potestate* al momento della morte del *de cuius*; ma, insieme con questi, anche i figli emancipati; ed in ciò consisteva appunto la innovazione del pretore. Non tutti gli emancipati tuttavia erano chiamati alla *bonorum possessio*; ma solo quelli che fossero discendenti naturali del *de cuius* che li aveva emancipati. Un figlio adottivo, quando veniva emancipato da colui che lo aveva adottato non era più suo figlio, nè in senso civile, nè in senso naturale; egli non poteva quindi succedergli nè in base al diritto civile, nè in base al diritto pretorio (884). Egli succedeva invece come *liber*, secondo il diritto pretorio, al proprio padre naturale dal quale era stato dato in adozione (885). Lo stesso valeva per la moglie *in manu* remancipata; giacchè, colla remancipazione, essa cessava di essere *suus heres*, e non diventava perciò *libera*. Ma, d'altra parte infine, neppure tutti i discendenti naturali erano chiamati alla successione pretoria incondizionatamente. I figli del *de cuius*, da lui dati in adozione ad un terzo, non cessavano per ciò di essere suoi figli naturali, ma erano tuttavia esclusi dalla *bonorum possessio unde liberi*, giacchè, finchè si trovavano *in potestate* del loro padre adottivo erano considerati come figli suoi, e gli succedevano, *iure civili* come *sui heredes* e, *iure praetorio*, come *liberi*. Al loro padre naturale essi potevano succedere, come *liberi*, solo

(884) Vedi GAIO, II, 137. « Qua ratione accidit, ut ex diverso quod ad naturalem parentem pertinet, quamdiu quidem sint in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur; si vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre emancipati fuissent »; e fr. 1, § 6, Dig. 38, 6. Ulpianus libro quadragensimo quarto ad edictum. « Liberos autem accipere debemus quos ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos diximus, tam naturales quam adoptivos sed adoptivos hactenus admittimus, si fuerint in potestate: ceterum si sui iuris fuerint, ad bonorum possessionem non invitantur, quia adoptionis iura dissoluta sunt emancipatione ».

(885) Vedi ULPIANO, XXVIII, 8.

quando il padre adottivo li avesse emancipati, giacchè in questo caso venivano considerati come emancipati dal loro padre naturale.

Come si vede, il pretore, colla sua *bonorum possessio unde liberi*, non si era messo in aperto contrasto col diritto civile, ma gli aveva fatto ampie concessioni, considerando come *liberi* tutti i *sui heredes* (i quali potevano ben non essere figli o discendenti naturali del *de cuius*), e facendo prevalere la qualità di *suus heres*, che una persona avesse in una *famiglia estranea*, sulla qualità di figlio naturale nella propria *familia* naturale (caso del figlio naturale dato in adozione ad un terzo). Oltre a ciò occorre tenere presente che la *bonorum possessio unde liberi* era data solo in riguardo alla successione paterna: la madre come non poteva avere *sui heredes*, così non poteva avere *liberi*.

Anche nella categoria *unde liberi*, quando vi fossero più chiamati di grado diverso, la successione aveva luogo per stirpi e non per capi. Se quindi vi fossero stati dei figli e dei nipoti da un figlio premorto, questi ultimi acquistavano, insieme, una quota eguale a quella che spettava a ciascuno dei *liberi* coi quali acquistavano la *bonorum possessio*.

Nel caso di concorso di *sui heredes* con *emancipati*, potevano verificarsi delle diseguaglianze, a danno dei *sui heredes*, e precisamente in due casi:

a) I *sui*, essendo *in potestate patris*, nulla potevano acquistare in proprio; i loro acquisti arricchivano il patrimonio del padre. Gli *emancipati* invece acquistavano per sè. Alla morte del padre comune, venendo i *sui* e gli emancipati chiamati all'eredità in parti eguali, ne conseguiva che questi venivano a partecipare agli acquisti eventualmente fatti da quelli, prima della morte del padre, mentre quelli non potevano partecipare agli acquisti eventualmente fatti da questi. A togliere questo inconveniente il pretore introdusse la *collatio bonorum*: costrinse cioè gli emancipati a conferire nell'eredità tutti gli acquisti che si sarebbero trovati nella medesima, qualora essi non fossero

stati emancipati: tutti gli acquisti, cioè, che non fossero *castrensi* o *quasi-castrensi* (886).

b) Un inconveniente analogo poteva verificarsi nel caso in cui il *de cuius* avesse emancipato uno dei proprii figli, trattenendone *in potestate* i *nepotes*. Qui infatti occorre: o escludere i nipoti *sui heredes* dalla *bonorum possessio*, come se il figlio emancipato non fosse stato emancipato, oppure chiamare alla *bonorum possessio* i figli *in potestate*, i nipoti, pure *in potestate*, per stirpi, e il figlio emancipato; oppure infine ammetteva i nipoti, escludendo l'emancipato. Ma nessuna di queste tre soluzioni, che logicamente si presentavano, era esente da gravi obiezioni. La prima urtava tanto contro il diritto civile che contro il diritto pretorio: contro il diritto civile perchè i nipoti, come *sui heredes*, erano chiamati alla *hereditas*, e anche contro il diritto pretorio, perchè i nipoti come *sui heredes* erano pure compresi nella categoria *unde liberi*. La seconda ledeva legittimi interessi dei *filii* rimasti *in potestate*, perchè duplicava, in certo modo, il diritto a succedere del figlio emancipato senza che ciò potesse in alcun modo venire giustificato. La terza infine era in contraddizione aperta collo spirito della *bonorum possessio unde liberi*, la quale, come non voleva escluso l'emancipato dal *suus* di pari grado, tanto meno l'avrebbe voluto vedere escluso da un *suus* di grado più remoto. Era quindi necessario trovare una quarta soluzione che, temperando gli interessi di tutti i chiamati, non fosse esposta alle obiezioni che militano contro le tre sopra esposte. Questa quarta soluzione fu trovata dal giurista Giuliano, e inserita nell'editto, da lui ordinato per incarico dell'imperatore Adriano (*clausola nova de coniungendis cum emancipato liberis eius*), e consistette in ciò: che il figlio emancipato venne chiamato insieme coi proprii figli rimasti nella potestà dell'avo loro, e per vero in modo che a lui fosse riservata una metà della quota comune mentre ai figli suoi veniva data l'altra (887).

(886) Sulla *collatio bonorum* vedi oltre pag. 540.

(887) V. fr. 3, Dig. 37, 8. *Marcellus libro nono digestorum*. « Qui duos filios habebat, alterum ex his emancipavit, nepotem ex eo in

Appena è infine necessario osservare che la *bonorum possessio unde liberi* venne introdotta in parte *adiuvandi*, in parte *corrigendi iuris civilis causa*. Per gli emancipati, essa fu probabilmente, in origine, *sine re*; ma diventò assai di buon ora *cum re* anche per loro. Ciò è provato, fra altro, dalla *bonorum collatio*, la quale presuppone che gli *emancipati*, chiamati alla *bonorum possessio* insieme coi *sui*, possano trattenere l'eredità.

2. *Bonorum possessio unde legitimi* (888). — In mancanza di *liberi*, o nel caso in cui essi avessero o messo di chiedere la *bonorum possessio* in tempo utile (*annus utilis*), il pretore chiamava gli eredi del diritto civile, cioè i *sui heredes*, l'*adgnatus proximus* e i *gentiles*.

Gli eredi civili venivano così chiamati una seconda volta, alla *bonorum possessio* nella loro qualità di eredi civili, dopo essere stati eventualmente chiamati una prima volta come

potestate retinuit: emancipatus filium sustulit et a patre exheredatus est: quaero, cum frater eius et ipse emancipatus praeteritus sit et nepotes ex emancipato filio ab avo heredes instituti, quid de bonorum possessione iuris sit? et quid intersit, si emancipatum quoque, ex quo nepotes erant nati, praeteritum esse ponamus, respondi, si filium retento ex eo nepote emancipaverit et emancipatus procreaverit filium et heres uterque nepos institutus fuerit, pater eorum exheredatus, alius filius praeteritus: solus filius praeteribus bonorum possessionem contra tabulas petere poterit: exheredatus enim obstat filius suis post emancipationem susceptis nepoti tamen retento in potestate bonorum possessio dari debet, quoniam, si pater eius emancipatus praeteritus esset, simul cum e o bonorum possessionem accipere posset propter id caput edicti, quod a Iuliano introductum est, id est ex nova clausula, nec debet deterioris esse condicionis quia pater eius exheredatus sit. idque ei praeterito quoque praestari oportebit. sed fratris eius, qui post emancipationem natus est, diversa condicio est: conservanda est tamen et illi ad virilem partem hereditas, sicut etiam imperator Antoninus in persona nepotis ex filia rescripsit ».

(888) Fr. 2, § 4, Dig. 38, 7. *Ulpianus libro quadragensimo sexto ad edictum*. « Haec autem bonorum possessio omnem vocat, qui ab intestato potuit esse heres, sive lex duodecim tabularum eum legitimum heredem faciat sive alia lex senatusve consultum, denique mater, quae ex senatus consulto venit Tertulliano, item qui ex Orphitiano ad legitimam hereditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt ».

liberi. Essi erano poi chiamati nell'ordine stesso nel quale erano chiamati per diritto civile e cioè: prima i *sui*, in mancanza di *sui* l'*agnatus proximus*; in mancanza di *agnatus proximus* i *gentiles*. La sola differenza era questa: che ammettendo il diritto pretorio delazione successiva, l'*agnatus proximus* poteva domandare la *bonorum possessio unde legitimi* non solo quando mancassero *sui heredes*, ma anche quando questi avessero omesso di domandare la *bonorum possessio* in tempo utile. In questo ultimo caso, al contrario di ciò che avveniva per regola, la *bonorum possessio unde legitimi* poteva essere *sine re*, giacchè l'erede civile che non aveva chiesto la *bonorum possessio* poteva sempre intentare la *petitio hereditatis*. Essa era poi normalmente *iuris civilis adiuvandi causa*: ma mediante l'introduzione della delazione successiva poteva anche fungere *iuris civilis supplenti causa*.

3. *Bonorum possessio unde cognati* (889). — In mancanza di *legitimi* o nel caso in cui essi avessero omesso di chiedere la *bonorum possessio* nel tempo utile, il pretore chiamava i *cognati*. I *cognati* erano i parenti del sangue: i parenti naturali per via di padre e di madre. Facevano quindi parte di questa categoria, in prima linea i discendenti, senza distinzione fra discendenti *in potestate* ed emancipati e dati *in adoptionem*. Questi ultimi potevano quindi, in qualità di *cognati*, chiedere la *bonorum possessio*, anche ove si trovassero nella potestà dell'adottare (mentre in tali condizioni non la potevano chiedere come *liberi*), ed avevano così la possibilità di succedere a due padri: al padre adottivo come *liberi sui*, ed al padre naturale come *cognati*. Venivano poi gli ascendenti (anche qui senza distinzione di sesso) cioè tanto il padre quanto la madre; poi tutti i parenti collaterali fino al sesto grado, succedendo cioè il fratello al fratello (2° grado) — senza distinzione fra germani consanguinei e uterini; — il nipote allo zio e viceversa (3° grado); i cugini fra di loro (4° grado); i

(889) Dig. 38, 8, Cod. VI, 15, *Inst.*, III, 5.

pronipoti e prozii reciprocamente (5° grado); i procugini (o cugini in 2° grado) fra di loro (6° grado); e da ultimo, fra i cognati di 7° grado, veniva chiamato il discendente da un *sobrino*; a *sobrino sobrinave natus* (890).

Colla clausola edittale *unde cognati* il pretore aveva fatto un passo assai notevole a riconoscimento della famiglia naturale, ponendo a base della successione, la parentela per parte di donne soltanto. Mentre nella categoria *unde liberi* i discendenti emancipati venivano chiamati alla successione, fingendosi, in certo modo, che la loro emancipazione non avesse avuto luogo, e considerandosi come se essi fossero tuttavia *in potestate* (onde la discendenza da parte di donna soltanto non era considerata), nella categoria *unde cognati* invece erano esplicitamente chiamati nella loro qualità di parenti naturali (891). Ma essi venivano chiamati in tale qualità, solo per il caso che non vi fosse alcuno che avesse chiesto la *bonorum possessio* come appartenente ad una delle due categorie precedenti, il che praticamente riduceva entro modesti confini l'importanza pratica della innovazione (892).

4. *Bonorum possessio unde vir et uxor*. — La moglie *in manu*, poteva, *iure civili*, succedere al marito come figlia: la moglie che non fosse *in manu mariti*, non poteva mai succedere al proprio marito, giacchè non era legata a lui da alcun rapporto di parentela civile. Così pure il marito

(890) *Consobrini* vengono chiamati i figli di fratelli, i quali sono fra di loro parenti in 4° grado; *sobrini* i figli di diversi *consobrini*, fra di loro, i quali sono parenti in 6° grado. Posto vi siano due *sobrini*, uno dei quali abbia un figlio, e posto che l'uno di essi (e precisamente colui che ha il figlio) premuoia, e che poscia muoia l'altro, si ammette dal pretore che il superstite figlio del *sobrino* premorto possa chiedere la *bonorum possessio*, sebbene sia parente in 7° grado. Non si ammette invece che il *sobrino* possa chiedere la *bonorum possessio* del figlio del *sobrino* premorto.

(891) Da ciò consegue che la *uxor in manu* non può succedere in questa sua qualità.

(892) Nel caso di concorso fra *cognati* più prossimi e più remoti, quelli escludono questi anche nel caso in cui questi sieno, oltrechè *cognati, sui*.

non poteva succedere alla moglie. Il pretore stabilì che marito e moglie potessero, come tali, succedere l'uno all'altro in mancanza di qualsiasi altro parente chiamato alla successione civile o pretoria. Questa riforma non aveva, praticamente, grande importanza, ma ne aveva invece una massima dal punto di vista concettuale, giacchè per essa veniva riconosciuto, come rapporto giuridico familiare *sui generis*, il rapporto fra moglie e marito.

§ 4. *Le riforme del diritto imperiale antegustiniano e il sistema delle Novelle.*

In quella via per la quale s'era avviato, sul finire della repubblica, il pretore, procedettero più risolutamente gli imperatori, continuando l'opera sua di spostamento della successione intestata, dalle sue originarie basi agnatizie verso quelle cognatizie, finchè Giustiniano atterrò tutto l'edificio complicato che risultava da tanti successivi adattamenti, e ne ricostruì uno tutto nuovo.

Il primo decisivo passo, in questo ulteriore svolgimento, si ebbe col senatoconsulto Tertulliano (*divi Hadriani temporibus*), che chiamò la madre alla successione dei proprii figli, indipendentemente dal trovarsi essa coi figli stessi in un rapporto di comune dipendenza dal padre, a condizione però che avesse il *ius liberorum*, e che i figli ai quali succedeva fossero morti senza lasciare nè *liberi* nè *parens manumissor*, nè *fratres* consanguinei. Nel caso che essi avessero lasciato una *soror consanguinea*, la madre era chiamata alla successione insieme con essa. Sopra tutti gli altri agnati aveva la preferenza (893).

(893) Vedi ULPIANO, XXVI, 8. « Intestati filii hereditas ad matrem ex lege duodecim tabularum non pertinet; sed si ius liberorum habeat, ingenua trium, libertina quattuor, legitima heres fit ex senatusconsulto Tertulliano, si tamen ei filio neque suus heres sit quive inter suos heredes ad bonorum possessionem a praetore vocatur, neque pater, ad quem lege hereditas bonorumve possessio cum re pertinet, neque frater consanguineus; quod si soror consanguinea sit, ad utrasque pertinere iubetur hereditas ». Cfr. § 1, *Inst.*, III, 3. « Sed hae iuris angustiae postea emendatae sunt. Et primus quidem divus Claudius matri

Il senaconsulto Orfiziano del 178 d. C. (sotto M. Aurelio e Commodo) chiamò i figli, come tali, e cioè anche quelli procreati fuori di matrimonio, alla successione della propria

ad solacium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hereditatem. 2. Postea autem senatusconsulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviae deferenda cautum est: ut mater ingenua trium liberorum ius habens, libertina quattuor ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum, licet in potestate parentis est, ut scilicet, cum alieno iuri subiecta est, iussu eius adeat, cuius iuri subiecta est. 3. Praeferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt quive suorum loco, sive primi gradus sive ulterioris. Sed et filiae suae mortuae filius vel filia opponitur ex constitutionibus matri defunctae, id est aviae suae. Pater quoque utriusque, non etiam avus vel proavus matri antepositur, scilicet cum inter eos solos de hereditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii quam filiae excludebat matrem; soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur; sed si fuerat frater et soror consanguinei et mater liberis honorata, frater quidem matrem excludebat, communis autem erat hereditas ex aequis partibus fratri et sorori. 4. Sed nos constitutione, quam in codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam et puerperium et periculum et saepe mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus casum fortuitum in eius admitti detrimentum; si enim ingenua ter vel libertina quater non peperit, immerito defraudabatur successione suorum liberorum: quid enim peccavit, si non plures, sed paucos peperit? Et dedimus ius legitimum plenum matribus sive ingenuis sive libertinis, etsi non ter enixae fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam, qui quaeve morte intercepti sunt, ut et sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem. 5. Sed cum antea constitutiones iura legitima perscrutantes partim matrem adiuvabant, partim eam praegravabant et non in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam partem ei abstrahentes certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant: nobis visum est recta et simplici via matrem omnibus legitimis personis anteponi et sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere, excepta fratris et sororis persona, sive consanguinei sint sive sola cognationis iura habentes, ut quemadmodum eam toto alio ordini legitimo praeponimus, ita omnes fratres et sorores, sive legitimi sint sive non, ad capiendas hereditates simul vocemus, ita tamen ut, si quidem solae sorores cognatae vel adgnatae et mater defuncti vel defunctae supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant, si vero matre superstite et fratre vel fratribus solis vel etiam cum sororibus sive legitima sive sola cognationis iura habentibus intestatus quis vel intestata moriatur,

madre a preferenza di tutti gli agnati della medesima (894). Questi due senatoconsulti avevano così creato due nuove categorie di *heredes legitimi*, i quali potevano chiedere anche la *bonorum possessio unde legitimi* (vedi *retro*). Essi completavano l'opera iniziata dal pretore, che consisteva nel chiamare alla successione i parenti del sangue.

Dopo i senatoconsulti Tertulliano ed Orfiziano si ebbero altre riforme per opera di costituzioni imperiali, ed alla fine Giustiniano riordinò, semplificandolo, tutto il sistema delle successioni intestate (895).

§ 5. *Le successioni « ab intestato »
secondo le Novelle giustiniane.*

Il complicato sistema descritto nei precedenti paragrafi venne accolto nella compilazione giustiniana e restò in

in capita distribuatur eius hereditas. 6. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suae suboli consulere: scituris eis, quod, si tutores liberis non petierint vel in locum remoti vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur. 7. Licet autem vulgo quaesitus sit filius filiae, potest ad bona eius mater ex Tertulliano senatusconsulto admitti ».

(894) Vedi *Inst.*, III, 4. « Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatusconsulto Orfiziano effectum est, quod latum est Orfito et Rufo consulibus, divi Marci temporibus. et data est tam filio quam filiae legitima hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sunt: et praeferuntur et consanguineis et adgnatis defunctae matris. Sed cum ex hoc senatusconsulto nepotes ad aviae successionem legitimo iure non vocabantur, postea hoc constitutionibus principalibus emendatum est, ut ad similitudinum filiorum filiarumque et nepotes et neptes vocentur. Sciendum autem est huiusmodi successiones, quae a Tertulliano et Orfiziano deferuntur, capitis deminutione non peremi propter illam regulam, qua novae hereditates legitimae capitis deminutione non pereunt, sed illae solae quae ex lege duodecim tabularum deferuntur. Novissime sciendum est etiam illos liberos, qui vulgo quaesiti sunt, ad matris hereditatem ex hoc senatusconsulto admitti. Si ex pluribus legitimis heredibus quidam omiserint hereditatem vel morte vel alia causa impediti fuerint quominus adeant, reliquis qui adierint ad crescit illorum portio et, licet ante decesserint qui adierint, ad heredes tamen eorum pertinet ».

(895) Cfr. c. 4, Cod. Theod., V, 1; § 1, *Inst.*, III, 5; c. 5, Cod. V, 70; § 4, *Inst.*, III, 3 sopra trascritto e c. 14, Cod. VI, 58.

vigore per ben dieci anni dopo la pubblicazione della medesima. Ma nel 543 Giustiniano, con una sua famosa novella (Nov. 118), lo sostituì con un nuovo sistema fondato esclusivamente sul concetto della cognazione. Così, anche in questa importantissima parte del diritto privato, Giustiniano pose il suggello ad una evoluzione più che millenaria.

Secondo il nuovo sistema giustiniano i possibili eredi *ab intestato* vennero divisi in quattro ordini o classi, alle quali si coordinò, come quinta classe, il coniuge superstite, i cui diritti successori, non essendo fondati sull'agnazione, non poterono essere abrogati dalla Novella 118, la quale aveva soltanto lo scopo di abrogare i diritti successori fondati sull'agnazione.

Noi passeremo in rapida rivista le quattro classi di successibili introdotte da Giustiniano.

1. — Nella prima classe erano chiamati alla successione *tutti i discendenti*. Questa classe veniva a sostituire quella dei *sui heredes* del diritto civile, e dei *liberi* del diritto pretorio, e comprendeva tutti i discendenti da parte di donna, senza distinzione fra legittimi e illegittimi, e tutti i discendenti da parte di uomo in legittime nozze, essendo sempre vietata la ricerca della paternità (vedi *retro* pag. 336 e segg.). Del tutto irrilevante era che tali discendenti fossero stati o meno nella potestà del loro padre o ascendente, nel momento della sua morte; e così pure non facevasi più alcuna distinzione fra maschi e femmine (896).

Ai discendenti legittimi erano pareggiati i legittimati e gli adottivi.

Tutti i discendenti avevano diritto di succedere all'ascendente: i prossimi cioè non meno dei remoti: ma questi succedevano *per stirpes* e non *per capita*. Posto quindi che un Tizio fosse morto lasciando dei figli e dei nipoti e pronipoti, tutti gli succedevano, ma i figli *per capita* (897), i

(896) Vedi *retro* pag. 483, nota 881.

(897) Fa eccezione tuttavia l'*impubes arrogatus* che conserva, anche dopo la riforma della Novella 118, la *Quarta divi Pii*. Vedi § 3, *Inst.*, I, 11; fr. 22, Dig. 1, 7; c. 2, Cod. VIII, 47; fr. 2, § 1, Dig. 10, 2; fr. 4, § 21, Dig. 37, 6.

nipoti e pronipoti *per stirpes*, cioè prendendo insieme ciò che avrebbe preso il padre, o l'avo loro, *come figlio*, ove non fosse premorto. Di essi si dice anche che succedevano *iure repraesentationis*, cioè, in certo modo, rappresentando l'ascendente, premorto; ma conviene tener presente che succedevano tuttavia *iure proprio* e acquistavano quindi, ove fossero capaci, la quota ereditaria ad essi deferita, anche quando il padre o l'avo che essi rappresentavano non avrebbe potuto acquistarla in persona propria.

2. — Nella seconda classe erano chiamati gli ascendenti, senza distinzione fra ascendenti paterni, e insieme con questi i fratelli germani (*utroque parente coniuncti*) e inoltre (in base alla Novella 127, c. 1) i figli di tali fratelli *iure repraesentationis*, ma non anche i nipoti, pronipoti, ecc. Gli ascendenti non erano però chiamati *tutti*: il prossimo escludeva il remoto.

Ove poi vi fossero più ascendenti, di pari grado, la divisione della eredità doveva farsi *per lineas*, e poi *per capita* entro ciascuna linea. Così se, ad esempio, un Tizio fosse morto lasciando il proavo e la proava materna, e il solo proavo paterno, l'eredità sua sarebbe andata per metà a questo e per l'altra metà agli altri due, i quali ne avrebbero quindi acquistati un quarto ciascuno. Ove poi il *de cuius* avesse lasciato soltanto fratelli e sorelle l'eredità andava sempre fra questi divisa *per capita*. I figli di fratelli succedevano invece *per stirpes*, prendendo cioè insieme la parte che sarebbe spettata al genitore da essi rappresentato.

Infine, ove il *de cuius* avesse lasciato ascendenti e fratelli germani, la divisione andava fatta *per capita*: ove avesse lasciato ascendenti e figli di fratelli germani quelli succedevano *per capita* e questi invece *per stirpes*, prendendo cioè insieme la parte che sarebbe spettata al loro genitore, ove egli non fosse premorto.

3. — Nella terza classe erano chiamati i fratelli consanguinei o uterini (per parte cioè o di solo padre o della sola madre), *per capita*; e i loro discendenti *per stirpes*, o come anche si dice *iure repraesentationis*.

4. — Nella quarta classe erano da ultimo chiamati tutti gli altri collaterali, secondo il grado di parentela (i prossimi cioè ad esclusione dei remoti), e sempre *per capita* (898).

In mancanza di collaterali succedeva, anche dopo la Novella 118, il coniuge superstite ed è questo, come già abbiamo avuto occasione di ricordare, il precipuo caso di sopravvivenza, nel nuovo diritto giustiniano, della *bonorum possessio*. Oltre a questo diritto successorio, che in pratica ben poco giovava al coniuge superstite, essendo ben raro caso che il defunto non lasciasse parenti di sorta, le *Novellae* introdussero uno speciale diritto successorio della vedova povera (*mulier indotata, inops, pauper*) consistente in una quota di usufrutto o di proprietà, di vario ammontare a seconda degli eredi coi quali essa veniva a concorrere, ma che non poteva, in verun caso, superare il quarto della successione (sull'analogia della *Quarta Divi Pii* dell'*impubes arrogatus*) o quanto meno le 100 libbre d'oro (899).

§ 7. Dell'accrescimento fra coeredi « ab intestato ».

Anche i coeredi *ab intestato* sono idealmente chiamati all'intera eredità. Anche per essi *cuncursu partes fiunt*, e quindi anche per essi, ove uno repudi, o muoia senza aver adito l'eredità e senza aver trasmesso il diritto di adirla, ha luogo accrescimento. Bisogna qui tener distinti due casi: o tutti i coeredi sono chiamati *per capita*, e allora, venendo meno uno di essi, l'accrescimento ha luogo per parti eguali ad aumento delle porzioni ereditarie degli altri: oppure invece alcuni sono chiamati *per capita*, ed altri *per stirpes*, e allora bisogna distinguere ulteriormente a seconda che sia venuto meno uno dei più coeredi chiamati *per capita* o uno di

(898) Veggansi le Novelle 118 e 127 e i famosi versi mnemonici:

Descendens omnis succedit in ordine primo;

Ascendes propior, germanus filius eius;

Tunc latere ex uno iunctus, quoque filius eius;

Denique proximior reliquorum quisque superstes.

(899) Nov. 53, c. 6 [531]; Nov. 117, c. 5 [542].

quelli chiamati *per stirpes*. Nel primo caso l'accrescimento ha luogo a favore di tutti i coeredi, salvo che quelli chiamati *per stirpes* ne profittano per una sola quota: nel secondo caso l'accrescimento ha luogo solo a favore degli altri coeredi chiamati *per stirpes* o, come si suol dire, entro la stirpe (900).

§ 7. *Della « successio graduum et ordinum »*

L'accrescimento ha per suo presupposto che sia venuto meno uno solo, o solo alcuni, fra più eredi dello stesso grado, chiamati alla successione. Se tutti gli eredi di un dato grado vengono meno ha luogo la così detta *successio graduum*: l'eredità viene cioè deferita entro la stessa classe, agli eventuali eredi di grado più remoto (901). Se dunque, ad esempio, dei due figli lasciati dal *de cuius* uno avesse ripudiato, o fosse morto prima di aver accettato, aveva luogo accrescimento a favore dell'altro il quale acquistava così l'intera eredità, restando esclusi i figli del primo (902). Se invece ripudiavano entrambi, o morivano entrambi prima di avere accettato, l'eredità veniva deferita ai loro figli, operandosi la c. d. *successio graduum*. Se poi, nella stessa classe, non vi fossero altri eredi di grado più remoto ai quali deferire l'eredità, questa veniva deferita agli eredi della classe successiva, operandosi la così detta *successio ordinum*.

(900) § 4, *Inst.*, III, 4 sopra trascritto e il fr. 9, Dig. 38, 16.

(901) Abbiamo già visto che la *successio graduum* non era ammessa nelle *hereditates legitimae*. Vedi GAIO, III, 12 e 22; ULPIANO, *Reg.*, XXVI, 5; PAOLO, *E. S.*, IV, 8, 21 [23] e 24 [25] e cfr. § 7, *Inst.*, III, 2; c. 4, § 20, Cod. VI, 4; Dig. 39, 8; Cod. VI, 16.

(902) Occorre però ricordare che è questo uno dei punti più controversi nella dottrina romanistica. L'opinione accolta nel testo è la dominante. Eminentissimi romanisti sostengono tuttavia che, anche in caso di deficienza di un solo erede, abbia ad aver luogo *successio graduum* anziché accrescimento. Altri ammettono *successio graduum* in caso di morte, e accrescimento in caso di ripudio. Altri propongono altre distinzioni ancora. Vedi RIVIER, *Traité élém.*, pag. 173. — WENDT, *Pandekten*, pag. 812 e ivi citati.

§ 8. *Della successione « ab intestato dei liberti ».*

Disposizioni speciali vennero necessariamente introdotte per la successione *ab intestato* dei liberti, per il fatto di non aver essi una propria *familia* di origine. Anche in riguardo a questa successione si ebbe uno svolgimento storico dall'antico diritto civile attraverso all'editto pretorio, fino a Giustiniano.

1. — Secondo le XII tavole al liberto succedevano *ab intestato*: 1° gli *heredes sui* ove ne avesse; 2° in mancanza di *heredes sui* il *patronus* e i suoi discendenti agnatzii; nelle successioni di un emancipato invece del *patronus* succedeva il *manumissor ex mancipio*: *parens manumissor* (903).

2. — Secondo l'editto del pretore la *bonorum possessio liberti ab intestato* veniva concessa alle sette seguenti classi: 1° *unde liberi* (cioè i *sui heredes* e gli emancipati); 2° *unde legitimi* (anche qui invece del *patronus* subentrava, nel caso di figlio emancipato, il *parens manumissor* al quale venivano però anteposti dieci parenti del sangue, che costituivano, nell'editto pretorio, la classe *unde decem personae*; 3° *unde cognati*; 4° *tum quem ex familia patroni*; 5° *patronus patronam, item liberi patroni patronaeve*; 6° *unde vir et uxor*; 7° *unde cognati manumissoris*.

3. — Secondo una costituzione di Giustiniano del 531 (904) al liberto morto intestato succedevano: anzitutto i suoi discendenti consanguinei; in mancanza di questi il patrono e i suoi discendenti; infine i collaterali del patrono fino al quinto grado compreso (905).

(903) Vedi ULPIANO, XXVII, 1-4. « *Libertorum intestatorum hereditas primum ad suos heredes pertinet; deinde ad eos, quorum liberti sunt, velut patronum patronam liberosve patroni. Si sit patronus et alterius patroni filius, ad solum patronum hereditas pertinet. Item patroni filius patroni nepotibus obstat. Ad liberos patronorum hereditas defuncti pertinet ita ut in capita, non in stirpes dividatur* ». Cfr. § ult., *Inst.*, III, 2.

(904) Vedi § 3, *Inst.*, III, 9 sopra trascritto.

(905) Vedi c. 4, Cod. VI, 4 riassunta al § 3, *Inst.*, III, 7. « *Sed nostra constitutio, quam pro omnium notione Graeca lingua compendiose*

I diritti successori del *parens manumissor* vennero aboliti dalla Novella 118.

tractatu habito composuimus, ita huiusmodi causas defnivit, ut si quidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est minus centum aureis habeant substantiam (sic enim legis Papiae summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur), nullum locum habeat patronus in eorum successionem, si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint nullo liberorum relicto, tunc patronatus ius, quod erat ex lege duodecim tabularum, integrum reservavit. Cum vero maiores centenariis sint, si heredes vel bonorum possessores liberos habeant sive unum sive plures cuiuscumque sexus vel gradus, ad eos successionem parentum deduximus, omnibus patronis una cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint, si quidem intestati, ad omnem hereditatem patronos patronasque vocavimus ».

CAPITOLO XI.

Della successione contro il testamento.

Sommario : § 1. Nozioni generali. — § 2. Origini e fondamento della cosiddetta successione necessaria formale nell'antico diritto civile. — § 3. A favore di quali persone fosse ammessa la c. d. successione necessaria formale secondo il « ius civile ». — § 4. Requisiti della « exheredatio ». — § 5. Della « praeteritio » e dei suoi effetti secondo il « ius civile ». — § 6. Della successione necessaria formale secondo il diritto pretorio. — § 7. La c. d. successione necessaria sostanziale. — § 8. Quali fossero i cosiddetti legittimari e i presupposti della querela. — § 9. Dell'« actio ad supplendum legitimam ». — § 10. Della c. d. successione necessaria formale e sostanziale nella compilazione giustiniana fino alle Novelle 18, 115. — § 11. La c. d. successione necessaria formale dopo le Novelle. — § 12. La Novella 115 e la querela « inofficiosi testamenti ». — § 13. Della querela « inofficiosae donationis ».

§ 1. Nozioni generali.

Il principio per cui gli eredi legittimi restano esclusi ove il testatore abbia nominato un erede, soffre una eccezione a favore di taluni eredi legittimi i quali possono pervenire alla successione anche contro il testamento. Si parla, in questi casi, di *successione necessaria*, la quale è poi di due specie che, con terminologia non romana, vengono indicate come *successione necessaria formale* la prima e *successione necessaria sostanziale* la seconda. Con questa poco felice terminologia (906) vuolsi indicare che il diritto di suc-

(906) Pur conservando la terminologia, a noi trasmessa dalla dottrina pandettistica germanica, conviene metterne in tutta evidenza la improprietà. Il cosiddetto *erede necessario formale*, non è in realtà punto *necessario*. Di necessario non vi è, in realtà, che la *exheredatio*, per il caso che il testatore voglia fare un valido testamento senza istituire nel medesimo i *sui heredes*. Giustamente si è pertanto osservato che l'istituto ha piuttosto riguardo alla libertà di testare del *pater familias*, e che ne costituisce una limitazione. Pure impropria e antiromana è

cedere ad una persona, contro il suo testamento (e cioè dunque contro la stessa sua volontà), è, nel primo caso, di natura formale, e può quindi venir distrutto dal testatore, mentre, nel secondo, ha una base veramente sostanziale e permette sempre, a chi ne è investito, di prescindere in tutto o in parte dal testamento.

Questi due tipi di successione contro il testamento hanno coesistito per tutta l'epoca classica e postclassica, fino a Giustiniano.

§ 2. *Origini e fondamento della cosiddetta successione necessaria formale nell'antico diritto civile* (907).

Noi abbiamo ammesso che l'erede romano per eccellenza era, *ab origine*, l'erede testamentario (vedi sopra pagg. 412 e segg.). Questi poteva, a rigor di diritto, essere sempre un estraneo. Ma è molto naturale supporre che tale non fosse, in linea di fatto, che eccezionalmente, e che il testatore scegliesse, per regola, il proprio erede fra gli stessi *heredes sui*.

Come si sia, ad ogni modo, in proposito, certo è che, nell'epoca storica, il testatore, pur avendo facoltà di nominare erede un qualsiasi estraneo, doveva tuttavia prendere in considerazione anche i *sui heredes*, o chiamandoli alla successione, — per quanto in una quota minima — o

la terminologia di *successione necessaria sostanziale*, applicata ai cosiddetti *legittimari*. Basta a persuadersene considerare che a questi non vuoi riservata che *una parte del patrimonio ereditario comunque attribuita* e non punto (fino a Giustiniano, Nov. 115) *il titolo di erede*. Anche va notato che l'espressione erede necessario venendo usata nelle fonti romane in tutt'altro senso, per indicare cioè quegli eredi che acquistano l'eredità *ipso iure* (vedi più avanti pag. 522), può facilmente indurre in equivoco. Un'altra osservazione va fatta infine dal punto di vista sistematico: che cioè è pure improprio contrapporre la c. d. successione necessaria formale alla successione necessaria sostanziale, come se si trattasse di due sottospecie di un medesimo istituto o concetto. Come risulta infatti dalla esposizione che diamo nel testo, si tratta invece di due istituti diversi che riguardano l'uno la vera e propria successione ereditaria, l'altro invece il patrimonio del defunto.

(907) Vedi HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte des röm. Erbrechtes*, 1881.

espressamente diseredandoli: *sui heredes* (scrive Ulpiano, *Reg.*, XXII, 14), *instituendi sunt vel exheredandi*.

Quale fondamento avesse questo principio non è facile determinare. Generalmente si insegna, che esso era una conseguenza del condominio familiare; di quel condominio familiare col quale il giurista Paolo spiegava l'acquisto *ipso iure* dell'eredità da parte dei *sui heredes* (908). Ma tale spiegazione è ben lungi dall'essere persuasiva. Se gli antichi giuristi (o legislatori) che posero il nostro principio si fossero ispirati all'idea di un condominio dei *sui heredes*, come avrebbero potuto ammettere che il testatore avesse facoltà di distruggerlo con una semplice diseredazione, o chiamando i *sui* all'eredità in una quota irrisoria? D'altra parte come mai avrebbero potuto concedere ai *sui heredes* stessi di considerare nullo il testamento per essere stati nel medesimo preteriti come eredi, quando in base al medesimo essi avessero ottenuto (a titolo di legato) la maggior parte, e fin tutto il patrimonio ereditario?

Ma se facile è confutare la spiegazione di Paolo, difficile è sostituirla una più persuasiva, per cui, esercitando su questo arduo problema l'*ars ignorandi*, meglio è procedere senz'altro ad analizzare l'istituto nella sua interna struttura.

§ 3. *A favore di quali persone fosse ammessa la c. d. successione necessaria formale secondo il « ius civile ».*

Gli eredi che avevano diritto di essere considerati nel testamento, sia pure al solo effetto di venire in esso dise-

(908) Vedi fr. 11, Dig. 28, 2. *Paulus libro secundo ad Sabinum*. « In suis heredibus evidentius apparet continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur. unde etiam filius familias appellatur sicut pater familias, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo qui genitus sit. itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur, hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt: nec obstat quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat ». Cfr. GAIUS, II, 157, *Collatio*; XIII, 6, 3.

redati, erano i *sui heredes*, i discendenti cioè e le altre persone che al momento della morte del *de cuius* si trovavano nella sua podestà, e che per la sua morte venivano ad essere *sui iuris*.

Poteva essere che di tali persone non ne esistessero al momento in cui veniva eretto il testamento, ma che fossero sopraggiunte in seguito, prima della morte del testatore. In tale ipotesi si aveva rottura del testamento: il testamento cioè, che pur era stato validamente eretto, cadeva; poichè, come scrive Ulpiano (XXII, 18): *postumi quoque liberi cuiuscumque sexus omissi quod valuit testamentum agnatione rumpunt*.

Pei romani, che avevano una spiccata preferenza per la successione testamentaria, era questo un grave inconveniente al quale cercarono di provvedere ammettendo che si potessero validamente istituire anche i *sui heredes postumi* — sopravvenuti cioè dopo la confezione del testamento, o dopo la morte del testatore, — e che, del pari, si potessero *exheredare*. In tal modo la previdenza del testatore poteva assicurarne il testamento contro il pericolo di rottura per sopravvenienza di talune categorie di *heredes sui* (vedi *retro*, pag. 383 e note). Quanto ai *sui heredes* che potevano sopravvivere al testatore, per un fatto della sua volontà, era ben naturale che non si sentisse il bisogno di provvedere, potendosi ammettere che la rottura del testamento fosse, in tali casi, conforme al suo desiderio. Così se il testatore, dopo aver fatto testamento, faceva una adozione o arrogazione, o se contraeva un matrimonio *cum manu*, o legittimava un figlio naturale, il testamento precedente cadeva irremissibilmente; nè mai si permise di diseredare anticipatamente tali persone che, solo per un atto di *volontà* del testatore stesso, potevano, in seguito, diventare *sui heredes*. Esse potevano venir istituite ma non anche diseredate (909).

(909) Vedi GAI0, II, 138-143: « Si quis post factum testamentum adoptaverit sibi filium aut per populum eum qui sui iuris est, aut per praetorem eum qui in potestate parentis fuerit, omni modo testamentum eius rumpitur quasi agnatione sui heredis. 139. Idem iuris est, si qui post factum testamentum uxor in manum conveniat, vel quae in

§ 4. Requisiti della « exhereditio ».

Per salvare il testamento la *exhereditio* doveva rivestire certi requisiti di forma e di contenuto. E cioè: 1° per quanto riguarda la forma occorreva anzitutto che essa fosse contenuta nel testamento (910), e concepita *certi solemnibus imperativis verbis* al pari della istituzione; al qual proposito appena occorre ricordare che si ebbe, nel corso dell'epoca classica, una evoluzione parallela a quella già studiata circa le istituzioni, e rivolta appunto ad attenuarne e sopprimerne il formalismo (911); 2° oltre a questi requisiti formali gene-

manu fuit nubat; nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua. 140. Nec prodest, sive haec sive ille qui adoptatus est, in eo testamento sit institutus institutave; nam de exheredatione eius supervacuum videtur quaerere, eum testamenti faciendi tempore suorum heredum numero non fuerit. 141. Filius quoque qui ex prima secundave mancipatione manumittitur, quia revertitur in potestatem patriam, rumpit ante factum testamentum; nec prodest, si in eo testamento heres institutus vel exheredatus fuerit. 142. Simile ius olim fuit in eius persona cuius nomine ex senatusconsulto erroris causa probatur, quia forte ex peregrina vel Latina quae per errorem quasi civis Romana uxor ducta esset, natus esset; nam sive heres institutus esset a parente sive exheredatus, sive vivo patre causa probata sive post mortem eius, omni modo quasi agnatione rumpebat testamentum. 143. Nunc vero ex novo senatusconsulto quod auctore divo Hadriano factum si quidem vivo patre causa probatur, aequae ut olim omni modo rumpit testamentum, si vero heres in eo scriptus est vel exheredatus non rumpit testamentum *ne scilicet diligenter facta testamenta rescinderentur eo tempore quo renovari non possent*». Cfr. fr. 23, § 1, Dig. 28, 2 e fr. 8, § 8, Dig. 37, 4.

(910) Vedi § 2, *Inst.*, II, 25. « Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, confundantur ius testamentorum et codicillorum et ideo nex exhereditio scribi ».

(911) Cfr. c. 3, Cod. VI, 28. *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.*: « Si quis filium proprium ita exheredaverit: ' ille filius meus alienus meae substantiae fiat ', talis filius ab huiusmodi verborum conceptione, non prateritus, sed exheredatus intellegatur, cum enim manifestissimus est sensus testatoris, verborum interpretatio nusquam tantum valeat ut melior sensus existat ». *D. X. Kal. Mart. Constantinopoli post Consulatum Lampadii et Oreste vv. cc.* [a. 531].

rici, occorre poi, che pei figli maschi la *exheredatio* venisse fatta *nominatim*, cioè coll'indicazione del nome di ciascuno (*Titius filius meus exheres esto: Caius filius meus exheres esto*), mentre pei *nepotes* e per le *filiae* poteva essere fatta con una frase generica qualsiasi che tutti li comprendesse: *ceteri omnes exheres sunt* (912). Questa distinzione (della quale non è facile afferrare il vero significato) venne abrogata da Giustiniano, il quale richiese che ogni *exheredatio* venisse fatta *nominatim* (913).

Quanto al contenuto si richiedeva: 1° che riguardasse tutta l'eredità. Una *exheredatio ex certa parte* o *ex certa re* era nulla (cioè in essa non si cancellava la *mentio rei certae*, come abbiamo visto che avveniva nella *institutiones ex re certa*, perchè, dice Scevola, *exheredationes non sunt adiuvandae*) (914); 2° che non fosse sottoposta a condizione

(912) Vedi GAIO, II, 123-128 e ULPIANO, XXII, 18. « Ex suis heredibus filius quidem neque heres institutus, neque nominatim exheredatus, non patitur valere testamentum. Reliquae vero personae liberorum, velut filia nepos neptis, si praeteritae sint, valet testamentum, sed scriptis heredibus ad crescunt, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis autem in partem dimidiam. Postumi quoque liberi cuiuscumque sexus omissi, quod valuit testamentum, agnatione rumpunt ».

(913) Vedi § 5, *Inst.*, II, 13. « Sed haec vetustas introducebat, nostra vero constitutio inter masculos et feminas in hoc iure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione similiter naturae officio fungitur et lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successiones ab intestato vocabantur, quod et praetores postea secuti esse videntur, ideo simplex ac simile ius est in filiis et in filiabus et in ceteris descendantibus per virilem sexum personis non solum natis, sed etiam postumis introduxit, ut omnes, sive sui sive emancipati sunt, et *nominatim exheredentur* et eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda et hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent, sive iam nati sunt sive adhuc in utero constituti postea nati sunt. circa adoptivos autem certam induximus divisionem, quae constitutioni nostrae quam super adoptivos tulimus continetur ». E cfr. c. 4, Cod. VI, 28, colla quale venne anche abolito il *ius ad crescendi in partem*.

(914) Vedi fr. 19, Dig. 28, 2 sopra trascritto. In caso di sostituzione occorre che la *exheredatio* venisse ripetuta per ogni sostituito: vedi fr. 3, §§ 2-6, Dig. 28, 2. *Ulpianus libro primo ad Sabinum*. « Filius

casuale (915), pure *autem filium exheredari Iulianus putat, qua sententia utimur*.

§ 5. Della « praeteritio » e dei suoi effetti secondo il « ius civile ».

Quando la *exheredatio* non avesse avuto luogo, o non avesse avuto luogo nel modo prescritto, vi era *praeteritio*. Così pure anche: quando il *filius suus* (916) fosse stato istituito erede, ma sotto una condizione casuale, a meno che il padre, per il caso che la condizione non si avverasse, non lo avesse anche espressamente diseredato; quando lo fosse stato sotto condizione illecita, giacchè, sebbene, per regola, la condizione illecita apposta all'istituzione si consideri *pro non scripta*, per questo caso speciale le fonti decidono altrimenti.

Gli effetti della preterizione erano diversi a seconda che il preterito fosse un *filius suus*, oppure una *filia* o dei

inter medias quoque heredum institutiones recte exheredatur et erit a toto gradu summotus, nisi forte ab unius persona eum testator exheredaverit: nam si hoc fecit, vitiosa erit exheredatio. quemadmodum si ita eum exheredaverit ' quisquis heres mihi erit, filius exheres esto ': nam, ut Iulianus scribit, huiusmodi exheredatio vitiosa est, quoniam post aditam hereditatem voluit eum summotum, quod est impossibile. Ante heredis institutionem exheredatus ab omnibus gradibus summotus est. Inter duos autem gradus exheredatus ab utroque remotus est secundum Scaevolae sententiam, quam puto veram. In eo, qui miscuit duos gradus, exheredationem valere Mauricianus recte putat, veluti: ' Primus heres esto ex semisse. si Primus heres non erit, Secundus ex semisse hers esto. Tertius ex alio semisse heres esto. filius exheres esto. si Tertius heres non erit, Quartus heres esto ': nam ab utroque gradu summotus est. Si ita testatus sit pater familias, ut a primo quidem gradu filium praeteriret, a secundo solo exheredaret. Sabinus et Cassius et Iulianus putant perempto primo gradu testamentum ab eo gradu exordium capere, unde filius exheredatus est: quae sententia comprobata est ».

(915) Vedi fr. 9, § 1, Dig. 28, 2.

(916) Ciò non valeva tuttavia per la figlia e pei nipoti fr. 4, 6, § 1, Dig. 28, 5. Vedi anche fr. 3, §§ 12-14; fr. 18, Dig. 37, 4; fr. 2, § 1, Dig. 37, 11.

nepotes. Nel primo di questi due casi il testamento veniva considerato *assolutamente nullo*, anche se il preterito fosse stato altrimenti beneficiato (e. g. con legati: c. d. *praeteritio, bona mente*), e anche se fosse premorto al testatore. Nel secondo caso il testamento non era considerato nullo, ma aveva luogo *rettifica* del medesimo; e se gli istituiti erano dei *sui*, il preterito veniva a concorrere con essi per una quota virile, se erano degli estranei per la metà (*ius adcre-scendi in partem*). Giustiniano abolì questa distinzione e stabilì che la preterizione importasse sempre nullità (917).

§ 6. *Della successione necessaria formale secondo il diritto pretorio.*

La cosiddetta successione necessaria formale, che il diritto civile aveva introdotta a favore dei *sui heredes*, venne dal diritto pretorio estesa alla categoria dei *liberi*. Il pretore non poteva considerare come nullo un testamento valido *iure civili*, per il fatto che in questo testamento non fosse stato istituito o diseredato un *liber* (e. g. un figlio

(917) Vedi però GAIÒ, II, 123-124. « Item qui filium in potestate habet, curare debet ut eum vel heredem instituat vel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiamsi vivo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, quia scilicet statim ab initio non constiterit institutio, sed diversae scholae auctores, siquidem filius mortis patris tempore vivat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus et illum ab intestato heredem fieri confidentur; si vero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento hereditatem adiri putant, nullo iam filio impedimento: quia scilicet existimant non statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito. 124. Ceteras vero liberorum personas si praeterierit testator, valet testamentum, sed *praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem adcre-scunt, si sui heredes sint in virilem, si extranei, in dimidiam*. Id est si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcre-scendo pro quarta parte fit heres, et ea ratione idem consequitur, quod ab intestato patre mortuo habitura esset: at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcre-scendo ex dimidia parte fit heres. Quae de filia diximus, eadem et de nepote deque omnibus liberorum personis seu masculini seu feminini sexus dicta intellegemus » e cfr. pr. *Inst.*, II, 13; e fr. 7, Dig. 28, 2.

emancipato). Ma egli poteva tuttavia accordare a questo *liber* la *bonorum possessio contra tabulas*; e così fece. Non si ebbe dunque vera e propria applicazione dell'istituto civile a favore dei *liberi*, ma si ebbe un adattamento del concetto fondamentale del diritto civile, operato coi mezzi pretori (918). Da ciò consegue che la c. d. successione necessaria formale del diritto pretorio si differenzia notevolmente da quella del diritto civile. E infatti: 1° altre sono anzitutto le persone a cui favore essa è introdotta: e cioè i *liberi* invece dei *sui heredes* (919); 2° altre le forme richieste per l'*exhereditatio*: giacchè, per diritto pretorio, richiedevasi che l'*exhereditatio* fosse fatta *nominatim* per tutti i *liberi* (senza distinzione fra *filii* e *nepotes*) e *inter ceteros* solo per le figlie e nipoti di sesso femminile (920); 3° altri erano infine gli effetti attribuiti alla *praeteritio*. Mentre, per diritto civile, essa importava o assoluta nullità del testamento o

(918) Vedi c. 4, Cod. VIII, 28 e § 5, *Inst.*, II, 13.

(919) GAIÒ, II, 135: « Emancipatos liberos iure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse est, quia non sunt sui heredes: sed praetor omnes tam feminini quam masculini sexus si heredes non instituantur, exheredari iubet, virilis sexus *nominatim*, feminini *vel nominatim vel inter ceteros*; quodsi neque heredes instituti fuerint neque ita, ut supra diximus, exheredati, *praetor promittit eis contra tabulas bonorum possessionem* ». Cfr. GAIÒ, II, 125, 127, 129. ULPIANO, *Reg.*, XXII, 23, e XXVIII, 2. « 23. Emancipatos liberos *quamvis iure civili neque heredes instituere neque exheredare necesse sit, tamen praetor iubet, si non instituantur heredes, exheredari masculos omnes nominatim, feminas vel inter ceteros; alioquin contra tabulas bonorum possessionem eis pollicetur*. 2. Contra tabulas bonorum possessio datur liberis emancipatis testamento praeteritis, licet legitima non ad eos pertineat hereditas. 3. Bonorum possessio contra tabulas liberis tam naturalibus quam adoptivis datur; sed naturalibus quidem emancipatis, non tamen et illis qui in adoptiva familia sunt; adoptivis autem his tantum, qui in potestate manserunt ». Cfr. § 4, *Inst.*, II, 13. Veggasi anche fr. 1, § 6, Dig. 37, 4. *Ulpianus libro trigesimo nono ad edictum*. « Et sui iuris factos liberos inducit in bonorum possessionem praetor (sive igitur emancipati sunt sive alias exierunt de patris potestate, admittuntur ad bonorum possessionem): sed adoptivi patris non potest: ut enim admitti possit, ex liberis esse eum oportet ». Confronta fr. 3, Dig. 37, 4; fr. 4, § 2; fr. 3, § 11; fr. 8, § 14; fr. 11, § 1; fr. 14 pr. Dig. eod.

(920) Vedi GAIÒ, II, 135 sopra trascritto e § 3, *Inst.*, II, 13.

ius ad crescendi; per diritto pretorio lasciava sussistere il testamento, e la qualità di eredi in coloro che vi erano stati istituiti, ma costituiva la base per la concessione di una *bonorum possessio contra tabulas* a favore dei preteriti. Ora poichè questa *bonorum possessio* era *cum re* (921), ne veniva che il testamento restava privo di effetto per gli eredi in esso istituiti, ed era, a loro riguardo, come rescisso; ma non era però nullo assolutamente. Da ciò discendevano varie importanti conseguenze pratiche: 1° le diseredazioni, sostituzioni pupillari, e nomine di tutori contenute nel testamento restavano valide (922); 2° validi restavano pure certi legati (923); 3° se il *liber* preterito riconosceva il testamento, o non chiedeva la *bonorum possessio* entro l'anno, il testamento stesso si convalidava (924); 4° e lo stesso avveniva se il *liber* preterito premoriva al testatore.

Un'altra specialità della c. d. successione necessaria formale del diritto pretorio era poi questa: che la *bonorum possessio contra tabulas* poteva venir domandata non solo dai *liberi praeteriti*, nel testamento, ma accanto a questi, anche da quelli in essi istituiti (*commissio per alium edicto*) (925).

(921) Lo si argomenta specialmente dall'istituto della *collatio bonorum emancipati*.

(922) Vedi fr. 34, § 2, Dig. 28, 6. *Africanus libro quarto quaestio- num*: « Etiam si contra patris tabulas bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris valet, et legata omnibus praestanda sunt, quae a substitutione data sunt ». Cfr. fr. 22, Dig. eod.

(923) Vedi Dig. 37, 5.

(924) Vedi Dig. 37, 1.

(925) Vedi fr. 3, § 11, Dig. 37, 4. *Ulpianus libro trigensimo nono ad edictum*. « Si quis ex liberis heres scriptus sit, ad contra tabulas bonorum possessionem vocari non debet: cum enim possit secundum tabulas habere possessionem, quo bonum est ei contra tabulas dari? plane si alius committat edictum, et ipse ad contra tabulas bonorum possessionem admittetur ». Confronta fr. 8, § 14, Dig. eod. *Ulpianus libro quadragensimo ad edictum*. « Non est novum, ut emancipatus praeteritus plus iuris scriptis heredibus fratribus suis tribuat, quam habituri essent, si soli fuissent: quippe si filius qui in potestate patris est ex duodecima parte heres scribatur emancipato praeterito, dimidiam partem beneficio emancipato occupat qui si emancipatum non haberet, duodecimam partem habiturus esset » e fr. 15, § 1, e fr. 16, Dig. 37, 5.

Giustiniano, avendo accolto nella sua compilazione il sistema successorio dualistico (civile e pretorio) tramandato dall'epoca classica, conservò pure, accanto alla successione necessaria formale del diritto civile, quella del diritto pretorio, ma, come già abbiamo visto, abolì il *ius ad crescendi ad certam partem della filia* e dei *nepotes*, e stabilì che tutte le *exheredationes* dovessero farsi *nominatim* (926).

§ 7. La c. d. successione necessaria sostanziale (927).

Nel sistema fin qui studiato si faceva luogo a successione contro il testamento solo in caso di *praeteritio*. Quando invece vi fosse stata *exhereditatio rite facta* — per quanto senza giusto motivo — il testamento conservava tutta la sua efficacia. Ma, sul finire della repubblica, si fece sentire il bisogno di una tutela più efficace *di certe categorie di eredi ab intestato*, e si venne formando la convinzione che una certa *parte del patrimonio ereditario* non potesse venire loro sottratta che per gravi motivi. Da questa idea trasse origine la cosiddetta *successione necessaria sostanziale*.

Il primo passo fu di considerare *inofficiosum* ogni testamento che non attribuisse almeno una parte del patrimonio ereditario ai più prossimi congiunti; poi (forse sulla falsariga del diritto greco) (928) si arrivò a sostenere questa tesi giuridica: che un testatore che avesse fatto un simile testamento potesse, in date circostanze, essere considerato come affetto da pazzia (*color insaniae*). Il tribunale centumvirale, avanti al quale venivano, per regola, portate le questioni di eredità, accettò, in molti casi, questa dottrina, e il risultato fu che a certi parenti preteriti o diseredati,

(926) Sulla *bonorum possessio contra tabulas* del patrono, vedi §§ 1-2, *Inst.*, III, 7.

(927) Vedi specialmente EISELE, *Zur Querella inofficiosi* (nella *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, vol. XV. 1894, pagg. 256-306).

(928) Così specialmente SCHULIN, *Das griechische Testament verglichen mit dem römischen* (Programm zur Rectoratsfeier der Universität Basel, Basel, 1882, pag. 16).

o non considerati quanto sembrava naturale ed equo, nel testamento si accordò di rivendicare l'eredità, come se il testamento stesso fosse opera di un pazzo e, per tal motivo, giuridicamente nullo (929).

Questo espediente aveva però un grave difetto: esso valeva solo per gli eredi civili, perchè solo questi potevano rivendicare un'eredità *ab intestato*, avanti al tribunale centumvirale; ma è ipotesi assai verosimile che si operasse in seguito un'estensione del rimedio così escogitato, anche a favore degli eredi pretori e dei cittadini residenti in provincia, mediante introduzione di un tribunale speciale, *extra ordinem*, presso il quale anche da tali persone (che non potevano agire presso il tribunale centumvirale) potesse domandarsi l'annullamento del testamento. Questo nuovo tribunale sarebbe stato introdotto da una *lex Glitia*, commentata da Gaio (930), e l'azione che avanti ad esso si poteva proporre sarebbe stata appunto la *querela inofficiosi testamenti*.

Sparito infine il tribunale centumvirale, i principii da esso accettati in riguardo alla *pètitio hereditatis*, e quelli più liberi della *querela inofficiosi testamenti*, sarebbero stati fusi insieme; e da questa fusione sarebbe scaturita la *querela inofficiosi testamenti* quale ci si offre nelle fonti giustiniane (931).

(929) Vedi fr. 8, § 16, Dig. 5, 2. *Ulpianus libro quarto decimo ad edictum*: « Si ex causa da inofficiosi cognoverit iudex et pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est: et suus heres erit secundum quem iudicatum est et bonorum possessor, si hoc se contendit: et libertates ipso iure non valent: nec legata debentur, sed soluta repetuntur aut ab eo qui solvit: aut ab eo qui optinuit et haec utili actione repetuntur. fere autem si ante controversiam motam soluta sunt, qui optinuit repetit: et ita divus Hadrianus et divus Pius rescripserunt ».

(930) Vedi fr. 4, Dig. 5, 2. *Gaius libro singulari ad legem Glitiam*. « Non est enim consentiendum parentibus, qui iniuriam adversus liberos suos testamento inducunt: quod plerumque faciunt, maligne circa sanguinem suum inferentes iudicium, novercalibus delinimentis instigationibusve corrupti ». Cfr. EISELE, op. cit., pagg. 256 e segg.

(931) Questo svolgimento storico spiegherebbe la singolarità che presenta il trattamento fatto alla *querela inofficiosi* nel *Corpus Iuris*.

§ 8. Quali fossero i cosiddetti legittimari e i presupposti della querela.

Non tutti gli eredi *ab intestato* vennero riconosciuti come legittimari. Dopo qualche oscillazione si formò la dottrina che considerava tali solo i discendenti, gli ascendenti ed i fratelli e le sorelle consanguinei del *de cuius* (questi ultimi solo in quanto ad essi fosse stata anteposta, nel testamento, una persona *turpis*) (932). Si intende poi facilmente che queste tre categorie non vennero ammesse ad intentare la *querela* che in quanto, mancando il testamento, avrebbero

Esso è stato sostenuto dall'Eisele nella monografia sopra citata ed ha trovato buona accoglienza fra i più recenti trattatisti. Veggasi in specie il GIRARD, *Manuel*, pag. 852 e segg.; FERRINI, *Pandette*, pagg. 777 e segg. e BONFANTE, *Istituzioni* [4^a ed.], pagg. 558 e segg. Il DERNBURG, *Pandette* [6^a ed.], nota che la dottrina dell'Eisele lascia molti dubbi e oscurità. Ciò è però ben naturale data la natura del problema e delle fonti in base alle quali occorre risolverlo.

(932) Vedi pei discendenti: fr. 5, Dig. 5, 2. *Marcellus libro tertio digestorum*. « Nam et his, qui non ex masculis descendunt, facultas est agendi, cum et de matris testamento agant et optinere adsidue soleant. huius autem verbi 'de inofficioso' vis illa ut dixi est docere immerentem se et ideo indigne praeteritum vel etiam exheredatione summotum: resque illo colore defenditur apud iudicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret ». Cfr. fr. 2, eod. *Marcianus libro quarto institutionum*. « Hoc colore inofficioso testamento agitur, quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent. et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis: nam si vere furiosus esset vel demens, nullum est testamentum ».

Per gli ascendenti: fr. 15 pr., Dig. 5, 2. *Idem libro quarto decimo quaestionum*. « Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentum et naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet ».

Pei fratelli e sorelle: fr. 1, Dig. eod. *Ulpianus libro quarto decimo ad edictum*. « Sciendum est frequentes esse inofficiosi querellas: omnibus enim tam parentibus quam liberis de inofficioso licet disputare. cognati enim proprii qui sunt ultra fratrem melius facerent, si se sumptibus inanibus non vexarent, cum optinere spem non haberent ». Cfr. fr. 24, Dig. eod. E vedi c. 27, Cod. III, 28.

potuto attualmente adire l'eredità *ab intestato*: se vi erano discendenti, gli ascendenti ed i fratelli consanguinei restavano esclusi. Ed era poi necessario che il testamento fosse veramente *inofficiosum*: che, *senza giusto motivo*, diseredasse cioè o preterisse o non attribuisse al legittimario un'adeguata porzione del patrimonio.

Per ciò che riguarda quest'ultimo punto, per tutta l'epoca classica, non si formularono principii fissi. Era rimesso al giudice il decidere, caso per caso, se il contegno del legittimario fosse stato tale da giustificare la *exhereditatio*, o l'inadeguata considerazione. Giustiniano invece nella famosa sua Novella 115 stabilì tassativamente 14 cause di giusta diseredazione e (*implicite*) di inadeguata considerazione dei discendenti, ed 8 per gli ascendenti (933). Pei fratelli e sorelle consanguinei nulla dispose, lasciando quindi in vigore il sistema del libero apprezzamento del giudice.

Per ciò che riguarda l'ammontare della *portio debita* o *legitima*, nell'epoca classica, si determinò, sull'analogia della quarta Falcidia, in un quarto della porzione *ab intestato* (934). Giustiniano colla sua Novella 18 la stabilì in proporzioni diverse, a seconda dei casi (un terzo ove il defunto non lasciasse più di quattro figli o una metà nel caso in cui ve ne fossero cinque o più).

Per determinare poi se il legittimario avesse o meno

(933) Le cause di giusta diseredazione dovevano essere addotte espressamente nel testamento, senza di che non poteva l'erede testamentario opporre al legittimario: c. 30, Cod. III, 28: « si nullam eorum quasi ingratorum fecerit mentionem, non licebit eius heredibus ingratos eos nominare et huiusmodi quaestionem introducere ».

(934) Vedi § 6, *Inst.*, III, 18. « Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso testamento agere non possit: sive iure hereditario sive iure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in his tantummodo casibus, quorum nostra constitutio mentionem facit, vel aliis modis qui constitutionibus continentur. 7. Quod autem de quarta diximus, ita intellegendum est, ut, sive unus fuerit sive plures, quibus agere de inofficioso testamento permittitur, una quarta eis dari possit, ut pro rata distribuatur eis, id est pro virili portione quarta ».

ottenuto la sua *portio* bisognava compiere tre operazioni distinte. E cioè: anzitutto bisognava stimare il patrimonio ereditario, al momento della morte del *de cuius*, il che si faceva detraendo dalla massa dei beni che egli aveva lasciato i debiti che la gravavano, le spese funerarie, ecc.; poi bisognava calcolare tutto ciò che il legittimario aveva ottenuto dal testatore *mortis causa* a qualsiasi titolo (*institutio heredis, legatum, fideicommissum, donatio mortis causa*) (935); infine bisognava determinare se la somma di tutte queste attribuzioni veniva a coprire la *portio debita*, la quale doveva essere riservata al legittimario libera da ogni peso od onere (936).

Giustiniano (Nov. 115) richiese inoltre, pei discendenti ed ascendenti, che almeno una parte della *portio debita* fosse stata loro attribuita mediante *istitutio*.

§ 9. Dell' « actio ad supplendum legitimam ».

Ove il testatore non avesse lasciato al legittimario la c. d. *portio legitima* questi poteva agire contro gli eredi istituiti nel testamento colla *querela inofficiosi testamenti*, e se riesciva a dimostrarne il fondamento, otteneva, nei riguardi del convenuto, la rescissione del testamento. Questa rescissione poteva avere per effetto di fare aprire la successione intestata, quando fosse stata ottenuta da un unico legittimario, contro un unico istituito. Ma se vi erano più istituiti e la *querela* veniva mossa con successo contro uno soltanto di essi, o se vi erano più legittimari, e uno solo di essi la promuoveva, l'annullamento era relativo: il testamento cadeva cioè soltanto di fronte al convenuto soccombente e nei limiti della *portio legitima* spettante all'attore.

(935) Vedi § 6, *Inst.*, *h. t.*

(936) Vedi c. 32, Cod. III, 28. Conviene qui ricordare la c. d. *clausola Soccini*, escogitata appunto, nel secolo XVI, dal giureconsulto Mariano Soccino (*Consilia*, 1, 22), mediante la quale il testatore dava al legittimario la scelta fra la sua *portio legitima* pura e semplice, ed una *portio* maggiore ma gravata di modo o condizioni.

Si aveva in altri termini una nullità parziale del testamento che dava luogo al concorso di eredi testamentari ed intestati.

Tanto però nel caso in cui il testamento venisse totalmente annullato, quanto in quello, molto più frequente, in cui veniva annullato solo parzialmente, si perveniva ad un risultato pratico esorbitante, cioè ad attribuire al legittimario più di quanto la legge gli voleva assicurare come *portio debita*, perchè il legittimario veniva a prendere *tutto ciò* che gli sarebbe pervenuto qualora non fosse stato fatto il testamento, cioè *la sua intera porzione ab intestato*.

Ciò sembrò specialmente inammissibile quando il testatore avesse dimostrato la sua intenzione di uniformarsi alla legge, attribuendo al legittimario la sua *portio*, e inserendo nel suo testamento la clausola *boni viri arbitrato*. Sarebbe stato veramente, in simile ipotesi, iniquo attribuire al legittimario il diritto di rescindere il testamento approfittando di un errore di calcolo commesso dal testatore nel computo dalla *portio* lasciata, errore che egli stesso aveva ammesso come possibile e che colla suddetta clausola aveva, in ogni evento, permesso di rettificare. Gli imperatori Costanzo e Giuliano (c. 4, Cod. Theod., II, 19) stabilirono pertanto che in tali circostanze non fosse più ammissibile la *querela inofficiosi testamenti* e che il legittimario si dovesse limitare a chiedere agli eredi istituiti il supplemento necessario a compiere la sua quota legittima. Questa è l'*actio ad supplendam legitimam*.

Giustiniano fece un passo ulteriore dichiarando doversi la *clausola boni viri arbitrato* sottintendere in ogni testamento per cui, dopo tale riforma, la *querela inofficiosi testamento* poteva intentarsi soltanto dal legittimario che non fosse stato considerato affatto nel testamento del *de cuius* (937).

(937) Vedi § 3, *Inst.*, II, 18. « Sed haec ita accipienda sunt, si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est. Quod nostra constitutio ad verecundiam naturae introduxit. Sin vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficiosi querela quiescente id quod eis deest usque ad quartam legitimae partis repletur, licet non fuerit adiectum boni viri arbitrato debere eam repleri ». Cfr. c. 30; 36 pr., § 16, Cod. III, 28.

La principale differenza intercedente fra la *querela inofficiosi testamenti* e l'*actio ad supplendam legitimam* consisteva in ciò che quella operava *realmente*, rescindendo il testamento, mentre questa spettava solo *personalmente* contro l'erede istituito, per costringerlo a completare la *portio debita*.

Da questa fondamentale differenza discendeva che, intentata con successo la *querela*, cadevano i legati e fedecommissi, almeno per la parte del legittimario vincitore: ma Giustiniano stabilì (Nov. 115) che il legittimario vincitore della *querela* dovesse adempiere i legati in luogo dell'erede al quale veniva a sostituirsi.

Restarono tuttavia, anche dopo questa riforma giustiniana, notevoli divergenze fra l'*actio ad supplendam legitimam* e la *querela inofficiosi testamenti*. Questa era considerata come *actio subsidiaria* (938); competeva al legittimario *ad personam*, e non era quindi trasmissibile ai suoi eredi (a meno che egli non l'avesse già intentata prima di morire o che gli eredi suoi fossero i suoi figli) (939); infine essa cessava per rinuncia tacita od espressa (940) e si prescriveva nel breve termine di 5 anni (941).

§ 10. *Della c. d. successione necessaria formale e sostanziale nella compilazione giustiniana fino alle Novelle 18, 115.*

Come già abbiamo accennato i giustiniani accolsero nella loro compilazione il duplice sistema di successione necessaria che abbiamo descritto nei precedenti paragrafi. Così, per qualche tempo, questo sistema restò in vigore e fu forse anche applicato nei tribunali. Occorreva dunque vedere, quando una persona moriva senza aver istituiti eredi i suoi più prossimi congiunti, o senza altrimenti averli onorati, se si trattasse di *sui heredes*, o di *liberi*, o di di-

(938) Vedi § 2, *Inst.*, II, 18.

(939) Vedi fr. 6, § 2; e fr. 7, Dig. 5, 2.

(940) Vedi fr. 8, § 10, Dig. 5, 2; fr. 31, §§ 3-4, Dig. eod.; fr. 32, Dig. eod.

(941) Vedi fr. 8, § 17, Dig. 5, 2; e fr. 9, eod.

scendenti, o di ascendenti e fratelli e sorelle consanguinei. Se erano stati preteriti dei *sui heredes* questi potevano intentare la *petitio hereditatis ab intestato* considerando il testamento come inesistente, e ciò anche quando fossero stati altrimenti onorati con legati o fedecommessi, ecc. Se erano stati preteriti dei liberi questi potevano, entro un anno utile, chiedere, e indipendentemente essi pure dall'essere stati o meno onorati di legati, la *bonorum possessio contra tabulas*, cogli effetti che abbiamo indicati. Infine, se i discendenti, ascendenti e fratelli e sorelle consanguinei del defunto non erano stati onorati, o non lo erano stati per l'ammontare loro dovuto, potevano intentare (ove non fossero stati diseredati, o preteriti, *ex iusta causa*) la *querela inofficiosi testamenti* o l'*actio ad suppleendam legitimam*. Ora se noi ci chiediamo in che consistesse l'importanza pratica di questo complicato sistema, non possiamo a meno di riconoscere che era tutta riposta in ciò: che attribuiva ai *sui heredes* (e per analogia anche ai *liberi*) una posizione di privilegio, accordando loro, in caso di *praeteritio*, di considerare come inesistente il testamento, o di impugnarlo, anche quando avessero ottenuto altrimenti buona parte del patrimonio ereditario, e anche quando la *praeteritio* avesse avuto un giusto fondamento. Era dunque una posizione di privilegio che ancora si faceva agli *heredes sui* (e per analogia ai *liberi*) in omaggio a concetti arcaici.

§ 11. La *c. d. successione necessaria formale* dopo le *Novelle*.

Si è pertanto vivacemente disputato fra romanisti circa il determinare se le *Novellae* abbiano abrogata la cosiddetta *successione necessaria formale* (942). La ragione della disputa riposa quasi esclusivamente in ciò che di tale abrogazione non abbiamo, nelle *Novellae* stesse, alcuna espressa

e sicura testimonianza. Ma ben giustamente si è fatto osservare che una vera e propria espressa abrogazione non era necessaria dal momento che le riforme delle *Novellae* sono, in modo così chiaro e sicuro, rivolte ad abolire quella parentela agnaticia che costituiva, in antico, la base e il presupposto della *c. d. successione necessaria formale*. E veramente tanto che si consideri la Novella 18 la quale, come abbiamo già visto, elevava l'ammontare della legittima, sia che si guardi alla Novella 118 che riformava tutto il sistema della successione *ab intestato*, ponendolo su decise ed esclusive basi cognaticie, sia che si tenga presente la Novella 115 rivolta a combattere la *iniuria testamentarum*, sempre è palese la tendenza fondamentale del legislatore di voler cioè assidere tutto il sistema delle successioni *ab intestato* sulla parentela cognaticia. Della Novella 18 infatti risulta che il legislatore non aveva più in mente che una sola specie di successione contro il testamento, e cioè appunto quella dei legittimari; nella Novella 118 è poi manifesto, e nello stesso titolo, il programma della riforma, come di abolizione del diritto degli agnati (*de agnatorum iure sublato*); e nella Novella 115, mentre si fissano le cause di giusta diseredazione, costantemente si parifica alla diseredazione la preterizione, e per entrambe si esige che nel testamento ne sia adotta la causa, sicché giustamente può concludersene che ormai a tenore della Novella 115, quando sia addotta una delle giuste cause da essa fissate non si possa più parlare di preterizione, *quando anche non abbia avuto luogo una formale diseredazione*, e che viceversa, pur non basti una formale ed espressa diseredazione, ove non sia fondata sopra una tale *iusta causa*, a salvare il testamento dall'accusa di inofficiosità. Dopo le *Novelle* dunque la *c. d. successione necessaria formale* civile e pretoria non aveva più ragion d'essere: essa restava nella compilazione, come un puro ricordo storico.

(942) Vedi LEIST, *Continuazione al Commentario alle Pandette del GLÜCK*, vol. 37-38, parte III; e cfr. WINDSCHEID, *Pandekten*, §§ 591 e 592. — DERNBURG, *Pandekten*, § 145, e WENDT, *Pandekten*, pagg. 817 e segg.

§ 12. *La Novella 115 e la « querela inofficiosi testamenti ».*

Noi abbiamo incidentalmente accennato ad una innovazione introdotta da Giustiniano colla Nov. 115 e consistente nell'obbligo fatto al testatore di lasciare a certi legittimari almeno una parte della loro *portio debita*, in forma di istituzione. Con questa sua innovazione Giustiniano ha dato occasione ad una di quelle controversie che trascinate per secoli attendono ancora, e attenderanno mai sempre, una definitiva e sicura decisione.

Si è chiesto: quali effetti si avranno ove il testatore non abbia ottemperato alla prescrizione giustiniana? Dovrà il testamento essere considerato come inesistente, a similitudine di quanto avveniva in caso di *praeteritio* nell'antico diritto civile, oppure lo si dovrà considerare solo parzialmente nullo; oppure infine sarà da applicarsi la *querela inofficiosi*, parificandosi la non istituzione alla non attribuzione della *portio debita*? Nella dottrina romanistica tende a prevalere questa ultima soluzione, la quale veramente a parte le difficoltà che incontra nei termini in cui è concepita la Nov. 115, sembra, anche a noi, più corrispondente allo spirito della legislazione giustiniana (943).

§ 13. *Della « querela inofficiosae donationis ».*

Poteva avvenire che, per eludere il diritto dei legittimari, il testatore disponesse di tutti, o della maggior parte dei suoi beni, con donazioni *inter vivos*. A sventare simile frode provvidero gli imperatori accordando ai legittimari una *querela inofficiosae donationis* colla quale essi potevano chiedere la riduzione delle donazioni che al momento in cui erano state fatte costituivano una lesione di quella che, appunto in quel momento, sarebbe stata la *portio debita* dell'attore (944).

(943) Vedi VANGEROW, *Pandekten*, § 485. — WINDSCHEID, *Pandekten* § 591. — DERNBURG, *Pandekten*, III, § 154. — WENDT, *Pandekten*, pagg. 828-829. — BONFANTE, *Ist.*, pag. 562.

(944) Non venivano dunque ridotte tutte le donazioni proporzionalmente, ma solo quelle che avevano intaccata la legittima, e successi-

La *querela inofficiosae donationis* presupponeva pertanto: 1° che la donazione di cui si chiedeva la riduzione fosse stata fatta allo scopo di eludere il legittimario (controverso) (945); 2° che il legittimario stesso non si trovasse in condizione da poter essere diseredato o preterito; 3° che la donazione impugnata effettivamente avesse leso la legittima, senza che la medesima fosse stata, in seguito, reintegrata per successivi acquisti patrimoniali fatti dal testatore.

Al pari della *querela inofficiosi testamenti*, la *querela inofficiosae donationis* era sussidiaria (946), si estingueva in seguito a riconoscimento espresso o tacito delle donazioni da parte del legittimario (947), ed era prescrivibile in 5 anni (948).

vamente, risalendo, fino a ricostituirla. Contro il donatario in buona fede la *querela* spettava solo nei limiti del suo arricchimento. Contro i terzi non spettava affatto (controverso).

(945) Vedi fr. 87, § 3, Dig. 31. *Ulpianus libro decimoquarto responsarum*. Imperator Alexander Augustus Claudiano Iuliano praefecto urbi ' Si liquet tibi, Iuliane carissime, ' aviam intervertendae inofficiosi ' querellae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinasse, ratio deposcit id, quod donatum est, pro dimidia parte revocari ' ». Cfr. *Vat. Fr.*, 270; c. 1, Cod. III, 29; c. 8, Cod. eod. Nov. 92, c. 1, e c. un. Cod. III, 30.

(946) C. 4, Cod. III, 29.

(947) C. 6, Cod. III, 29

(948) C. 9, Cod. III, 29

CAPITOLO XII.

Dell'acquisto della eredità.

Sommario: § 1. Nozioni generali. — § 2. Acquisto dell'eredità. — § 3. Forma dell'accettazione. — § 4. Tempo dell'accettazione. — § 5. Acquisto della « *bonorum possessio* ». — § 6. Della trasmissione ereditaria. — § 7. Degli effetti che produce l'acquisto dell'eredità. — § 8. Della « *separatio bonorum* ». — § 9. Del « *ius abstinendi* ». — § 10. Del « *beneficium inventarii* ». — § 11. Effetti dell'acquisto dell'eredità con pluralità di eredi. — § 12. Trasmissione, sostituzione e accrescimento. — § 13. Della collazione. — § 14. Delle azioni a difesa del diritto ereditario. — § 15. Del ripudio dell'eredità.

§ 1. *Nozioni generali* (949).

Dal momento in cui l'eredità è validamente deferita (sia in base a un testamento che alla legge), vi è la possibilità di acquisto della medesima. Questo acquisto tuttavia non si verifica sempre in base ai medesimi presupposti. Bisogna anzitutto distinguere fra acquisto dell'eredità civile (*hereditas*), e acquisto dell'eredità pretoria (*bonorum possessio*).

L'acquisto dell'eredità civile ha luogo in due modi: o *ipso iure*, o in base ad un atto di accettazione. *Ipso iure* per i così detti *heredes necessarii* e *sui et necessarii* (950);

(949) *Inst.*, II, 19, Dig. 29, 2.

(950) *GAIO*, II, 152-154. « 152. *Heredes autem aut necessarii dicuntur aut sui et necessarii aut extranei. 153. Necessarius heres est servus cum libertate heres institutus, ideoque sic appellatus, quia sive velit sive nolit, omni modo post mortem testatoris protinus liber et heres est. 154. Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituire, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est ut ignominia quae accidit ex venditione bonorum, hunc potius heredem quam ipsum testatorem contingat; quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia non suo vitio sed necessitate iuris bonorum venditionem pateretur; sed alio iure utimur » e *GAIO*, II, 157-159 sopra trascritto.*

in base ad accettazione (cioè ad un atto unilaterale di volontà da parte dell'erede chiamato) per i così detti *heredes extranei* o volontari. L'acquisto della *bonorum possessio* non ha mai luogo *ipso iure*, e neppure in base ad una semplice accettazione del chiamato; essa viene conferita dal magistrato, in seguito ad apposita istanza (*petitio* e *datio bonorum possessionis*).

Conviene quindi esaminare separatamente la teoria dell'acquisto dell'eredità, e della *bonorum possessio*.

§ 2. *Acquisto dell'eredità*.

Affinchè abbia luogo acquisto di eredità occorre che la successione sia aperta, e deferita a persona capace (tanto capace di succedere cioè come capace di acquistare), e che questa persona, se non è una di quelle che acquistano la successione necessariamente (*necessarii* e *sui et necessarii*), voglia accettarla, ed abbia la capacità richiesta per obbligarsi.

L'infante *sui iuris*, essendo assolutamente incapace di agire, non poteva acquistare da sè, l'eredità che gli fosse stata validamente deferita. Ma poteva, in sua vece acquistarla il suo tutore (951).

L'*infantiae maior, sui iuris*, poteva sempre acquistare l'eredità *tutore auctore* (952).

Vedi inoltre *GAIO*, II, 161. « *Ceteri qui testatoris iure subiecti non sunt, extranei heredes appellantur. Itaque liberi quoque nostri qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti [sicut] extranei videntur, qua de causa et qui a matre heredes instituntur, eodem numero sunt, quia feminae liberos in potestate non habent, servi quoque, qui cum libertate heredes instituti sunt et postea a domino manumissi, eodem numero habentur. 162. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate vel non adeunda »; e fr. 3, § 3, Dig. 37, 1. *Ulpianus libro trigensimo nono ad edictum*. « *Invito autem nemini bonorum possessio adquiritur.**

(951) Vedi c. 18, §§ 2-4, Cod. VI, 30 e cfr. per la *B. P.* c. 3, Cod. VI, 9.

(952) Fr. 9, § 3, Dig. 26, 8. *Gaius libro duodecimo ad edictum provinciale*: « *Hereditatem adire pupillus sine tutoris auctoritate non potest quamvis lucrosa sit nec ullum habeat damnum* ». Cfr. fr. 8, Dig. 29, 2 e c. 5, Cod. VI, 30, e vedi per la *B. P.* fr. 8, Dig. 37, 1; fr. 11, Dig. 26, 8, e c. 7, Cod. VI, 9; fr. 7, § 1, Dig. 37, 3.

Il pubere *minor XXV annorum* poteva, originariamente, accettare l'eredità, salvo il rimedio della *in integrum restitutio*; in seguito la poté acquistare solo col consenso del suo curatore, sulla analogia di ciò che valeva per l'impubere *sui iuris, infantiae maior* (953).

Il prodigo interdetto poteva acquistare l'eredità da solo (954).

Per l'alienato era disputa, nel diritto classico, circa il decidere se potesse essere rappresentato nell'atto di acquisto (almeno provvisorio) dal suo curatore. Giustiniano decise che il curatore potesse, anzi dovesse, acquistare per l'alienato *provvisoriamente*, cioè fino alla sua guarigione, o alla sua morte; quando poi l'alienato recuperasse l'uso della ragione poteva confermare l'accettazione, o ripudiarla; e se moriva prima, si considerava che non avesse accettato (955).

Quanto alla persone *alieni iuris* valevano le seguenti regole:

a) Il *filius familias in potestate patris*, se era ancora infante, non poteva accettare; ma poteva per lui validamente accettare il *pater*; se era *infantiae maior* poteva

(953) Vedi c. 12, Cod. VI, 30; c. 26, Cod. V, 37, e cfr. fr. 90, Dig. 29, 2 e *Frammenti d'Autun*, I, § 26.

(954) Vedi fr. 5, § 1, Dig. 29, 2 e cfr. FADDA, *Concetti*, II, pagg. 87 e segg.

(955) Vedi c. 7, §§ 3 e 3 a. e Cod. V, 70. *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* « Sin autem ex alia quacumque causa hereditas ad eum vel successio perveniat, tunc magna et inextricabilis vetustissimo iuri dubitatio exorta est sive adire hereditatem vel bonorum possessionem petere furiosus possit, sive non, et si curator eius ad bonorum possessionem petendam admitti debeat. et, iuris auctores ex utroque latere magnum habuere certamen. Nos itaque utramque aciem auctorum certo foedene compescentes sancimus furiosum quidem nullo modo posse vel hereditatem adire vel bonorum possessionem agnoscere: curatorum autem eius licentiam damus, immo magis necessitatem imponimus, si utilem esse successionem existimaverit, eam bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur, et ad similitudinem bonorum possessionem agnoscere, quae antea ex decreto dabatur, et ad similitudinem bonorum possessionis habere, cum petitio bonorum possessionis Costantiniana lege (c. 9, Cod. VI, 9) sublata est, et ab eo introducta observatio pro antiqua sufficit petitione ».

accettare validamente *iussu patris*, mentre il padre non poteva accettare da solo; se era pubere poteva accettare *iussu patris*: in questo caso poteva però accettare anche il padre *voluntate filii*. Insomma ci voleva il consenso di entrambi, e l'acquisto aveva luogo *in persona patris* (956).

Alla fine però si ammise che il figlio, che avesse accettato *sine iussu patris*, acquistasse per sè, il che era conforme all'evoluzione della capacità giuridica dei figli di famiglia.

§ 3. Forma dell'accettazione.

Quanto alla forma, l'accettazione poteva, nel diritto classico, essere di due specie: solenne e non solenne. L'accettazione solenne si chiamava *cretio* (da *cernere*). Essa consisteva in una solenne dichiarazione di volere accettare l'eredità, fatta *certis verbis*, avanti testimoni. Questa forma di accettazione (957) soleva venir imposta all'erede dal testa-

(956) Vedi GAIO, II, 87. « Item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliquolibet causa adquirent, in nobis acquiruntur; ipse enim qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. Et ideo si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest; et si iubentibus nobis adierit, hereditas nobis acquiruntur proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus: et convenienter scilicet legatum per eos nobis acquiruntur »; e fr. 6, Dig. h. t. *Ulpianus libro sexto ad Sabinum*. Qui in aliena est potestate non potest invitum hereditati obligari eum in cuius est potestate, ne aeri alieno patri obligaretur ».

(957) Vedi GAIO, II, 164-166. « 164. Extraneis heredibus solet cretio dari, id est finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem, vel si non adeant, temporis fine summoveantur. Ideo autem cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere. 165. Cum ergo ita scriptum sit: *heres Titius esto, adicere debemus: cernitoque in centum diebus proximis quibus scies poterisque. Quod ni ita creveris exheres esto.* 166. Et qui ita heres institutus est, si velit heres esse, debet intra diem cretionis cernere, id est haec verba dicere: *Quo me P. Maevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque.* Quodsi ita non creverit finito tempore cretionis excluditur; nec quicquam proficit, si pro herede gerat id est si rebus hereditariis tamquam heres utatur ». Cfr. GAIO, II, 167-173 sopra trascritto. — ULPIANO, XXII, 27-32; *Frammenti d'Autun*, 108-109.

tore; è dubbio se fosse, in antico, richiesta anche per gli eredi *ab intestato*.

Nell'istituzione *cum cretione* era — per regola — fissato anche un certo spazio di tempo entro il quale la *cretio* doveva aver luogo (100 giorni dal momento in cui il chiamato aveva saputo della chiamata, ed aveva potuto, in base ad essa, chiedere la *bonorum possessio* (c. d. *cretio vulgaris*). Quando però il testatore, pur fissando lo *spatium temporis*, ometteva le parole *quibus scierit poteritque*, il tempo decorreva dalla delazione, anche se il chiamato l'ignorasse o fosse nella impossibilità di profittarne, e perfino *pendente condicione* (c. d. *cretio continua*).

La *cretio* poi si distingueva anche in *perfecta* ed *imperfecta*: *perfecta* era quando il testatore, per il caso in cui l'istituto non accettasse, lo diseredava (*nisi creverit exheres esto*); *imperfecta* era quando, per il caso in cui l'istituto non accettasse, nulla disponeva.

La *cretio* era ancora in uso nel IV secolo dopo Cristo: essa venne abolita (per le eredità deferite ai figli in potestà) da Teodosio e Onorio nel 407 dopo Cristo, e cadde in seguito completamente in disuso (958).

L'accettazione dell'eredità non solenne poteva avvenire in due modi:

1° *pro herede gerendo* (959); 2° *nuda voluntate*, o, come dice un altro testo, *sola animi destinatione* (960).

(958) Vedi c. 17, Cod. VI, 30 e cfr. c. 8, § 1, Cod. Theod., VIII, 18.

(959) Vedi fr. 20 pr., Dig. 29, 2. *Ulpianus libro sexagesimo primo ad edictum*. « Pro herede gerere videtur is, qui aliquid facit quasi heres. et generaliter Iulianus scribit eum demum pro herede gerere, qui aliquid quasi heres gerit: pro herede autem gerere non esse facti quam animi: nam hoc animo esse debet ut velit esse heres, ceterum si quid pietatis causa fecit, si quid custodiae causa fecit, si quid quasi non heres egit, sed quasi alio iure dominus, apparet non videri pro herede gessisse ». Cfr. fr. 7, Dig. eod. GAIO, II, 166 in fine.

(960) Vedi GAIO, II, 167 sopra trascritto e § 7, *Inst.* II, 19. — ULPIANO, XXII, 34, e c. 6, Cod. VI, 30. *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Philippae*. « Si avia tua patrem tuum ex duobus unciis scripsit heredem, et sola animi destinatione pater tuus heres fieri poterat. Igitur si

§ 4. Tempo dell'accettazione.

L'erede ha la facoltà di accettare l'eredità dal momento in cui gli è stata deferita. In antico questa facoltà poteva esercitarla a suo piacimento, a meno che non gli fosse stato espressamente imposto un limite dal testatore (*cretio*) (961). Ciò dava luogo a gravi inconvenienti pratici: i legatari, il cui diritto dipendeva dall'accettazione dell'erede, erano tenuti in sospenso a tempo indeterminato; e anche i creditori non avevano, nel frattempo, contro chi rivolgersi. Intervenne pertanto il pretore, ed accordò agli interessati (legatari, sostituiti, creditori, ecc.), di interpellare in giudizio l'erede, se volesse accettare o meno (*interrogatio in iure*). Questi poteva allora chiedere al magistrato un termine entro il quale decidersi (*spatium deliberandi*) (962). Se poi entro questo termine, che era, per regola, di 100 giorni, l'erede non si decideva, il pretore lo considerava come rinunciante.

Giustiniano stabilì che il termine accordato dal magistrato non dovesse superare i 9 mesi, salvo però all'imperatore di accordare il termine di un anno. Nel caso poi che, entro il termine ottenuto, l'erede non avesse rinunciato, invertendo la presunzione pretoria, stabilì che dovesse essere considerato come accettante (963).

testamento suo eadem uncias ad te pertinere decrevit, apud recto rem provinciae, duarum unciarum ius persequi poteris ». *PP. XVI. K. Aug. Sirmi, ipsis IV et III. AA. cons.* [a. 293].

(961) Vedi fr. 72, Dig. 29, 2, che originariamente riferivasi alla *cretio*.

(962) Vedi GAIO, II, 167; fr. e 1-5, Dig. 28, 8; c. 9, Cod. VI, 30.

(963) Vedi c. 22, §§ 13 a-14 a, Cod. VI, 30. *Imp. Iustinianus A. ad Senatam*. « Sed quia quidam vel vana formidine vel callida machinatione pro deliberando nobis applicandum esse necessarium existimant, quatenus eis liceat annale tempus tergiversari et hereditatem inspicere, et alias contra eam machinationes excogitare et eandem deliberationem flebilibus adsertionibus repetita prece saepius accipere: ne quis nos putaverit antiquitatis penitus esse contemptores, indulgemus quidem eis petere deliberationem vel a nobis vel a nostris iudicibus, non tamen amplius ab imperiali quidem culmine uno anno, a nostris vero iudicibus novem mensibus, ut neque ex imperiali largitate aliud tempus eis indulgentia, sed, et si fuerit datum, pro nihilo habeatur; semel

§ 5. *Acquisto della « bonorum possessio ».*

A differenza dell'eredità, la *bonorum possessio* non si poteva acquistare per un semplice atto unilaterale di accettazione (formale o meno) del chiamato; occorreva una istanza al magistrato (*agnitio, petitio bonorum possessionis*). A promuovere questa istanza erano, in prima linea, autorizzate quelle persone alle quali la *bonorum possessio* era promessa nell'editto del pretore. Ma qualsiasi altra persona poteva chiedere la *bonorum possessio*, poichè la concessione di essa era fondata sull'*imperium* magistratuale, e poteva essere accordata, in singoli casi concreti, indipendentemente da una clausola edittale che la promettesse.

L'istanza della *bonorum possessio* era, in origine, solenne, e doveva aver luogo avanti al pretore, o al governatore delle provincie: in seguito si ammise che potesse farsi *de plano* avanti a qualsiasi magistrato (964). Essa doveva esser

enim et non saepius eam peti concedimus. Sin autem hoc aliquis fecerit et inventarium conscripserit (necesse enim est omnimodo deliberantes inventarium cum omni subtilitate facere), non liceat ei post tempus praestitutum, si non recusaverit hereditatem. sed adire maluerit, nostrae legis uti beneficio, sed in solidum secundum antique iura omnibus creditoribus teneatur. 14 a Cum enim gemini tramites inventi sunt, unus quidem ex anterioribus, qui deliberationem dederunt, alter autem rudis et novus, a nostro numine repertus, per quem et adeuntes sine damno conservantur, electionem ei damus vel nostram constitutionem eligere et beneficium eius sentire vel, si eam aspernamdam existimaverit, et ad deliberationis auxilium convolaverit, eius effectum habere: et si non intra datum tempus recusaverit hereditatem, omnibus in solidum debitis hereditariis teneatur et non secundum modum patrimonii, sed etsi exiguus sit census hereditatis, tamen quasi heredem eum in totum obligari, et sibi imputet, qui pro novo beneficio vetus eligit gravamen ».

(964) Vedi TEOFILO, § 10, *Inst.*, III, 9; c. 9, Cod. VI, 9. *Imp. Constantinus A. ad populum*. « Ut verborum inanium excludimus captiones, ita haec observari decernimus, ut apud quemlibet iudicem vel etiam apud duumviros qualiscumque testatio amplectendae hereditatis ostendatur, statutis prisco iure temporibus coartanda, eo addito, ut etiamsi intra alienam vicem, id est prioris gradus properantium exeratur, nihilo minus tamen efficaciam parem, quasi suis sita curriculum, consequatur ». *D. K. Febr. Laodiceae Constantio A. II et Constante cons.* [a. 339].

proposta entro un certo spazio di tempo che, per regola, era di 100 giorni, ed, eccezionalmente, di un anno, quando si trattava di discendenti del *de cuius*. Trascorso questo spazio di tempo la *bonorum possessio* veniva deferita al successibile seguente in grado, entro la medesima classe; esaurita la classe veniva deferita al primo della classe seguente, e così via.

Anche in ciò si aveva una notevole differenza fra la *bonorum possessio* e la *hereditas*, giacchè, come abbiamo già detto, *in legitimis hereditatibus successioni non est locum*: così l'*agnatus proximus* (e. g. il fratello) escludeva l'agnato più remoto (e. g. il nipote) *semper*, tanto cioè se egli accettasse, come se ripudiasse, o se ne stesse passivo durante tutto lo *spatium deliberandi*.

§ 6. *Della trasmissione ereditaria.*

Se noi prescindiamo da quegli eredi che acquistano l'eredità *ipso iure* (*heredes necessarii e sui et necessarii*), e teniamo presente solo quelli che l'acquistano mediante un atto di loro volontà (*heredes voluntarii o extranei*), vediamo che l'erede viene a trovarsi, successivamente, in due posizioni diverse di fronte all'eredità a lui deferita. In un primo momento egli ha il diritto di acquistarla *se vuole*, ha cioè un *diritto all'eredità*. In un secondo momento — ove cioè l'abbia accettata — è erede: ha un *diritto d'eredità*.

Ora il diritto romano considerava il *diritto all'eredità* come un *diritto personalissimo*, che poteva essere esercitato da colui che l'aveva, ma non venire da lui ad altri ceduto o trasmesso (965). Per quanto riguarda il *diritto dell'eredità* si arrivava poi, in linea di principio, alla medesima con-

(965) Vedi § 12, *Inst.*, III, 9 (?); c. 1, § 5, Cod. VI, 51. *Iustinianus A. Senatui nobis Constantinopolitanae et urbis Romae*. « ...hereditatem etenim nisi fuerit adita, transmitto nec veteres concedebant, nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super huiusmodi causis inducta loquitur: his nihilo minus, quae super his, qui deliberantes ab hoc luce migrant a nobis constituta sunt, in suo robore mansuris ». Cfr. c. 1, Cod. VI, 52; e c. 19, Cod. IV, 30.

clusione in forza della massima *semel heres semper heres*. Ma queste regole vennero, col tempo, scalzate: la prima colla introduzione di eccezioni sempre più numerose; la seconda coll'introduzione dell'istituto del fedecommesso universale (cfr. più avanti pagg. 599 e segg.).

Le eccezioni furono di due specie:

a) *Cessione inter vivos del diritto all'eredità* da parte dell'*agnatus proximus*: questa veniva operata, mediante *in iure cessio*, ed aveva per effetto di rendere l'acquirente erede, *ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset* (966).

Con questa cessione si eludeva, praticamente, il principio che *in legitimis hereditatibus successio non est*.

b) *Trasmissione del diritto di acquistare l'eredità*. Questa venne eccezionalmente ammessa nei seguenti casi:

1° Quando il chiamato all'eredità fosse morto senza aver potuto, per giusti motivi (per esempio per essere *in militia*), adire nel tempo prescritto, si concedeva al suo erede di adire in sua vece. Il defunto, se avesse vissuto, avrebbe potuto chiedere la *in integrum restitutio* contro il decorso del tempo utile per l'accettazione. Era logico che, in sua vece, questa *in integrum restitutio* la potesse chiedere il suo erede, e che, dopo averla ottenuta (*causa cognita*), potesse altresì esercitare il diritto d'accettazione dell'ere-

(966) Vedi GAIO, II, 34-37. « Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit. Nam si is ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres exstiterit, proinde fit heres is cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset; post obligationem vero si cesserit, nihilo minus ipse heres permanet et ob id creditoribus tenebitur, debita vero pereunt eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt: corpora vero eius hereditatis proinde transeunt ad eum cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent. Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agit; postea vero quam adierit si cedat, ea accidunt quae proxime diximus de eo ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post obligationem in iure cedat. Idem et de necessariis heredibus diversae scholae

dità (967). Da ciò il nome di *transmissio ex capite in integrum restitutionis*.

2° Se veniva deferita un'eredità ad un infante in *potestate patris*, il padre poteva accettarla in sua vece. Ora se l'infante moriva prima che il padre avesse accettato, questi, a stretto rigore, non avrebbe più potuto accettare, perchè il diritto di accettare per il figlio, gli era dato in rappresentanza del medesimo, e se questi non esisteva più, non poteva più venire rappresentato. Si ammise allora che il figlio morendo gli avesse trasmesso

auctores existimant, quod nihil videtur interesse, utrum aliquis adeundo hereditatem fiat heres, an invitus existat; quod quale sit, suo loco apparbit. Sed nostri praeceptores putant nihil agere necessarium heredem, cum in iure cedat hereditatem». Cfr. GAIO, III, 11-12.

GAIO, III, 85-87. « Item si legitiman hereditatem heres, antequam cernat aut pro herede gerat, alii in iure cedat, pleno iure fit ille heres, cui cessa est hereditas, proinde ac si ipse per legem ad hereditatem vocaretur; quodsi posteaquam heres extiterit, cesserit, adhuc heres manet et ob id creditoribus ipse tenebitur; sed res corporales transferet proinde ac si singulas in iure cesserit, debita vero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt. 86. Idem iuris est, si testamento scriptus heres, postea quam heres extiterit, in iure cesserit hereditatem; ante aditam vero hereditatem cedendo nihil agit. 87. Suus autem et necessarius heres an aliquid agat in iure cedendo quaeritur. nostri praeceptores nihil eos agere existimant; diversae scholae auctores idem eos agere putant, quod ceteri post aditam hereditatem: nihil enim interest, utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat an iuris necessitate hereditati adstringatur». Cfr. ULPIANO, Reg., XIX, 11-15; fr. 4, § 28, Dig. 44, 4.

(967) Vedi fr. 86 pr., Dig. 29, 2. *Papinianus libro sexto responsorum*. Pannonius Avitus cum Cilicia procuraret heres institutus ante vita decesserat, quam heredem se institutum cognosceret. quia honorum possessionem, quam procurator eius petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quae stricto iure non competit, quia intra diem [aditionis] Avitus obisset. divum tamen Pium contra constituisse Maecianus libro quaestionum refert in eo, qui legationis causa Romae erat et filium, qui matris delatam possessionem absens amiserat, sine respectu eius distinctionis restitutionem locum habere. quod et hic humanitatis gratia optinendum est». Cfr. fr. 30, Dig. 29; 2 fr. 18, § 5, Dig. 4, 4, e c. 1, Cod. II, 51. Cfr. FADDA, *Concetti fond.*, II, pagg. 116 e segg.

il diritto di accettare. È la c. d. *transmissio ex capite infantiae* (968).

3° L'imperatore Teodosio andò più oltre. Egli ammise che se alcuno fosse morto, dopo essere stato validamente istituito erede *ex parte*, e dopo la morte del testatore, ma prima dell'apertura del testamento, e cioè dunque prima di aver potuto accettare l'eredità, potesse trasmettere ai propri discendenti quel diritto di accettare che non aveva potuto esercitare personalmente, per essere morto prima dell'apertura del testamento nel quale era stato istituito. Questa è la c. d. *transmissio Theodosiana ex iure sanguinis* (969).

4° Più oltre ancora infine si spinse Giustiniano, stabilendo i seguenti due casi di trasmissione:

1° Se a una persona istituita erede in un testamento, o chiamata all'eredità *ab intestato*, fosse stato fissato lo *spatium deliberandi* (di nove mesi o di un anno), ed essa fosse morta senza aver peranco deliberato, Giustiniano stabilì aver essa trasmesso ai suoi eredi il diritto di accettare (o ripudiare) per lo *spatium deliberandi* residuale.

2° Se una persona istituita erede in un testamento, o chiamata alla successione *ab intestato*, fosse morta prima del trascorso di un anno dal momento in cui essa aveva avuto cognizione della delazione, senza aver peranco accettato o ripudiato, Giustiniano stabilì che essa trasmettesse ai proprii eredi il diritto di accettare la successione limitatamente però allo spazio di tempo residuale dell'anno (970).

(968) Vedi c. 18, §§ 1-3, Cod. VI, 30.

(969) Vedi c. un., Cod. VI, 52. *Ulpianus libro octavo ad Sabinum*. « Cum quidam legationis causa absens filium heredem institutum non potuisset iubere adire in provincia agentem, divus Pius rescripsit consulibus subvenire ei oportere mortuo filio, eo quod rei publicae causa aberat ».

(970) Vedi c. 19, Cod. VI, 30. Si disputava per diritto comune se questa trasmissione fosse da ammettersi anche quando il chiamato fosse morto senza sapere di essere chiamato. I più l'ammettevano; ma ostano le c. 19, e 7, Cod. VI, 30.

A questo punto il principio della intrasmissibilità del diritto di accettare l'eredità era quasi abrogato: le eccezioni avevano ormai sopraffatta la regola (971).

§ 7. Degli effetti che produce l'acquisto dell'eredità.

Noi abbiamo già avuto occasione di accennare ai principali effetti dell'acquisto dell'eredità. Abbiamo visto: 1° che l'erede succede in tutti i rapporti giuridici, attivi o passivi, del *de cuius*, diventando debitore, creditore, proprietario, ecc., in sua vece (972); 2° che, in seguito all'acquisto, si estinguono, per confusione, i crediti che l'erede avesse verso il *de cuius*, e quelli di questi verso l'erede; come pure si estinguono tutti i diritti reali che gravassero fondi del *de cuius* a favore di fondi, o della persona, dell'erede, e viceversa (973); 3° che l'erede succede anche nella buona e mala fede del *de cuius* in riguardo al possesso *ad usucapionem* (974); 4° che è tenuto al soddisfacimento dei debiti ereditari col proprio patrimonio (cioè *ultra vires hereditarias*) (975); 5° che è pure tenuto *quasi ex contractu*, all'adempimento dei legati, fedecommissi e manumissioni dal testatore ordinate nel suo testamento (976).

Questi due ultimi punti richiedono una speciale considerazione in quanto la situazione dell'erede resta, per

(971) Diciamo « ormai » perchè, formalmente, il principio della intrasmissibilità restava ancora in vigore, e anche praticamente la trasmissione trovava un limite nel tempo.

(972) Vedi retro pag. 372 e segg.

(973) Vedi fr. 2, § 18, Dig. 18, 4; fr. 75, Dig. 46, 3; fr. 18, Dig. 8, 1; fr. 116, § 4, Dig. 30.

(974) Vedi § 12, *Inst.*, II, 6; fr. 43, Dig. 41, 3; fr. 2, § 19, Dig. 41, 4; fr. 30, Dig. 4, 6; fr. 14, Dig. 44, 3; c. 3, Cod. VII, 70; c. 11, Cod. VII, 32. Confronta BONFANTE, *Istituzioni*, § 99.

(975) Vedi fr. 8 pr., Dig. 29, 2. *Ulpianus libro septimo ad Sabinum*. « More nostrae civitatis ceque pupillus neque pupilla sine tutoris auctoritate obligari possunt: *hereditas autem quin obliget nos aeri alieno. etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est. de ea autem hereditate loquimur, in qua non succedunt huiusmodi personae quasi necessariae* ». Cfr. fr. 36, Dig. 38, 2.

(976) Vedi § 5, *Inst.*, III, 27 e confronta fr. 4, § 1; fr. 6, Dig. 42 6; c. 22, § 1, Cod. VI, 30; Nov. 1 e 2, §§ 1-2.

essi, singolarmente aggravata. Se infatti il passivo ereditario supera l'attivo, l'effetto, per l'erede, può essere di perdere in seguito all'acquisto della eredità, l'intero suo proprio patrimonio, e di venire, per di più, colpito di infamia come un fallito qualsiasi (977). Se poi i *legata* assorbono tutto l'attivo ereditario l'erede non avrà che le cure e le noie della liquidazione ereditaria.

Ora tutto ciò poteva ben sembrare naturale nelle origini, quando la eredità aveva, secondo l'ipotesi da noi accolta, funzioni essenzialmente politiche; ma sembrò, ed era certo, esorbitante nell'epoca storica, quando l'eredità aveva funzioni essenzialmente patrimoniali. Si escogitarono pertanto degli espedienti rivolti ad eliminare le conseguenze inique dell'antico principio, a tutela dei creditori della eredità di fronte agli eredi, e degli eredi di fronte all'eredità.

§ 8. Della « *separatio bonorum* » (978).

Ai creditori ereditari, che fossero in pericolo di non venir soddisfatti per essere l'erede onerato di debiti, si concesse di chiedere al magistrato che i beni dell'erede venissero tenuti separati da quelli del defunto, affinché essi potessero venir soddisfatti sul patrimonio ereditario a preferenza dei creditori personali dell'erede. La concessione di tale beneficio era però fatta dipendere da varie condizioni, e cioè: 1° che la *separatio* fosse ancora possibile (979); 2° che non fossero trascorsi cinque anni dall'adizione (980); 3° che i beni ereditari non fossero stati, in buona fede, alienati dall'erede (981); 4° che i creditori ereditari non avessero già riconosciuto l'erede come loro debitore (982).

(977) Vedi GAIo, III, 74 e segg.

(978) Dig. 42, 6. Vedi FERRINI, nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. XIII, 1900, pagg. 32 e segg. — FADDA, *Concetti fondamentali*, vol. II, pagg. 372 e segg. — BONFANTE, *La separazione del patrimonio del defunto*, nel *Digesto Italiano*, pagg. 504 e segg. — SOLAZZI, nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. XI, pagg. 248 e segg.

(979) Vedi fr. 1, § 12, Dig. 42, 6.

(980) Vedi fr. 1, § 13, Dig. 42, 6.

(981) Vedi fr. 2, Dig. 42, 6.

(982) Vedi fr. 1, 10, 11, 15, Dig. 42, 6.

Ottenuta la *separatio bonorum*, i creditori ereditari potevano ottenere soddisfazione sul patrimonio ereditario, ad esclusione dei creditori dell'erede. Ma potevano essi, ove il patrimonio ereditario non bastasse, intaccare anche il patrimonio dell'erede? A questa domanda Papiniano rispondeva affermativamente (983). Ma Ulpiano e Paolo decidevano in senso contrario (984); e la loro opinione prevalse.

(983) Vedi fr. 3, Dig. 42, 6. *Papinianus libro vicensimo septimo questionum*. « Debitor fideiussori heres extitit eiusque bona venierunt: quamvis obligatio fideiussionis extincta sit, nihilo minus separatio impetrabitur petente eo, cui fideiussor fuerat obligatus, sive solus sit hereditarius creditor sive plures neque enim ratio iuris, quae causam fideiussionis propter principalem obligationem, quae maior fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat. 1. Quid ergo, si bonis fideiussoris separatis solidum ex hereditate stipulator consequi non possit? utrum portio cum ceteris heredis creditoribus ei quaerenda erit an contentus esse debeat bonis, quae separari maluit? sed cum stipulator iste non adita fideiussoris a reo hereditate bonis fideiussoris venditis in residuum pro misceri debitoris creditoribus potuerit, ratio non patitur eum in proposito summo. 2. Sed in quolibet alio creditore, qui separationem impetravit, probari commodius est, ut, si solidum ex hereditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis heredis ferat, si proprii creditores heredis fuerint dimissi. quod sine dubio admittendum est circa creditores heredis dimissis hereditariis ».

(984) Vedi fr. 1, § 17, Dig. eod. *Ulpianus libro sexagensimo quarto ad edictum*. « Item sciendum est vulgo placere creditores quidem heredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum, creditores vero testatoris ex bonis heredis nihil. cuius rei ratio illa est, quod qui impetravit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si, cum essent bona idonea heredis, illi maluerint bona potius defuncti sibi separari, heredis autem creditoribus hoc imputari non possit, at si creditores defuncti desiderent, ut etiam in bonis heredis substituantur, non sunt audiendi: separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separavit. si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, iustissima scilicet ignorantiae causa allegata ». Fr. 5, Dig. eod. *Paulus libro tertio decimo quaestionum*. « Si creditores hereditarii separationem bonorum impetraverunt et inveniatur non idonea hereditas, heres autem idoneus: non poterunt reverti ad heredem, sed eo, quod semel postulaverunt, stare debent. sed si post impetratam separationem aliquid heres adquisierit, si quidem ex hereditate, admitti debebunt ad id quod

La decisione di Papiniano era fondata su questa considerazione: che dall'aver i creditori ereditari chiesto, ed ottenuto, di escludere i creditori personali dal patrimonio ereditario, non conseguiva punto che essi avessero voluto restare, o fossero, per la concessione del *beneficium separationis*, rimasti esclusi dal diritto di intaccare il patrimonio dell'erede. Ma Ulpiano e Paolo argomentavano che, per il fatto stesso di aver chiesto la separazione, i creditori ereditari avevano dimostrato di non voler l'erede come proprio debitore, e che questa loro volontà doveva essere osservata tanto a loro vantaggio che a loro danno.

§ 9. Del « ius abstinendi ».

Gli *heredes sui et necessarii* acquistavano l'eredità indipendentemente dal volerla acquistare, cioè per forza di legge, *ipso iure* (985). Tanto più odioso dovette quindi sembrare, a loro riguardo, il principio per cui l'erede risponde, di fronte ai creditori ereditari, *ultra vires hereditarias*, onde si comprende come di buon'ora (già sulla fine della repubblica) si introducesse a loro difesa, il così detto *ius abstinendi* (986). In base al *ius abstinendi* l'*heres suus*

adquisitum est illi qui separationem impetraverunt: sed si illis satisfactum fuerit, quod superest tribuetur propriis heredis creditoribus. at si ex alia causa heres adquisierit, non admittentur hereditarii creditores. quod si proprii ad solidum pervenerunt, id quod supererit tribuendum hereditariis quidam putant: mihi autem id non videtur: cum enim separationem petierunt, recesserunt a persona heredis et bona secuti sunt et quasi defuncti bona vendiderunt, quae augmenta non possunt recipere. idemque existimo dicendum, etiamsi circa separationem bonorum decepti minus consecuti sunt quam proprii heredis creditores. proprii autem heredis creditores habent propria eius bona et personam, quae potest donec vivit acquirere ». E cfr. BONFANTE, mon. cit., pag. 504 e *Istituzioni* [4^a ed.], pag. 498, il quale trova che la decisione Ulpiana è la più logica dal punto di vista dell'eredità romana.

(985) Vedi fr. 15, 16, Dig. 29, 2; §§ 1-3, *Inst.*, II, 19.

(986) GAIIO, II, 152-157, § 2, *Inst.*, II, 19; fr. 7, § 1; fr. 12, Dig. 29, 2; fr. 7, 8, Dig. 28, 8; c. 19, Cod. *h. t.* Agli *heredes necessarii* il pretore accordò il *beneficium separationis*, cioè il diritto di non rispondere,

et necessarius, finchè non si fosse immischiato nell'eredità, era considerato erede *soltanto di nome* (987), e non rispondeva, col proprio patrimonio, di fronte ai creditori del defunto (988). Questi potevano però convenirlo avanti al magistrato e costringerlo, mediante *interrogatio in iure*, a dichiarare se volevano o meno acquistare l'eredità: se egli rispondeva negativamente, l'esecuzione, sul patrimonio ereditario aveva luogo *nomine defuncti*.

§ 10. Del « beneficium inventarii ».

Per l'*heres voluntarius* od *extraneus* non vi era tanto bisogno di provvedere, come per il *suus et necessarius*, giacchè egli acquistava l'eredità solo in base ad un atto di accettazione. Questo erede poteva dunque ben ponderare se più gli convenisse accettare, esponendosi a rimetterci di suo, o se invece non fosse meglio per lui di rinunciare ad un eventuale lucro, pur di non esporsi al pericolo di una perdita. Ciò spiega come, per tutta l'epoca classica e postclassica fino a Giustiniano, non si sentisse la necessità di un provvedimento in proposito. Sembrò che l'erede fosse sufficientemente tutelato dalla sua libertà di scelta fra l'accettazione e il ripudio. Ma Giustiniano (989),

di fronte ai creditori ereditari, coi beni che essi fossero per acquistare in seguito. Vedi GAIIO, II, 155. « Pro hoc tamen incommodum illud ei commodum praestatur, ut ea quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur; et quamvis pro portione bona venierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non venient, nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit adquisitum, velut si Latinus adquisierit, locupletior factus sit; cum ceterorum hominum quorum bona venierint pro portione, si quid postea adquirant, etiam saepius eorum bona venire solent ».

(987) Fr. 2, § 8, Dig. 38, 17; fr. 20, § 4, Dig. 29, 2; fr. 12, Dig. 11, 1.

(988) Si apriva quindi la *B. P.* a favore dei sostituiti, coeredi ed eredi *ab intestato*, restando tuttavia in vigore le eventuali sostituzioni volgari o pupillari, le manumissioni, ecc.

(989) Vedi §§ 5-6, *Inst.*, II, 19. « Extraneis autem heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate vel non adeunda. Sed sive is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hereditaris, sive extraneus, cui de adeunda hereditate deliberare licet, adierit, postea

considerando che non era equo porre l'erede nella dolorosa alternativa, o di rinunciare con danno, o di accettare pur con danno, — perchè spesso è difficile determinare, a stima, se una eredità sia attiva o passiva — introdusse il c. d. *beneficium inventarii*. Questo consistette in ciò: che all'erede — il quale, entro un mese dalla notizia avuta della delazione ereditaria, avesse cominciato la compilazione di un inventario della eredità e che, entro due mesi dalla medesima data, l'avesse condotto a termine, coll'assistenza di un notaio, e, ove occorresse, di periti, e che poi l'avesse firmato, dichiarando di aver tutto lealmente inventariato — si accordò di non rispondere, di fronte ai creditori ereditari, che nei limiti del patrimonio ereditario (990).

Il *beneficium inventarii* non mirava che a limitare la responsabilità dell'erede di fronte ai creditori ereditari. Esso non impediva quindi, per tutto il rimanente, gli effetti dell'acquisto dell'eredità. In particolar modo potevano i creditori dell'erede, ove fossero già stati soddisfatti i creditori dell'eredità, intaccare il residuo della medesima (C. 22, § 4, Cod. VI, 30). L'erede che si era valso del *beneficium inventarii*, non era poi obbligato a rispettare le

'relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit annis viginti quinque; nam huius aetatis hominibus sicut in ceteris omnibus causis deceptis, ita et si temere damnosam hereditatem susceperint, praetor succurrit. 6. Sciendum tamen est divum Hadrianum etiam maiori viginti quinque annis veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, emersisset'. Sed hoc divus quidem Hadrianus speciali beneficio cuidam praestitit: divus autem Gordianus postea in militibus tantummodo hoc extendit; sed nostra benevolentia commune omnibus subiectis imperio nostro hoc praestavit beneficium est constitutionem tam aequissimam quam nobilem scripsit, cuius tenorem si observaverint homines, licet eis adire hereditatem et in tantum teneri, in quantum valere bona hereditatis contingit: ut ex hac causa neque deliberationis auxilium eis fiat necessarium, nisi ommissa observatione nostrae constitutionis et deliberandum existimaverint et sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint»; c. 22, Cod. VI, 30; Nov. 1, c. 2.

(990) Questa limitazione di responsabilità era già stata ammessa nell'epoca classica a favore dei soldati. § 5, *Inst.*, II, 19 e c. 22 pr. e § 15, Cod. VI, 30.

ragioni di priorità dei singoli creditori ereditari. Egli doveva soddisfarli, di mano in mano che si presentavano, col patrimonio ereditario inventariato.

L'erede volontario che avesse chiesto uno *spatium deliberandi* non poteva più ottenere il *beneficium inventarii*. Ma non occorre, per contro, che, all'atto dell'accettazione, egli si fosse riservato il *beneficium*, giacchè di questo poteva sempre valersi, uniformandosi alle disposizioni sopra esposte.

§ 11. Effetti dell'acquisto dell'eredità con pluralità di eredi.

Abbiamo visto quali erano gli effetti dell'acquisto dell'eredità, supponendo l'esistenza di un solo erede. Vediamo ora come si atteggiava il rapporto quando l'eredità veniva acquistata da più eredi. Il titolo, in base al quale più eredi acquistavano l'eredità, era sempre uno (o testamento o legge) e produceva quindi, per ciascuno di essi, i medesimi effetti: li rendeva cioè egualmente eredi, facendo sorgere fra di loro una *communio pro indiviso* nella quale, come in ogni altra, *concurso partes fiebant*.

Solo in riguardo ai debiti e crediti ereditari, una disposizione positiva delle XII tavole aveva arrecato un'eccezione al principio per cui ogni coerede avrebbe dovuto essere considerato debitore e creditore *in solidum* di tutti i debiti e crediti ereditari (vedi *retro* pag. 12 nota 14). Le XII tavole avevano infatti stabilito che i debiti e i crediti dell'erede si dividessero *ipso iure* fra i coeredi, restando ogni coerede obbligato solo *per la sua quota* (per quanto però illimitatamente con tutto il suo patrimonio).

Come qualsiasi altra comunione anche la comunione ereditaria era, per sua natura, risolubile per volontà di un solo comunista. L'azione che serviva ad ottenere la divisione chiamavasi *actio familiae erciscundae*, ed era un'azione che permetteva al giudice, oltre al condannare anche l'aggiudicare (cfr. oltre pagg. 626 e seg.), di modo che ad ogni coerede poteva venir attribuita *in esclusivo dominio* una parte dei beni ereditari corrispondente al valore della sua quota ideale.

La pluralità di eredi dava poi luogo all'applicazione di altri due istituti, cioè all'*accrescimento* e alla *collazione*.

§ 12. *Trasmissione, sostituzione e accrescimento.*

Se uno fra più eredi chiamati alla successione, per testamento o *ab intestato*, veniva a mancare prima di aver acquistato l'eredità (se, per esempio, egli premoriva al testatore che l'aveva istituito, o se veniva meno la condizione sotto la quale era stato istituito, o se diventava incapace, o se moriva prima di avere accettato), che cosa avveniva della sua quota? La risposta è la seguente: se costui si trovava in uno dei casi — precedentemente esaminati — di *trasmissione*, la sua quota veniva offerta al trasmissario. Se non si trovava in uno di questi casi, o se il trasmissario ripudiava, la sua quota andava, se vi era, al *sostituito*. Se poi non vi era sostituito (o se questi non acquistava e non trasmetteva) aveva luogo accrescimento a favore degli altri coeredi.

§ 13. *Della collazione* (991).

Di questo istituto abbiamo già visto una prima applicazione trattando della *bonorum possessio ab intestato unde liberi*: il figlio emancipato che domandava la *bonorum possessio unde liberi* in concorso con altri figli *sui heredes*, l'ottenne solo a condizione di conferire tutto ciò che avesse acquistato dopo l'emancipazione, in quanto tutto ciò sarebbe andato ad aumentare il patrimonio del padre se l'emancipazione stessa non avesse avuto luogo, come ad aumento di tale patrimonio erano andati gli acquisti fatti, prima della sua morte, dagli altri figli non emancipati (992).

Un caso analogo di collazione ordinò il pretore a carico della *filia* che fosse rimasta nella potestà del padre, pur essendo passata a nozze. Questa acquistava dei diritti sulla

(991) Dig. 37, 6, 7; Cod. VI, 20. LEIST, *Continuazione al Commentario alla Pandette del GLÜCK*, vol. 37-38, III.

(992) Vedi *Collatio*, XVI, 7, 2 e fr. 1; Dig. 37, 6; fr. 3, 9, 23, Dig. eod. ULPIANO, *Regul.*, XXVIII, 4.

dote che il padre stesso (o altri) avessero costituito a suo favore, e li acquistava in persona propria. Ora il pretore ordinò che, ove essa chiedesse la *bonorum possessio unde liberi* insieme a propri fratelli o sorelle non dotate, dovesse conferire la dote, perchè altrimenti si sarebbe trovata in una posizione di privilegio. Questo suo obbligo venne poi esteso, da Antonino Pio, anche all'eredità civile (993).

La *collatio emancipati* andò perdendo di importanza pratica con progressione parallela allo svolgimento dei *peculia* e dei *bona adventicia*, e alla fine sparì del tutto in seguito alla grande riforma giustiniana della successione *ab intestato*.

La *collatio dotis*, invece, si conservò, e diede lo spunto alla più generale *collatio descendantium* (994) la quale venne ordinata nel più recente diritto imperiale, e accolta, con alcune modificazioni, nella legislazione giustiniana.

La *collatio descendantium* è dovuta non solo ai *sui heredes*, ma anche agli *emancipati* che succedano ad un comune ascendente, sia in base alla legge che ad un testamento (Nov. 18). Oggetto di essa sono la dote, la *donazione propter nuptias*, e le *donationes ad emendam militiam* (995). Le *donationes simplices*, o comuni, non vanno, per regola, conferite; ma chi chiede al proprio coerede la *collatio* della

(993) Vedi fr. 1 pr., Dig. 37, 6 e c. 4, Cod. VI, 20.

(994) Generalmente si insegna che la *collatio descendantium* ha fondamento del tutto diverso da quello della *collatio emancipati*. Ciò è, per lo meno, esagerato. Tanto colla *collatio emancipati* che colla *collatio dotis* si tendeva ad evitare la disegualianza nella successione di certi eredi; e questo è pure il fondamento della *collatio descendantium*. L'*emancipatio* si risolveva in sostanza in una *donatio* di tutto ciò che l'emancipato avrebbe acquistato in seguito, e i giuristi classici avrebbero potuto giustificare l'obbligo della collazione dei beni dell'emancipato presso a poco collo stesso concetto di presunta anticipazione di quota ereditaria col quale si giustificò in seguito l'obbligo della *collatio* fra discendenti. Le molte differenze che intercedono fra la *collatio emancipati* e la *collatio descendantium* non dipendono dunque da una diversa natura che abbiano i due istituti, ma dall'essere stata la prima introdotta per un caso specifico, mentre la seconda ha un carattere più generale.

(995) Vedi c. 17, Cod. eod. e c. 19, 20, Cod. eod. Novella, 18, c. 6.

dote, o di una *donatio propter nuptias*, deve, alla sua volta, conferire qualsiasi donazione (anche semplice) che abbia ricevuto dall'ascendente al quale succede.

La *collatio* si operava, in origine, mediante *cautiones*. Per diritto giustiniano doveva, per regola, essere prestata in natura.

§ 14. Delle azioni a difesa del diritto ereditario (996).

Anche qui si avevano due azioni diverse a seconda che si trattasse di *hereditas* o di *bonorum possessio*. A difesa della *hereditas* si aveva la *hereditatis petitio* (997); a difesa della *bonorum possessio* l'*interdictum quorum bonorum* e, da ultimo, la *possessoria hereditatis petitio* (998).

La *petitio hereditatis* spettava all'erede contro chiunque tenesse l'eredità, o singole cose ereditarie, *pro herede*, o *pro possessore* (999). L'attore doveva provare di essere stato chiamato all'eredità, *testamento* o *lege*, e di averla acquistata.

Se il convenuto possedeva le cose ereditarie, non *pro herede* e neppure *pro possessore* ma *titulo singulari*, negando

(996) Vedi fr. 9, Dig. h. t. LENEL, *Das Ed. Perpetuum*; e fr. 1, 11, 12, Dig. 37, 6; c. 17, Cod. h. t.

(997) Vedi Dig. 5, 3, Cod. III, 31. LEINWEBER, *Die hereditatis petitio*, 1899.

(998) Vedi fr. 1 e 2, Dig. 5, 5. *Ulpianus libro quinto decimo ad edictum*. « Ordinarium fuit post civiles actiones heredibus propositas rationem habere praetorem etiam eorum quos ipse velut heredes facit, hoc est eorum quibus bonorum possessio data est ».

Gaius libro sexto ad edictum provinciale. « per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest ».

(999) Vedi GAIO, IV, 144. « Pro herede autem possidere videtur tam is qui heres est, quam is qui putat se heredem esse; pro possessore is possidet qui sine causa aliquam rem hereditariam vel etiam totam hereditatem sciens ad se non pertinere possidet ». Cfr. fr. 11 pr., e § 1, Dig. h. t. *Ulpianus libro quinto decimo ad edictum*. « Pro herede possidet, qui putat se heredem esse. sed an et is, qui scit se heredem non esse, pro herede possideat, quaeritur: et Arrianus libro secundo de interdictis putat teneri, quo iure nos uti Proculus scribit. sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere. 1. Pro possessore vero possidet praedo »; e fr. 12, 13 pr. e § 1.

la loro appartenenza all'eredità, l'erede non poteva intentare contro di lui la *hereditatis petitio* ma bisognava promuovesse la *rei vindicatio* (1000).

La *hereditatis petitio* venne accordata anche contro colui *qui dolo dessiit possidere* e *qui liti se obtulit*, e ciò per la sua analogia colla *rei vindicatio* (1001).

Ciò che distingueva la *hereditatis petitio* dalla *rei vindicatio* si era che quella era un'azione per ottenere il riconoscimento della qualità di erede, e l'*hereditas* considerata come un tutto: da ciò, fra altro, la regola: *res succedit in locum pretii pretium in locum rei* (1002).

Dopo il *S. C. Juventianum* (1003), emanato sotto Adriano nel 129 d. Cr., la *hereditatis petitio* tendeva a risultati

(1000) Per contro il convenuto dal preteso erede con un'*actio singularis* poteva esigere mediante la *exceptio ne praeiudicium hereditati fiat*, che egli intentasse la *petitio hereditatis*. Vedi GAIO, IV, 133.

(1001) Sull'epoca di questa estensione regna incertezza. Contro il possessore che negava, mentendo, di possedere spettava, nell'epoca classica, l'*interdictum quam hereditatem* col quale l'attore otteneva senz'altro, la restituzione del possesso. (ULPIANO, *Inst.*, IV; fr. 80, Dig. 6, 1; *Vat. Fragm.*, 92).

(1002) Veggasi in proposito SCHERER, *Erklärung des Satzes: res succedit in locum pretii, pretium in locum rei*, Göttingen, 1890.

(1003) Vedi fr. 20, § 6, Dig. h. t. *Ulpianus libro quinto decimo ad edictum*. « Praeter haec multa repperimus tractata et de petitione hereditatis, de distractis rebus hereditariis, de dolo praeterito et de fructibus. de quibus cum forma senatusconsulto sit data, optimum est ipsius senatusconsulti interpretationem facere verbis eius relatis. Pridie idus Martias Quintus Iulius Balhus et Publius Iuventius Celsus Titius Aufidius Oenus Severianus consules verba fecerunt de his, quae imperator Caesar Traiani Parthici filius divi Nervae nepos Hadrianus Augustus imperator maximusque princeps proposuit quinto nonas Martias quae proximae fuerunt libello complexus esset, quid fieri placeat, de qua re ita censuerunt. Cum, antequam partes caducae ex bonis Rustici fisco peterentur, hi, qui se heredes esse existimant, hereditatem distraxerint, placere redactae ex pretio rerum venditarum pecuniae usuras non esse exigendas idemque in similibus causis servandum. Item placere, a quibus heredita petita fuisset, si adversus eos iudicatum esset, pretia, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum pervenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent deminutaeve fuissent, restituere debere. Item eos qui bona invasisent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam

diversi a seconda che il convenuto fosse in buona o mala fede. Il convenuto in *buona fede* era tenuto solo per l'arricchimento, *tempore litis contestatae*. Il convenuto in *mala fede* era tenuto per ogni danno arrecato. Dopo la *contestatio litis* anche il possessore di buona fede era considerato come in mala fede; il possessore di mala fede rispondeva anche per il caso fortuito.

Il possessore dell'eredità era poi trattato diversamente, a seconda che fosse in *buona* o in *mala fede*, anche in riguardo alle spese da lui fatte (1004). Bisogna però, anche a questo proposito, distinguere due periodi storici: nel diritto classico il possessore dell'eredità, se era in *mala fede*, non aveva diritti di sorta; se era in *buona fede* poteva trattenere le spese necessarie e utili *nella minor somma risultante fra lo speso e il migliorato*: fr. 38, Dig. 5, 3.

Nel diritto giustiniano non si faceva più distinzione, e si accordava la ritenzione per le spese necessarie e utili, e il *ius tollendi* per le voluttuarie, tanto al possessore di buona fede che a quello di mala fede (1005).

§ 15. Del ripudio dell'eredità.

Per non acquistare la qualità di erede non occorreva, per regola, alcun atto positivo: bastava il non compiere atto di acquisto. Ma alla regola facevasi eccezione nel caso di *heredes sui*, e anche in caso di *heredes extranei*, quando fosse stato chiesto lo *spatium deliberandi*, giacchè, dopo la innovazione giustiniana (vedi retro, pag. 527) occorreva

‘ fecerint, quo minus possiderent, perinde condemmandos, quasi possiderent: eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent. Petitam autem fisco hereditatem ex eo tempore existimandum esse, quo primum scierit quisque eam a se peti, id est cum primum aut denuntiatum esset ei aut litteris vel edicto evocatus esset. censuerunt’. aptanda est igitur nobis singulis verbis senatus consulti congruens interpretatio ».

(1004) Analoga distinzione facevasi naturalmente in riguardo ai danni dati dal possessore alle cose ereditarie, ai frutti, e alle alienazioni.

(1005) Cfr. retro vol. II, pagg. 429 e segg.

che l'erede dichiarasse espressamente, entro lo *spatium deliberandi* accordatogli, di non volere acquistare l'eredità, senza di che lo si considerava accettante. Tuttavia l'erede poteva sempre dichiarare di non volere accettare, e questa sua dichiarazione, purchè fosse stata fatta seriamente, ed essendo egli capace (1006), aveva per effetto di escluderlo definitivamente dalla successione (1007). Come conseguenza poi di questa sua esclusione, l'eredità veniva, ove il ripudiante non fosse che il primo chiamato, deferita ad altri, e cioè: o agli eventuali sostituiti, o agli eredi intestati, o, quando già il primo chiamato fosse tale *ab intestato*, ai successivi gradi e ordini in conformità ai principii sopra esposti e infine al fisco (1008). Che se il ripudiante era stato chiamato insieme ad altri accettanti, il suo ripudio dava luogo ad accrescimento secondo le norme già esposte.

(1006) Vedi fr. 18, Dig. 29, 2.

(1007) Vedi tuttavia GAIO, II, 168-169 sopra trascritto.

(1008) Vedi fr. 1, § 1, Dig. 49, 14 e *passim* e Cod. X, 1.

LEGATI E FEDECOMMESSI ⁽¹⁰⁰⁹⁾

CAPITOLO I.

Storia dei legati.

Sommario: § 1. Concetto del legato. — § 2. Origini dei legati. — § 3. Dei vari tipi di legato. — § 4. Fusione dei vari tipi di legato. — § 5. Il «*legatum partitionis*».

§ 1. Concetto del legato.

Nelle fonti romane il legato trovasi definito come *donatio testamento relicta* (1010), e, in base a questa definizione, si suole generalmente insegnare che il legato è una disposizione di ultima volontà colla quale una persona, direttamente, o pel tramite del suo erede, conferisce ad altra persona, un beneficio economico a spese della propria eredità. Contro questa definizione si è però fatto valere che non corrisponde esattamente alle fonti romane, le quali riconoscono l'esistenza di legati anche in casi nei quali

(1009) Dig. 30-36; *Inst.*, II, 20-24; Cod. VI, 37-54. Veggasi ARNDTS, nel *Commentario alle Pandette del Glück*, vol. XXX-XXXII. — SAL-KOWSKI, *ibid.* parte 2^a. — FERRINI, *Teoria generale dei legati e fedecommissi*, Milano, 1889. — FADDA, *Concetti fondamentali*, I, pagg. 43 e segg.

(1010) Vedi fr. 116, Dig. 30. *Florentinus*. «*Legatum est delibatio hereditatis qua testator ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*»; e fr. 36, Dig. 31. *Modestinus*. «*Legatum est donatio testamento relicta*»; e pr. *Inst.* II, 20, ove è ripetuta questa definizione, salvo che alla parola *testamento* sono sostituite le parole *a defuncto* per armonizzare la definizione colla riforma giustiniana che, parificando i legati ai fedecommissi, ammette si possano erigere anche fuori del testamento.

non può propriamente parlarsi di donazione, per non esservi vantaggio patrimoniale del legatario, o per non esservi, quanto meno, un tale vantaggio a spese della eredità. Il *legatum* dovrebbe quindi, più esattamente, venir definito come una forma astratta di attribuzione di diritti a causa di morte, e solo tale definizione sarebbe in piena armonia colle disposizioni delle XII tavole: *uti legassit suae rei... ita ius esto* (1011).

(1011) Questa tesi è stata vigorosamente sostenuta dal HARTMANN, *Ueber Begriff und Natur der Vermächtnisse in römischen Recht (Akademische Antrittsschrift, Braunschweig, 1872)*. Veggasi contra FERRINI, *Legati e fedecommissi*, pagg. 50 e segg. i cui argomenti non mi sembrano peraltro persuasivi. L'essere il legato paragonato e assimilato alla donazione si spiega perfettamente colla semplice considerazione che esso funziona normalmente come donazione. Ma ciò non vuol punto dire che esso sia una specie di donazione o liberalità e cioè, in altri termini, una causa sostanziale di attribuzione di diritti. Neppure riesce il Ferrini a conciliare naturalmente colla sua tesi la validità del *legatum* consistente nell'obbligo fatto all'erede di vendere una cosa al suo giusto prezzo, o nell'obbligo fattogli di dare a mutuo a interesse normale; fr. 49, § 89, Dig. 30; fr. 66 *ibid.*, fr. 65, Dig. 35, 2 (mancanza di interesse); nè colla possibilità di gravare il legatario per tutto l'ammontare del suo legato, ecc. Cfr. FADDA, *op. cit.*, I, pagg. 53 e segg. Uno speciale interesse, dal punto di vista del problema fondamentale qui accennato, presentano i testi riguardanti il *legatum debiti*. Da questi risulta infatti che, almeno secondo l'opinione di Marcello (vedi fr. 28, § 1, Dig. 30 e cfr. fr. 29, Dig. eod. e fr. 1, § 10, Dig. 35, 2, ai quali non contrasta il fr. 3, § 5, Dig. 34, 3, poichè l'interesse di cui in esso si parla non aumenta in alcun modo l'oggetto del legato), il *legatum* era valido anche ove nulla attribuisse al legatario che a questi già altrimenti non spettasse. Si confronti tuttavia il fr. 82, Dig. 31, nel quale trovansi riferite altre due opinioni, a tenor delle quali: 1° il *legatum debiti* sarebbe per principio nullo, e solo valido in quanto contenesse un vantaggio o *emolumentum* pel creditore, e *solo per questo*; 2° esso sarebbe valido per il tutto, quando però contenesse un *emolumentum* per il creditore. Veggasi poi, per diritto giustiniano, il § 14, *Inst.* II, 20, che accentua la teoria della nullità, senza tener conto che, per diritto giustiniano, sorgendo da ogni legato una ipoteca generale sui beni dell'erede, il *legatum debiti* presentava sempre un *emolumentum* per il legatario creditore. Analoghe osservazioni valgono per il *legatum dolis* sul quale veggasi il fr. 29, Dig. 23, 3. E cfr. FADDA, *Concetti fondamentali*, I, pagg. 91, e segg.

§ 2. Origine dei legati (1012).

Per tutta l'epoca storica noi troviamo accanto alla *hereditas* il *legatum*. Ma fu sempre così? O non deve piuttosto ammettersi che in origine si avesse solo l'uno o l'altro di questi due istituti? E, dato che ciò sia, quale sarà stato l'istituto originario, e quale il sopraggiunto?

Da quanto abbiamo detto sopra risulta che, a nostro avviso, l'istituto originario è la *hereditas*; i legati vennero riconosciuti solo in seguito. Ma come e quando? In riguardo a questi problemi nulla può veramente dirsi con certezza, per la grande oscurità delle origini solo debolmente schiarita in qualche punto da documenti attendibili. Ma tuttavia a noi sembra probabile che i *legata* venissero riconosciuti solo in epoca relativamente recente, e più precisamente in base alla disposizione delle XII tavole: *uti legassit suae rei ita ius esto* (1013). Questa disposizione viene dai più riferita tanto alle istituzioni che ai legati, ma molto acutamente il Fadda, combattendo questa e altre interpretazioni, ha sostenuto che, per le origini, essa si attaglia bene ai soli legati, e che venne probabilmente introdotta per dare loro riconoscimento nel *testamentum per aes et libram* (1014).

(1012) Veggasi HÖLDER, *Beiträge zur Geschichte des römischen Erbrechtes*, Erlangen, 1881. — FERRINI, *Origine dei legati* (nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, I, 1888 e opera sopra citata). — BONFANTE, *Origine dell'hereditas e dei legata* (nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, IV, 1891; e specialmente FADDA, *L'origine dei legati* (negli *Studii per l'VIII centenario dell'Università di Bologna*, 1888). — CARUSI, *Note alla Dottrina dei legati* (estratto dal periodico *Studii e Documenti di Storia e Diritto*, XVII, 1896).

(1013) La disposizione trovasi, in questa forma, riferita da GAIIO, II, 224; cfr. *Inst.*, II, 22, e da POMPONIO, nel fr. 120, Dig. 50, 16. Nelle *Nov.* 22, 2 pr., si ha: *uti legassit quisque de sua re ita ius esto*. — CICERONE, *De inventione*, II, 50; *Rh. ad Herrenium*, I, 13: *uta legassit super familia pecuniaque ita ius esto*. — ULPIANO, 11, 14. *Uti legassit [super pecunia tutelave] suae rei ita ius esto*. Le parole, di questo ultimo testo, fra parentesi quadre, sono forse un glossema; la formulazione di Gaio è, secondo ogni verosimiglianza, quella originaria.

(1014) Vedi FADDA, op. cit., II, pagg. 201 e segg. Che, del resto, nell'epoca classica a detta disposizione si attribuisce una più ampia por-

Come si sia, ad ogni modo, in proposito, certo è che, già secondo il diritto delle XII tavole, i *legata* non potevano venir eretti che in un valido testamento, e presupponevano quindi l'istituzione di un erede che di essi fosse gravato (direttamente o indirettamente). La erezione loro doveva quindi avvenire dopo la nomina dell'erede, e, al pari di questa, con parole imperative, certe, e solenni. Siccome poi non vi poteva essere successione intestata finchè vi fosse un valido testamento, così ne conseguiva anche che non vi potesse essere un vero e proprio legato, a carico dell'erede *ab intestato*.

§ 3. Dei vari tipi di legato.

Nel diritto classico si avevano quattro tipi di *legatum*, che si differenziavano profondamente per la forma, per l'oggetto e per gli effetti. Questi erano: il *legatum per vindicationem*, il *legatum per damnationem*, il *legatum sinendi modo* e il *legatum per praeceptionem*.

I. — Il *legatum per vindicationem* non poteva, in origine, venire eretto che colle parole: *do*, o *lego*, o *do-lego*, onde vien anche detto *legatum do-lego*. Il testatore non poteva, in tal forma, legare che le cose sue proprie, *ex iure Quiritium*, al momento in cui erigeva il legato e in quello successivo in cui veniva a morte (*utroque tempore*). Il legatario diventava proprietario della cosa che gli fosse stata in tal modo legata, al momento in cui l'erede adiva l'eredità, e, da questo momento, la poteva quindi rivendicare, sia dall'erede che da qualsiasi altro terzo (1015).

tata è fuori di ogni dubbio. Veggasi fr. 120, Dig. 50, 17. *Pomponius libro quinto ad Quintum Mucium*. Verbis legis duodecim tabularum his 'uti legassit suae rei, ita ius esto' latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelae quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium », e fr. 130, Dig. eod. — GAIIO II, 224, Nov. 22, c. 2, e cfr. CARUSI, op. cit., pagg. 21 e segg.

(1015) Sulla forma del legato *per vindicationem* vedi GAIIO, II, 193 e ULPIANO, 24, 2; sulla necessità dell'essere la cosa legata in proprietà

II. — Il *legatum per damnationem* non poteva, in origine, venire eretto che colle parole: *heres meus dare damnas esto*. Il testatore poteva, in tal modo, legare tanto le cose sue proprie, che quelle dell'erede o di un terzo; poteva inoltre lasciare somme di danaro ed anche prestazioni personali dell'erede; in particolar modo poteva lasciare una quota dell'eredità (c. d. *legatum partitionis* sul quale vedi più avanti pag. 554). Da questa seconda forma di legato non sorgeva che un'obbligazione dell'erede verso il legatario, obbligazione di stretto diritto, che doveva essere spontaneamente eseguita dal testatore senza di che egli si esponeva alla pena del *duplum: lis infitiando crescit in duplum*. Viceversa l'erede che adempiva spontaneamente un tale legato che non fosse da lui dovuto, non poteva più ripeterlo (1016).

III. — Il *legatum sinendi modo* non poteva, in origine, venire eretto che colla formula: *heres damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere, sibi que habere*. Con questa forma il testatore poteva disporre delle cose che fossero comunque sue (*ex iure Quiritium* cioè *o in bonis*) al momento della sua morte. Dal *legatum sinendi modo* sorgeva una obbligazione che, almeno in origine, aveva un contenuto semplicemente negativo: l'erede era obbligato a permettere che il legatario si prendesse la cosa che gli era stata legata (1017).

IV. — Il *legatum per praeceptionem* veniva eretto colla formula: *praecipito* e, per tal motivo, i Sabiniani sostenevano che esso non poteva venir eretto che a favore di uno fra

del legante *utroque tempore*: GAIIO, II, 196; sui legati *per vindicationem* di servitù: fr. 9, Dig. 8, 1; fr. 19, § 1, Dig. 8, 6; fr. 7, Dig. 33, 3; di usufrutto: PAOLO, III, 6, 17.

(1016) Sulla forma del *legatum per damnationem* vedi GAIIO, II, 201. — ULPIANO, XXIV, 4 e 9. — PAOLO, R. S., III, 6, §§ 2-8. — *Vaticana Fragmenta*, 85, 87, 88.

(1017) Sulla forma del *legatum sinendi modo* vedi GAIIO, II, 209 cfr. *Epitome Gaii*, II, 5, 6; quanto all'oggetto: GAIIO, II, 212; fr. 1, Dig. 32; fr. 2, Dig. 33, 1; fr. 14, Dig. 33, 2; fr. 15 eod. e fr. 18 eod.: PAOLO, R. S., III, 6, 11; circa gli effetti: GAIIO, II, 214.

più coeredi. I Proculiani invece lo consideravano valido, come legato *per vindicationem*, anche quando fosse stato fatto a favore di un estraneo. Tanto i Proculiani quanto i Sabiniani ammettevano che esso potesse venir fatto valere coll'*actio familiae herciscundae*, ove fosse stato eretto a favore di un coerede (1018).

Gli storici del diritto romano si sono molto affaticati per stabilire la successione cronologica dei quattro tipi di legato testè esaminati. Nulla può dirsi di certo in proposito, ma è ragionevole ipotesi che il tipo più antico sia stato quello *per vindicationem*, e che poi seguissero quello *sinendi modo* e *per damnationem*, e da ultimo quello *per praeceptionem* (1019).

§ 4. Fusione dei vari tipi di legato (1020).

La molteplicità di forme nelle quali potevansi erigere i legati, e la diversità di presupposti e di effetti ad esse attribuiti, diede luogo a inconvenienti tosto che il senso delle forme giuridiche si venne attenuando, e quando i testatori non poterono più contare sul consiglio competente e disinteressato dei giuristi. Così se, ad esempio, un testatore avesse lasciato, *per vindicationem*, una cosa dell'erede, credendola erroneamente sua propria, o non comprendendo l'inidoneità, al caso, delle parole *do lego*, il legato era nullo, sebbene fondato sopra una volontà seria e perfetta.

(1018) Sulla forma del *legatum per praeceptionem*: GAIIO, II, 217, ove riferisce la relativa controversia di scuole. Confrontisi ULPIANO, XXIV, 11, e GAIIO, II, 220.

(1019) Vedi specialmente HÖLDER, *Beiträge*. — FERRINI, opera citata, pagg. 12-13; e FADDA, *Sull'origine dei legati*, pag. 160, il quale dissente dal Hölder e dal Ferrini in quanto ammette che i due tipi *per vindicationem* e *per damnationem* abbiano preceduto gli altri due.

(1020) Vedi ASCOLI, *Sul senatoconsulto Neroniano* (nell'Archivio giuridico, vol. 40, 1888); e SEGRÈ *Note esegetiche* (negli *Studi in onore di Vittorio Scialoja*, I, pagg. 211 e segg.), ove pone i criterii in base ai quali determinare se i testi interpolati dai giustinianeî si riferissero, nella loro forma genuina, e legati *per damnationem* o *per vindicationem* o a fedecommissi.

Per ovviare a tali inconvenienti si ricorse da prima ad un espediente cautelare, e poi ad un rimedio legislativo. L'espediente consistette nel cumulare le formule dei vari tipi di legato, o nel confermare, alla fine del testamento, tutti i legati in esso compresi con una formula generale di *damnatio*. In tal modo si otteneva che il legato non fosse mai nullo per errore di forma (1021). Ma il pericolo di nullità non era così del tutto evitato poichè, ove il testatore non fosse stato assistito da un giureconsulto nella redazione del suo testamento, poteva dimenticare di cumulare le formule, o cumulare formule errate.

A completare la difesa dei legati provvide pertanto il senatoconsulto Neroniano stabilendo che si dovesse considerare sempre come fatto *optimo iure*, ogni legato che fosse stato fatto in una forma non corrispondente al suo oggetto (1022): come se, ad esempio, fosse stata lasciata colle parole *do lego* una cosa appartenente all'erede, o ad un terzo. In base a questo senatoconsulto il legatario poteva

(1021) Vedi fr. 28, § 2, Dig. 34. 3. *Scaevola libro sexto decimo digestorum*. « Titius Seio debitori suo ita legavit: 'do lego Seio denarios decem: item dono illi, quidquid 'sortis et usurarum nomine mihi debebat'. praeterea generaliter damnavit heredes eorum commisit, uti darent restituerent unicuique, quidquid ei legasset. postea Seius aliam praeterea pecuniam a Titio mutuatus est. quaero, an haec quoque pecunia, quae post testamentum factum data esset Seio, legata intellegitur, respondit, cum in praeteritum tempus verba collata proponerentur, non esse posterius credendum legatum ». Fr. 12, § 43, Dig. 33, 7. *Ulpianus libro vicensimo ad Sabinum*: « ...filiis maribus domum meam instructam, *do lego darique iubeo* ».

(1022) Vedi GAIO, II, 197. « Sed sane hoc ita est iure civili. Postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit quae eius numquam fuerit, *proinde utile et legatum, atque si optimo iure relictum esset; optimum autem ius est per damnationem legati quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit* ». — ULPIANO, XXIV, 11: « Si ea res, quae non fuit utroque tempore testatoris ex iure Quiritium, per vindicationem legata sit, licet iure civili non valeat legatum, tamen senatusconsulto Neroniano firmatur, quo cautum est, ut quod minus aptis, verbis legatum est, perinde sit, *ac si optimo iure legatum esset: optimum autem ius legati per damnationem est* ». Cfr. *Vaticana Fragmenta*, 85.

sempre far valere come *legatum per damnationem* ogni legato che non potesse valere come *legatum per vindicationem*. Ma si domanda: poteva il legatario, dopo il senatoconsulto Neroniano, far valere, come *per damnationem*, un legato che gli fosse stato lasciato validamente per *vindicationem*? Gli autori sono discordi. Certo ove il testatore avesse cumulato le formule *do lego*, e *dare damnas esto*, non sarebbe stato facile negare al legatario il diritto di richiamarsi all'una piuttosto che all'altra; e non sembra corretto obiettare che, avendo il legatario acquistata la proprietà in base alla formula *do lego*, non avrebbe più potuto considerare l'erede come suo debitore della medesima. Ma, in caso di *legatum* fatto validamente *per vindicationem*, non essendovi bisogno di sanatoria, può ben dubitarsi che fosse applicabile il *S. C. Neronianum*, per quanto Ulpiano e Gaio ce ne riferiscano il testo in termini conciliabili con un'amplissima sua applicazione, e per quanto siano forti gli argomenti che si possono addurre per l'affermativa (1023).

(1023) L'Ascoli, e il Ferrini, negano che il legatario potesse, in tale ipotesi, agire contro l'erede coll'*actio ex testamento, ex senatusconsulto Neroniano*, ampiamente polemizzando contro l'Arndts, che vigorosamente sostiene la tesi opposta. Noi propendiamo per quest'ultima opinione sia perchè, sembraci, che il giudizio sulla validità o meno del *legatum*, come *legatum per vindicationem*, dovesse esser rilasciato al legatario (in quanto sarebbe stato esorbitante esigere da questi che prima sperimentasse inutilmente la *rei vindicatio*, per concedergli di ricorrere poi all'*actio ex testamento*, o di imporgli quanto meno come condizione, per l'esperimento di quest'ultima azione, la prova del non essere stata la cosa a lui legata dal testatore *utroque tempore*), e sia perchè sembraci inammissibile che l'erede convenuto coll'*actio ex testamento* potesse rifiutarsi di eseguire il legato... dimostrando che il medesimo era valido *per vindicationem*. Non crediamo poi che la definizione generale di GAIO, IV, 4, possa venir tratta a simile conseguenza. Tutti i testi adottati contro la tesi qui accolta possono, del resto, essere interpretati a suo sostegno, o almeno in armonia con essa; veggansi: *Vaticana Fragmenta*, 85.— GAIO, II, 194; fr. 30, Dig. 30. Decisivi, a nostro favore, ci sembrano inoltre: fr. 84, § 13, Dig. 30; fr. 85, dig. eod.; fr. 76, § 8, Dig. 31.

§ 5. Il « *legatum partitionis* » (1024).

Una speciale considerazione merita la figura del *legatum partitionis*, o *partitio legata*, che si aveva quando il testatore lasciava in legato, a persona non istituita erede, una parte dell'eredità, per esempio in questi termini: *heres meus cum Titio hereditatem meam dividito* (1025). Il legatario parziario (*legatarius partiarius*) non diventava erede per la parte che gli era stata assegnata, ma semplicemente creditore dell'erede. L'erede tuttavia non poteva trasferirgli direttamente la parte di eredità a lui dovuta, essendo la qualità di erede intrasmissibile; occorreva quindi far ricorso a mezzi indiretti per ottenere, approssimativamente, quel risultato al quale era rivolta la volontà del testatore. Secondo l'opinione dei Sabiniani (1026) bastava che l'erede trasferisse al legatario l'*aestimatio* della quota che il testatore gli aveva assegnato colla *partitio*; ma poteva anche trasferire, nei modi di legge, le cose e i valori della eredità, *pro parte*, interponendo speciali stipulazioni per la ripartizione degli attivi e passivi: *stipulationes partis et pro parte*. Colla *stipulatio partis* l'erede si obbligava a cedere al legatario i crediti eventualmente esatti dopo la parziale trasmissione delle cose ereditarie, nella proporzione indi-

(1024) Vedi FERRINI, op. cit.

(1025) Vedi fr. 23 [22], § 5, Dig. 36, 1; fr. 39, Dig. 28, 6.

(1026) Vedi fr. 26, § 2, Dig. 30. *Pomponius libro quinto ad Sabinum*. « Cum bonorum parte legata dubium sit, utrum rerum partes an aestimatio debeat, Sabinus quidem et Cassius aestimationem, Proculus et Nerva rerum partes esse legatas existimaverunt. sed oportet heredi succurri, ut ipse eligat, sive rerum partes sive aestimationem dare maluerit. in his tamen rebus partem dare heres conceditur, quae sine damno dividi possunt; sin autem vel naturaliter indivisae sint vel sine damno divisio earum fieri non potest, aestimatio ab herede omnimodo praestanda est ». — ULPIANO, XXIV, 25. « Sicut singulae res legari possunt, ita universarum quoque summa legari potest, ut puta hoc modo: *heres meus cum Titio hereditatem meam partito dividito*: quo casu dimidia pars bonorum legata videtur: potest autem et alia pars, velut tertia vel quarta, legari: quae species partitio appellatur ». Cfr. GAIO, II, 254 e ULPIANO, XXV, 15.

cata dalla *partitio*; colla *stipulatio pro parte* il legatario si obbligava a tenere, nella stessa proporzione, indenne l'erede pei debiti ereditari pagati in seguito. Così, mediante un complesso di atti distinti, si otteneva approssimativamente quel risultato cui era rivolta l'intenzione del testatore, e che non aveva potuto essere esattamente raggiunto per non essere la qualità di erede cedibile, nè attribuibile che mediante *institutio*.

CAPITOLO II.

Dei fedecommissi e loro fusione coi legati.

Sommario: § 1. Origini del fedecommisso. — § 2. Forma del fedecommisso. — § 3. Delle diversità intercedenti fra legato e fedecommisso. — § 4. Avvicinamento e fusione del legato col fedecommisso.

§ 1. *Origini del fedecommisso.*

Le origini del fedecommisso risalgono alla prima fase del *testamentum per aes et libram*. Abbiamo infatti visto che il cittadino che non poteva far testamento *calatis comitiis* o in *procinctu*, ricorreva, per disporre del proprio patrimonio *post mortem*, all'espedito di *mancipare* ad un amico la propria *familia* incaricandolo di disporre poi di essa in un determinato modo. La persona cui veniva così mancipata la *familia* non diventava erede, ma era *heredis loco*, colle funzioni di un esecutore testamentario, e divideva i beni fra le persone indicate dal *familiae venditor*. Essa non poteva però, in alcun modo, venire a ciò costretta: era una *persona di fiducia*, e le disposizioni a lei commesse si dicevano *fideicommissa* (1027).

(1027) § 1, *Inst.*, II, 23. « Sciendum itaque est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo mortuus cogebatur praestare id de quo rogatus erat; quibus enim non poterant hereditates vel legata relinquere, si relinquebant, fidei committebant eorum, qui capere ex testamento poterant: et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia iustum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam iurisdictionem, tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis ius diceret, quem fideicommissarium appellabant ».

Più tardi, quando per opera della giurisprudenza la *mancipatio familiae* divenne un vero e proprio testamento (vedi retro pag. 423), l'uso dei fedecommissi andò certo perdendo terreno. Ma, in seguito, riacquistò ancora grande importanza per altre funzioni che gli vennero attribuite, suggerite dalle nuove condizioni sociali. Divenuti infatti frequentissimi i rapporti coi peregrini, e i matrimoni *iuris gentium*, avveniva spesso che un cittadino romano desiderasse lasciare le proprie sostanze a dei peregrini. E poichè ciò non era possibile, essendo i peregrini privi della *c. d. testamenti factio passiva*, si ricorse all'uopo al fedecommisso. Istituito erede un cittadino, gli si affidava l'incarico di restituire tutti i beni, o parte di essi, al peregrino che si voleva beneficiare. Era questo un espediente per eludere un principio di legge che, in taluni casi almeno, doveva sembrare eccessivamente rigoroso; e perciò esso incontrò favore ed entrò così profondamente nei costumi che alla fine dovette intervenire il legislatore.

Pomponio ci narra che Augusto ordinò che i magistrati intervenissero, in certi casi, ad assicurare, coi mezzi del loro *imperium*, la esecuzione dei fedecommissi. E tale pratica venne presto generalizzata e si palesò tanto benefica che, non bastando più l'opera dei magistrati comuni al disbrigo delle questioni relative, l'imperatore Claudio creò due *praetores fideicommissarii*, ridotti poi in seguito a uno solo da Tito (1028).

Il fedecommisso, che, nelle sue origini, era tutelato soltanto dalla buona fede e dal costume, diventò così, sul principio dell'impero, un vero e proprio istituto giuridico parallelo al legato.

§ 2. *Forma del fedecommisso.*

Primo compito della giurisprudenza fu allora di precisare la forma richiesta per la validità dei fedecommissi.

(1028) Vedi fr. 2, § 32, Dig. 1, 2, SVETONIO, *Claudio*, 23.

Oramai che l'istituto era divenuto giuridico bisognava dargli una forma che servisse a precisarne la sfera di applicazione. I giuristi non pretesero mai che il fedecommissio venisse eretto con parole certe e solenni, ma intesero tuttavia determinare quali espressioni fossero proprie per erigere un fedecommissio giuridicamente valido, al doppio intento di dare una guida sicura ai magistrati ed un indirizzo cautelare ai fedecommittenti. Essi vollero, in altri termini, fissare un limite, oltre il quale dovesse negarsi anche l'esistenza del fedecommissio, sceverando le vere disposizioni fedecommissarie bisognose di giuridica coazione, da quelle che contenevano un semplice voto o desiderio rivolto e rimesso, alla coscienza del fiduciario. In sostanza poteva ben darsi (anche dopo che il fedecommissio era stato riconosciuto come istituto giuridico) che un testatore volesse rimettersi esclusivamente alla volontà o all'arbitrio dell'erede fiduciario; se, in simili casi, il legislatore avesse costretto il fiduciario ad eseguire, sarebbe andato oltre la volontà del testatore, e contro quelle stesse finalità che aveva volute raggiungere riconoscendo l'efficacia giuridica dei fedecommissi. Dunque, risalendo dalle parole del testatore alla sua volontà, bisognava trovare un criterio di distinzione fra i casi in cui il testatore aveva voluto, e quelli in cui non aveva voluto, obbligare il fiduciario all'esecuzione del fedecommissio. Da questo punto di vista vanno pertanto interpretati i testi che discutono la validità delle varie formule di fedecommissi, concordemente ammettendone alcune (come *peto, volo, rogo, mando*) (1029) ed altre discutendone (come *relinquo, commendo, ecc.*), fermo restando sempre che il fedecommissio poteva ordinarsi in

(1029) Vedi GAIO, II, 248. « Verba autem [utilia] fideicommissorum haec recte maxime in usu esse videntur: *peto, volo, rogo fideicommitto*: quae proinde singula sunt atque si omnia in unum congesta sint ». § 2, *Inst.*, II, 23. — GAI, *Epitome*, 2, 7 pr. Cfr. PAOLO, IV, 1, 6. « Fideipromittere his verbis possumus: rogo, peto, volo, mando, deprecor, cupio iniungo, desidero quoque et impero verba utile faciunt fideicommissum. relinquo vero et commendo nulla fideicommissi pariunt actionem ». Cfr. ULPIANO, *R.* XXV, 2; fr. 11; § 4, Dig. 32; fr. 69 pr., Dig. 31; fr. 115, 118 eod.; fr. 29, Dig. 36, 1, fr. 77, Dig. 31.

qualsiasi lingua, fuori del testamento, e fin anco per gesti (*nutu*) (1030).

§ 3. Delle diversità intercedenti fra legato e fedecommissio.

Per tutta l'epoca classica il legato (nelle sue varie forme) ed il fedecommissio esistono l'uno accanto all'altro. E' necessario quindi rilevare quali fossero le principali diversità fra di essi intercedenti.

1. — Anzitutto il fedecommissio si poteva erigere senza formalità di sorta con parole qualsiasi, a voce e perfino *nutu*, cioè con un solo gesto, bastando insomma, per la sua validità, che risultasse la seria volontà del fedecommittente; per erigere un legato bisognava invece servirsi di parole solenni e imperative (*verbis imperativis*) (1031).

2. — In secondo luogo il fedecommissio poteva venir eretto, anche fuori del testamento, in uno scritto qualsiasi (che prendeva il nome di codicillo) il quale poteva essere confermato o meno nel testamento: mentre il *legatum* non poteva essere eretto che nel testamento stesso, dopo la nomina dell'erede, o in un codicillo confermato nel testamento (1032).

(1030) Sul *fideicommissum nutu* veggasi ULPIANO, XXV, 3. « Etiam nutu relinquere fideicommissum [in] usu receptum est ». — PAOLO, IV, 6 a; fr. 21 pr., Dig. 32. *Paulus libro quarto sententiarum*. « Nutu etiam relinquitur fideicommissum, dummodo is nutu reliquant, qui et loqui potest, nisi superveniens morbus ei impedimento sit ». La restrizione contenuta in questo passo è probabilmente dovuta a interpolazione. Ciò risulta dal confronto con ULPIANO, *Regul.*, XXV, 3 e colla c. 22, Cod. VI, 42. Vedi GRADENWITZ, *Interpolationem*, pag. 205. — FERRINI, *Legati e fedecommissi*, pag. 38.

(1031) Vedi ULPIANO, XXIV, 1. « Legatum est quod legis modo, id est imperative, testamento relinquitur. Nam ea quae praecativo modo relinquantur, fidei commissa vocantur. Cfr. ULPIANO, XXV. « Fideicommissum est, quod non civilibus verbis sed praecative relinquitur, nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis ». — GAIO, II, 249 sopra trascritto e PAOLO, IV, 1, 5.

(1032) I codicilli (*Inst.*, II, Dig. 29, 7) erano o testamentari o *ab intestato*. Erano testamentari quelli che erano stati confermati in un

3. — In terzo luogo il fedecommissario poteva essere imposto tanto ad un erede testamentario quanto ad un erede *ab intestato* e infine a chiunque avesse ricevuto qualcheda dall'eredità; il legato invece, per la sua stessa natura, non poteva venir imposto che all'erede testamentario, essendo una specie di *delibatio hereditatis* (1033).

4. — In quarto luogo il fedecommissario poteva, in origine, venir ordinato anche a favore di persone prive di *testamenti factio passiva*; e anzi noi abbiamo ammesso che questa fosse la precipua sua funzione al principio dell'impero, mentre solo in seguito intervenne la legislazione a dichiarare nulli tali fedecommissi; i legati invece non potevano essere fatti che a favore di persone munite di *testamenti factio passiva* (1034).

testamento sia anticipatamente (per essersi il testatore riserbato di fare in seguito aggiunte al suo testamento in codicilli), sia posticipatamente per avere il testatore riconosciute e confermate nel suo testamento certe disposizioni prese antecedentemente in singoli codicilli. I codicilli confermati erano considerati come parte del testamento e, dopo qualche esitazione, si ammise che, in essi, potessero venir validamente eretti i legati. Vedi GAIO, II, 270 a; *Testamento di Dasumio*, linea 125; *Testamento di C. Longino Castore*, linee 9, 10, 15. *Ab intestato* erano i codicilli coi quali si prendevano disposizioni di ultima volontà indipendentemente da testamento. Con questi si solevano ordinare i fedecommissi. Tanto i codicilli testamentari che quelli *ab intestato* non erano in origine vincolati a forma di sorta. Ma Costantino richiese che quelli *ab intestato* venissero fatti avanti a 5 o 7 testimoni. Questa esigenza venne estesa da Teodosio (c. 1, 7, § 2, Cod. Theod. IV, 4), e poi da Giustiniano, a tutti i codicilli. Giustiniano tuttavia ridusse di nuovo a 5 il numero dei testimoni che era salito a 7 dopo la riforma testamentaria di Teodosio (c. 8, § 3, Cod. VI. 36). Sulla *clausola codicillare* vedi oltre, e fr. 29, § 1, Dig. 28, 1; fr. 3, Dig. 29, 1; *Testamento di C. Longino Castore*, linee 43-16.

(1033) Vedi GAIO, II, 271. « Item a legatario legari non potest; sed fideicommissum relinqui potest ».

(1034) ULPIANO, XXV, 4. « Fideicommissum relinquere possunt qui testamentum facere possunt, licet non fecerint nam et intestatus quis moriturus fideicommissum relinquere potest ». E vedi GAIO, II, 285-287. « Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere; et fere haec fuit origo fideicommissorum. Sed postea id prohibitum est; et nunc ex oratione divi Hadriani senatusconsultum factum est, ut fideicommissa

5. — In fine dal fedecommissario non sorgeva, per il fedecommissario, una vera e propria obbligazione da farsi valere mediante azione, ma se ne poteva solo chiedere l'adempimento in via amministrativa: *per extraordinariam cognitionem*; dal legato invece sorgeva o una *rei vindicatio* o un'*actio legati stricti iuris* (1035).

§ 4. Avvicinamento e fusione del legato col fedecommissario.

Erano dunque il legato e il fedecommissario due istituti ben distinti; ma nel corso dell'epoca classica, e postclassica, andarono sempre più avvicinandosi, e, alla fine, vennero insieme fusi in un solo istituto.

L'avvicinamento fu, per così dire, reciproco. Da una parte il legato andò perdendo della sua solennità; dall'altro il fedecommissario venne assumendo forma più precisa. Noi abbiamo già visto che il *senatusconsultum Neronianum* aveva reso innocuo ogni errore di forma relativamente all'oggetto del legato: una costituzione di Costantino del 339 (c. 21, Cod. VI, 37) stabilì che si potessero istituire legati con parole qualsiasi. Viceversa, mentre per il passato il fedecommissario poteva venir eretto senza forme di sorta, una costituzione di Teodosio richiese anche per esso la presenza di 5 o 7 testimoni.

Anche in riguardo alle persone onorate l'avvicinamento cominciò di buon'ora, in quanto, già in base ad una *oratio Divi Hadriani*, vennero proibiti i fedecommissi a favore

fisco vindicarentur. 286. Caelibes quoque qui per legem Iuliam hereditates legatae capere prohibentur, olim fideicommissa videbantur capere posse. 286 a. Item orbi qui per legera Papiam [ob id quod liberos non habebant] dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse. Sed postea senatusconsulto Pegasiano proinde fideicommissa quoque ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt; eaque translata sunt ad eos qui in eo testamento liberos habent, aut si nullus liberos habebit, ad populum, sicut iuris est in legatis et in hereditatibus, quae eadem aut simili ex causa caduca fiunt ». Cfr. ULPIANO, XVII, 1, 25 e fr. 1, §§ 1-5, Dig. 32.

(1035) Vedi PAOLO, IV, 1, 18. « Ius omne fideicommissi non in vindicatione sed in petitione consistit ».

dei peregrini; in base al *S. C. Pegasianum* vennero del pari proibiti i fedecommissi a favore degli *orbi et coelibes*; e in base ad un *S. C.*, pure di Adriano, quelli a favore delle *incertae personae* e dei *postumi alieni* (1036). In tal modo la cerchia delle persone che potevano venir onorate con un legato o con un fedecommissi, veniva ad unificarsi, e poichè gli effetti erano, nei due casi, diversi, così era naturale che cominciasse anche qui a manifestarsi una qualche incertezza di diritto, alla quale si cercò ovviare cumulando le formule imperative, proprie per l'erezione di un legato, con quelle precative proprie del fedecommissi, attribuendo all'onorato la facoltà di far valere la disposizione a suo favore, o come legato, o come fedecommissi, secondo che gli sembrasse più conveniente (1037).

Con tutto ciò non si era ancora pervenuti ad una fusione dei due istituti: i legati dovevano sempre essere eretti dopo l'istituzione ad erede, e non potevano gravare che l'erede testamentario, mentre ciò non era pei fedecommissi; e inoltre quando chiara fosse la volontà di erigere un legato, e se ne fossero stati attuati gli estremi, si avevano gli effetti suoi proprii e non quelli del fedecommissi, e così pure viceversa.

Ma Giustiniano, con una sua famosa costituzione del 529 (1038) volle abolire ogni diversità fra i varii tipi di

(1036) Vedi GAIO, II, 285-287. — ULPIANO, *Reg.* XXV, 7.

(1037) Formule cumulative: fr. 95 pr., Dig. 32; fr. 36, Dig. 35, 1.

(1038) Vedi c. 1, Cod. VI, 43. *Imp. Iustinianus A. Demostheni pp.* « Cum ii qui legatis vel fideicommissis honorati sunt personalem plerumque actionem habere noxuntur, quis vel vindicationis vel sinendi modo aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittet, quam posteritus optimis rationibus usa nec facile suscepit nec inestricabiles circuitus laudavit? quis in rem missionis scrupulosus utatur ambagibus? 1. Rectius igitur esse censemus in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis, quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed etiam in rem, quatenus eis liceat easdem res, vel per quodcumque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae, vindicare in rem actione instituenda, et insuper utilem Servianam (id est hypothecariam) super his quae fuerint derelicta in res mortui praestare. 2. Cum enim hoc iam iure nostro increbuit licere testatori hypothecam rerum

legato, e fra il legato e il fedecommissi, e cioè, come egli stesso si esprime, *imporre uqual natura ai due istituti*, di modo che, a partire dalla sua riforma, da ogni legato o fedecommissi dovessero sorgere: 1° un'*actio in personam*; 2° un'*actio in rem* (ove l'oggetto del legato o fedecommissi lo consentisse), e, in più ancora, 3° l'*actio hypothecaria in rem mortui* a garanzia dell'esecuzione del legato o fedecommissi. Volle insomma Giustiniano che si cumulassero i vantaggi del legato con quelli del fedecommissi e viceversa. Mentre, secondo il diritto classico, dal fedecommissi non poteva sorgere che un'obbligazione dell'onorato, dopo la riforma giustiniana esso era ormai produttivo di azione personale, petitoria e ipotecaria. E viceversa mentre nel

suarum in testamento quibus voluerit dare, et iterum novellae constitutiones in multis casibus et tacitas hypothecas induxerunt, non ab re est etiam nos in praesenti casu hypothecariam donare, quae et nullo verbo praecedente possit ab ipsa lege induci. 3. Si enim testator ideo legata vel fideicommissa dereliquit, ut omnimodo personae ab eo honoratae ea percipiant, apparet ex eius voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituendas, ut omnibus modis voluntati eius satisfiat, et praecipue cum talia sint legata vel fideicommissa, quae piis actibus sunt deputata. 4. Et haec disponimus, non tantum si ab herede fuerit legatum derelictum vel fideicommissum, sed et si a legatario vel fideicommissario vel alia persona, quam gravare fideicommissi possumus, fideicommissum cuidam relinquatur. Cum enim non aliter valeat, nisi aliquid lucri offerat ei a quo derelictum est, nihil est grave etiam adversus eum non tantum personalem, sed etiam in rem et hypothecariam extendere actionem, in rebus quas a testatore consecutus est. 5. In omnibus autem huiusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit, et hypothecam esse non ipsius heredis vel alterius personae quae gravata est fideicommissi rerum, sed tantummodo earum, quae a testatore ad eum pervenerint ». *D. XV. k. Oct. Chalcedone Decio v. c. cons.* [531]. E c. 2, § 2, Cod. VI, 43. *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.* « Sit igitur secundum quod diximus ex omni parte verborum non inefficax voluntas secundum verba legantis vel fideicommittentis et omnia, quae naturaliter insunt legatis, ea et fideicommissis inhaerere intellegantur et e contrario, quidquid fideicommittitur, hoc intellegatur esse legatum, et si quid tale est, quod non habet natura legatorum, hoc ei ex fideicommissis accomodetur, et sit omnibus perfectus eventus, ex omnibus nascentur in rem actiones, ex omnibus hypothecariae, ex omnibus personales ».

diritto classico il *legatum per damnationem* non dava luogo che ad una obbligazione di stretto diritto, ogni legato doveva ora essere considerato alla stregua di quei principii di buona fede ed equità che prima erano dominanti solo in materia fedecommissaria.

Questa era indubbiamente la tendenza della riforma giustiniana. Ma non è facile decidere fino a qual punto essa venisse effettivamente realizzata. Così è dubbio se in conseguenza di essa sparisse il c. d. *legatum partitionis* del diritto classico (1039). E se a noi non fosse noto che la *litis crescentia* era già caduta in disuso prima della riforma giustiniana, potrebbe dubitarsi se essa non fosse stata estesa anche ai fedecommissi, almeno per il breve periodo intercedente fra la pubblicazione della costituzione innovatoria e la pubblicazione del codice (531-534). Ma quanto alla natura dell'azione personale che ormai sorgeva da ogni legato o fedecommissario gli è fuor di dubbio che doveva essere giudicata secondo i principii del fedecommissario, e non secondo quelli più rigorosi del classico *legatum per damnationem*, giacchè l'imperatore ci avverte espressamente che, in caso di conflitto fra i principii proprii ai due istituti, si doveva sempre dare la prevalenza a quelli « più umani » del fedecommissario.

(1039) Sostiene essere la c. d. *partitio legata* scomparsa dal diritto giustiniano il FERRINI, op. cit., con argomenti che ci sembrano persuasivi. Non possiamo però ammettere con lui che neppure con un atto di espressa volontà del testatore fosse, per diritto giustiniano, possibile, farla rivivere.

CAPITOLO III.

Dei soggetti del legato (1040).

Sommario: § 1. Delle persone che figurano nel legato. — § 2. Il prelegato.

§ 1. Delle persone che figurano nel legato.

In ogni legato figurano necessariamente tre persone: a) colui che erige il legato, che generalmente vien detto testatore, ma che, più precisamente, dovrebbe, per diritto giustiniano, venir chiamato *legante* o *disponente* in quanto non è più necessario che vi sia testamento; b) colui a cui il legato viene imposto, che è generalmente, ma non necessariamente, l'erede testamentario o legittimo, e che più genericamente vien detto *onerato*; c) colui a cui favore il legato viene eretto, che è generalmente indicato come legatario o, più genericamente, come *onorato*.

I. — Occorre che chi erige il legato abbia la c. d. *testamenti factio activa* nel momento in cui il legato viene eretto. Se in questo momento la *testamenti factio* gli fa difetto il legato è nullo, nè può convalidarsi in seguito per il sopravvenire della medesima (1041).

(1040) Per diritto giustiniano legato e fedecommissario sono termini equivalenti. Manca nella lingua latina e italiana un termine tecnico generico ad indicare l'istituto risultante dalla fusione dei *legata* coi *fideicommissa*. I tedeschi usano la parola *Vermächtniss*.

(1041) Vedi fr. 2, Dig. 30. *Ulpianus libro primo fideicommissarum*. « Sciendum est eos demum fideicommissum posse relinquere, qui testamenti ius habent » Cfr. fr. 114, Dig. 30). Fr. 6, § 3, Dig. 29, 7. *Marcianus libro septimo institutionum*. « Codicillos is demum facere potest, qui et testamentum facere potest ». Cfr. fr. 8, § 2, Dig. eod. Occorre poi che il disponente avesse tale capacità nel momento in cui erigeva il legato e, se tale capacità gli faceva difetto in tal momento, il legato era, per diritto classico, nullo nè poteva convalidarsi per il sopravvenire

II. — Occorre che colui che viene gravato del legato abbia ricevuto qualche cosa, direttamente o indirettamente, a titolo di liberalità, del legante. Pei veri e proprii legati del diritto classico occorreva che l'onerato fosse stato istituito erede mentre ciò non si richiedeva pei fedecommissi. Fusi insieme legato e fedecommissi, si ammise che potessero essere onerati gli eredi (sia testamentari che legittimi, sia civili che pretori), il fisco, i legatari (in quanto il legato a loro profitto eretto contenesse una liberalità), i donatari *mortis causa*, e in generale chiunque avesse dal legante ricevuto qualche cosa *condicionis implendae causa*, come pure gli eredi delle persone così beneficate (1042).

L'onerato non poteva peraltro essere tale che in quanto fosse stato *onorato*: e si teneva conto soltanto del valore patrimoniale a lui attribuito (1043). Occorreva poi inoltre che

della medesima. Pei fedecommissi invece si ammetteva che la disposizione si convalidasse se il fedecommittente, dopo aver acquistata la capacità, perseverasse nella volontà dimostrata: *si modo ea voluntate duravit*: vedi fr. 1, §§ 1 e 5, Dig. 32. Per diritto giustiniano, fuso il legato col fedecommissi, si domanda se debba considerarsi valido il principio che valeva, nell'epoca classica, pei legati, e quello che valeva pei fedecommissi. Si ritiene generalmente che la decisione contenuta nel fr. 1, §§ 1 a 5 abbia a valere, per diritto giustiniano, pei soli fedecommissi orali pei quali non si richiedeva forma di sorta. I fedecommissi scritti invece dovrebbero essere trattati alla stregua dei *legata* dell'epoca classica. Cfr. KOEPPEN, *Lehrbuch*, pag. 699. — FERRINI, op. cit., pag. 55.

(1042) Vedi fr. 1, § 6, Dig. 32. *Ulpianus libro primo fideicommissorum*. « Sciendum est autem eorum fideicommissi quem posse ad quos aliquid perventurum est morte eius, *vel dum eis datur vel dum eis non adimitur* ». Anche le cosiddette *mortis causa capiones* possono quindi essere gravate di legati. Sul *fideicommissum a debitore relictum* vedi fr. 67, Dig. 30 e fr. 108, Dig. eod. Cfr. FERRINI, *Legati*, pagg. 84 e segg. — HELLWIG, *Die Verträge auf Leistung an Dritte*, pagg. 1-23.

(1043) Vedi fr., 114, § 3, Dig. 30. *Marcianus libro octavo institutionum*. « Apud Marcellum libro duodecimo digestorum talis quaestio agitur. quidam ab eo cui fundum legaverat fideicommissarant, ut eum fundum post mortem suam restitueret Sempronio: eiusdem legatarii fideicommissarant, ut Titio daret centum: quaeritur quid iuris sit. et ait Marcellus, si Titio testator centum ex fructibus, quos vivus legatarius perceperit, reliquerit et legatarius post tantum temporis decessisset,

tale valore gli fosse stato attribuito *ex iudicio testatoris*, e non già solo in causa o in occasione della sua morte (1044).

In caso di più onerati dello stesso legato valevano per diritto giustiniano (1045) le seguenti regole:

1° se *onerati* erano tutti gli eredi, l'onere era da loro sostenuto *pro portionibus hereditariis*;

2° se onerati erano alcuni eredi indicati, fra molti, *nominatamente*, l'onere era da essi sostenuto per capi: *viriles partes debent* (1046);

ut ex fructibus centum fierent, Titium centum accepturum: si post acceptum legatum confestim decessisset legatarius, Titii fideicommissum extingui, quia *placet non plus posse rogari quem restituere quam quantum ei relictum est* ». Vedi anche fr. 78, Dig. eod.; fr. 96, § 2; Dig. 30; fr. 3, § 1, Dig. 32 e cfr. PAOLO, IV, 1, 1. « Ab uxore, cui vir dotem praelegavit, fideicommissum relinqui non potest, quia non ex lucrativa causa testamento aliquid capit, sed proprium recipere videtur »; e fr. 94, § 3, Dig. 30. *Iulianus libro trigesimo nono digestorum*. « Qui testamento manumittitur et neque hereditatem capit, fideicommissum praestare cogendus non est, ac ne is quidem, qui servum legatum rogatus fuerit manumittere: is enim demum pecuniam ex causa fideicommissi praestare cogendus est, qui aliquid eiusdem generis vel similis ex testamento consequitur ». Vedi c. 31, Cod. VI, 42.

(1044) Vedi fr. 6, § 1, Dig. 32. *Paulus libro primo fideicommissorum*. « Sic autem fideicommissum dari non poterit: ' si Stichus Seii factus iussu eius hereditatem adierit, rogo det ', quoniam qui fortuito, non iudicio testatoris consequitur hereditatem vel legatum, non debet onerari, nec recipiendum est, ut, cui nihil dederis, eum rogando obliges ». Cfr. c. 31, Cod. VI, 42.

(1045) Per diritto classico occorreva distinguere a seconda che il *legatum* fosse *per damnationem* o *per vindicationem*. Se era *per vindicationem* esso gravava gli eredi in proporzione delle loro quote ereditarie (cfr. tuttavia PAOLO, *R. S.* III, 6, 3 e fr. 81, § 4, Dig. 30). Se era *per damnationem* bisognava distinguere: se vi erano più eredi e il *legatum* era stato loro imposto genericamente (e. g.: i miei eredi siano obbligati a dare a Tizio, ecc.) essi erano tenuti a prestarlo *pro partibus hereditariis*: fr. 33, Dig. 31, 7; se invece il *legatum* era stato loro imposto nominatamente (e. g.: Tizio, Caio e Sempronio siano obbligati a dare, ecc.) si riteneva generalmente che fossero tenuti a prestarlo *per viriles partes*. (Vedi tuttavia fr. 124, Dig. 30; fr. 54, § 3 eod.; fr. 17, Dig. 45, 2). Se poi il *legatum* era stato imposto ad alcuni solo fra più coeredi, questi erano tenuti per *partes viriles*: fr. 67, § 1, Dig. 30 e fr. 54, § 3, Dig. eod.

(1046) Vedi fr. 8, § 1, Dig. 30 e fr. 25, Dig. 32.

3° se gli onerati non erano eredi, restavano pure gravati per parti virili (controverso);

4° se gli onerati lo erano alternativamente erano tenuti *in solidum*.

III. — Occorreva infine che colui, a cui favore il legato era stato eretto, avesse la *testamenti factio passiva: legari autem illis solis potest cum quibus testamenti factio est* (§ 24, *Inst.*, II, 20). Questa regola valeva, in origine, pei soli legati ma, come abbiamo visto, venne, nel corso dell'epoca classica, estesa anche ai fedecommissi (1047).

Dalla *testamenti factio passiva* veniva, anche in tema di legati, tenuta distinta l'*incapacitas* in senso tecnico, la quale non era di ostacolo alla valida erezione del legato, ma solo all'acquisto del medesimo da parte del legatario, ove mancasse nel momento in cui tale acquisto doveva verificarsi.

§ 2. Il prelegato (1048).

Anche gli eredi potevano venir onorati con legati. Questa combinazione dava luogo, per diritto romano, ad una dottrina piuttosto complicata: la dottrina del prelegato.

Cominciamo coll'osservare che di prelegato può parlarsi in due sensi: in senso proprio e in senso improprio. Se un testatore ha nominato due eredi ed ha gravato uno di questi di un legato a favore dell'altro, si è di fronte ad un prelegato in senso improprio: il legatario, sebbene sia anche erede, viene qui trattato come un qualsiasi altro legatario estraneo, *essendo precisata la persona dell'onerato*. La vera e propria figura del prelegato romano si ha quando *tutti gli eredi* vengono gravati di un legato a favore di uno solo fra di essi.

(1047) Vedi § 4, *Inst.*, II, 19. In generale valgono qui pei legati le medesime norme come per le istituzioni. Per maggiori dettagli veggasi FERRINI, *Legati*, pagg. 140 e segg. Sul *fideicommissum familiae relictum* vedi fr. 32, § 6, Dig. 31; c. 22, Cod. VI, 37. Sui legati a favore delle corporazioni vedi fr. 20, Dig. 34, 5 e fr. 38, § 6, Dig. 32.

(1048) BONFANTE, nel *Bullett. dell'Istituto di diritto romano*, vol. VII, 1894. — FERRINI, *Teoria generale*, ecc., pag. 184 e segg. e nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, vol. VIII, e *Pandette*, pagg. 818 e segg.

Qui vengono in considerazione varie ipotesi:

1° Se l'erede prelegatario ripudia l'eredità, egli semplifica la situazione trasformando il prelegato in semplice legato: egli potrà pertanto esigere l'intero legato dagli altri eredi che abbiano accettato l'eredità (1049).

2° Se l'erede prelegatario accetta l'eredità allora, in base alla regola «*heredi a semetipso inutiliter legatur*» (1050), perde la quota del legato gravante sulla sua quota ereditaria. Si noti però che se, *come legatario*, egli non può esigere; *come erede* non deve più prestare, e così quindi conserva *iure hereditario* ciò che non può più esigere *iure legati* (1051).

3° Il caso si complica se il prelegatario abbia dei collegatari. Questa ipotesi si scinde in due sotto-ipotesi che conviene trattare separatamente.

a) Se i collegatari del prelegatario sono degli estranei, quando egli adisce l'eredità, acquistano per accrescimento la quota di legato, per cui il legato è per lui nullo per

(1049) Vedi fr. 17, § 2; 18; 87; 91, § 2, Dig. 30; c. 12, Cod. VI, 37; fr. 18, § 2, Dig. 34, 9. Lo stesso è a dirsi in caso di *heres suus* che abbia fatto uso del *ius abstinendi*, nel caso di *integrum restitutio* contro l'adizione, e nel caso di *ereptio* da parte del fisco: fr. 21, § 5, Dig. 4, 2; fr. 85, Dig. 29, 2; fr. 12, Dig. 34, 9; fr. 18, § 2, Dig. 34, 9.

(1050) Vedi fr. 116, § 1, Dig. 30. *Florentinus libro undecimo institutionum*. «*Heredi a semet ipso legatum dari non potest, a coherede potest. itaque si fundus legatus sit ei qui ex parte dimidia heres institutus est et duobus extraneis, ad heredem cui legatus est sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus non amplius tertia parte: extranei autem et ab ipso herede cui legatum est semissem et ab alio herede trientem vindicabunt*». Fr. 34, § 11, Dig. eod. *Ulpianus libro vicensimo primo ad edictum*. «*Si duobus sit legata, quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur, ideoque quod ei a se legatum est ad collegatarium pertinebit*»; e fr. 18, Dig. eod. *Iulianus libro trigensimo primo digestorum*: «*et quidem totum legatum petere potest quamvis a semet ipso inutiliter ei legatum fuisset*».

(1051) Vedi tuttavia i seguenti testi: fr. 34, § 12, Dig. 30; fr. 1, § 6, Dig. 43, 3; fr. 40, 32; fr. 18, § 3, Dig. 36, 1; fr. 74, 86, 91, Dig. 35, 2. — FERRINI, *Legati*, pagg. 221 e segg., e *Pandette*, pag. 822.

non poter essere a lui dovuto da se stesso. Supponiamo che il testatore abbia nominati eredi A, B, C, gravandoli di un legato di 900 a favore di A e di D (estraneo). Se A adisce egli potrà pretendere 150 da B e 150 da C, mentre i 150, che egli avrebbe dovuto esigere da se stesso, si accresceranno alla quota di D, il quale potrà quindi pretendere 150 da B, 150 da C, e 300 da A, in quanto A è doppiamente gravato di fronte a D (e cioè: e per la quota che gli avrebbe dovuto come estraneo, e per quella che egli avrebbe dovuto a se stesso, e che si accresce a D al momento della sua adizione). Così in conclusione D viene ad acquistare 600, ed A 300. Se invece A avesse ripudiato l'eredità avrebbe potuto chiedere 225 da B e 225 da C al pari di D.

b) Se poi vi sono due eredi, precollegatari del medesimo oggetto, i rapporti si svolgono come segue:

1° se l'uno di essi ripudia l'eredità e l'altro l'accetta, quello acquista il diritto a tutto il legato, mentre questi acquista l'intera eredità;

2° se tutti e due accettano l'eredità bisogna vedere in quali proporzioni sono chiamati alla medesima. Suppongasì che A sia istituito per $\frac{1}{12}$ e B per $\frac{11}{12}$, e che entrambi sieno prelegatari del fondo Corneliano. Essendo che il prelegato grava su ciascuno degli eredi *pro portionibus hereditariis*, mentre è dovuto a ciascuno di essi in parti eguali, ne consegue che dell' $\frac{1}{12}$ gravante l'erede A, $\frac{1}{24}$ spetta a B, e degli $\frac{11}{12}$ gravante l'erede B, $\frac{11}{24}$ spettano ad A. Peraltro avendo A adito l'eredità l' $\frac{1}{24}$ che egli dovrebbe esigere *a semetipso* si accresce alla quota di B che potrà quindi esigere da A $\frac{1}{12}$. Per contro avendo B adito gli $\frac{11}{24}$ che egli dovrebbe esigere *a semetipso* si accrescono ad A, il quale, sommando questi $\frac{11}{24}$ che egli dovrebbe per diritto di accrescimento cogli $\frac{11}{24}$ che ha già diritto di esigere come collegatario, finisce per avere $\frac{11}{12}$ (1052).

(1052) Vedi fr. 34, § 12. Dig. 30. *Ulpianus libro vicensimo primo ad Sabinum*. « Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et eis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam ».

4° Supponiamo infine che il prelegatario muoia *post diem cedentem*, ma prima di aver accettata o ripudiata la eredità: trasmetterà egli ai suoi eredi il diritto a tutto il legato o solo il diritto alla parte gravante i suoi coeredi? Dalla risposta a questa domanda dipende la decisione di un problema fondamentale in tema di prelegato che consiste nel determinare se il prelegato sia *ab origine* valido per l'intero (salvo a caducarsi in caso di accettazione: c. d. *teoria dell'evanescenza*) o valido solo per la parte gravante gli altri coeredi (salvo a convalidarsi per il tutto, in caso di ripudio dell'eredità: c. d. *teoria della convalescenza*). Ma non offrendoci i testi elementi sicuri per rispondere a quella domanda ci lasciano perplessi anche in riguardo a questo problema (1053).

(1053) Veggasi il fr. 75, § 1, Dig. 31. *Papinianus libro sexto responsorum*. « Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictæ, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem vita decessit. partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes eius transmitti ». Questo frammento viene da molti interpretato nel senso che i successori del prelegatario non acquistino l'intero legato ma solo le porzioni corrispondenti alle quote degli originari coeredi del prelegatario. A questi coeredi si riferirebbero quindi le parole *pro parte coheredum*. Il Ferrini invece (*Legati*, pagg. 209-217 e *Pandette*, pag. 821) l'intende nel senso che i successori del prelegatario acquistino l'intero legato, anche cioè per le quote dei coeredi sostituiti. Questa ingegnosa interpretazione ci lascia peraltro assai dubbi.

CAPITOLO IV.

Dell'oggetto dei legati.

Sommario: § 1. Nozioni generali. — § 2. « Legatum generis ». — § 3. « Legatum quantitatis ». — § 4. « Legatum optionis ». — § 5. « Legatum rei alienae ». — § 6. Legato di alimenti.

§ 1. Nozioni generali.

L'oggetto del legato può essere della più svariata indole, in quanto qualsiasi cosa o diritto suscettibile di essere ad altri trasferito può costituire l'oggetto di un valido legato, come pure qualsiasi prestazione che possa formare oggetto di una valida obbligazione. In altri termini: poichè il legato è, ad un tempo, modo di trasferimento della proprietà e dei diritti reali e fonte di obbligazione, esso può avere per oggetto tutte le cose e diritti che possono essere trasferiti, e tutte le prestazioni che possono essere dovute da una persona ad un'altra (1054).

Noi ci limiteremo a trattare brevemente di alcuni tipi di legato più importanti, o per la loro frequenza o per il trattamento speciale al quale sono stati sottoposti. In un apposito capo tratteremo in fine del fedecommesso universale.

§ 2. « Legatum generis ».

Per *legatum generis*, o *generaliter relictum*, si intende quel legato che ha per oggetto una cosa indicata genericamente, p. es. un cavallo, uno schiavo, ecc. Questo tipo di legato assomiglia al *legatum optionis* in quanto, al pari di questo, ha per oggetto una cosa, da determinarsi mediante scelta. Ma se ne differenzia nettamente in quanto la scelta non è in esso che una conseguenza della necessità di deter-

(1054) Veggasi per dettagli FERRINI, *Legati*, pagg. 220 e segg. Sui *legata poenae nomine*, vedi ULPIANO, XXIV, 17 e § 36, *Inst.*, II, 20.

minare l'oggetto da prestarsi affinché il legato possa essere eseguito, mentre nel *legatum optionis* è la scelta stessa che forma oggetto del legato.

Affinchè il *legatum generis* fosse valido occorreva che la volontà del testatore si fosse fermata sopra un certo numero di cose di quel genere. Se il testatore avesse lasciato in legato un cavallo o uno schiavo, non avendo egli nè cavalli nè schiavi, il legato era nullo (1055).

Quanto al determinare a chi spetti la scelta bisogna distinguere fra diritto classico e diritto giustiniano. Secondo il diritto classico, se il *legatum* era *per vindicationem*, la scelta spettava al legatario, il quale però non poteva scegliere la specie migliore (1056); se era *per damnationem* spettava all'erede il quale però non poteva scegliere la peggiore (1057). In entrambi i casi la scelta, una volta operata, era definitiva anche se chi l'aveva operata non avesse saputo dell'esistenza di altre cose fra le quali avrebbe potuto scegliere (1058). Secondo il diritto giustiniano la scelta spettava per regola al legatario (1059).

(1055) Vedi fr. 71 pr., Dig. 30. *Ulpianus libro quinquagesimo primo ad edictum*. « Si domus alicui simpliciter sit legata neque adiectum quae domus, cogentur heredes quam vellent domum ex his, quas testator habebat, legatario dare: quod si nullas aedes reliquerit, *magis derisorium est quam utile legatum* ». Cfr. fr. 69, § 4, Dig. 23, 3.

(1056) Vedi fr. 37, Dig. 30. *Ulpianus libro vicesimo primo ad Sabinum*. « Legato generaliter relicto, veluti hominis, Gaius Cassius scribit id esse observandum, *ne optimus vel pessimus accipiatur*: quae sententia rescripto imperatoris nostri et divi Severi iuvatur, qui rescripserunt homine legato actorem non posse eligi ».

(1057) Vedi fr. 110, Dig. 30. *Africanus libro octavo quaestionum*. « Si heres generaliter servum quem ipse voluerit dare iussus sciens furem dederit isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait. sed quoniam illud verum est heredem *in hoc teneri, ut non pessimum det*, ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet et hunc pro noxae dedito relinquat ».

(1058) Fr. 19, Dig. 3, 31.

(1059) § 22, *Inst.*, II, 10. « Si generaliter servus vel alia res legetur, electio legatarii est [*nisi aliud testator dixerit*] ». Vedi tuttavia FERRINI, *Legati*, pagg. 282 e segg. e *Pandette*, pagg. 828; cfr. ASCOLI, nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, annata I, pagg. 83 e segg.

In caso di pluralità di legatari, se non vi era fra di essi accordo circa la scelta, si faceva ricorso alla sorte (1060).

§ 3. « *Legatum quantitatis* ».

Dal *legatum generaliter relictum* va tenuto distinto il *legatum quantitatis*: quello è di cosa certa indicata solo *generaliter*, questo è di genere, cioè di cosa determinata a peso e misura. Pertanto mentre il *legatum generis* era nullo ove nel patrimonio ereditario non si trovassero cose del genere legato, il *legatum quantitatis* era valido anche in tale ipotesi (1061). La scelta della *qualità* delle cose lasciate spettava, per regola, all'onerato (1062).

In caso di legato di quantità non precisata era disputa fra i giureconsulti romani, sostenendo alcuni doversi ricercare la volontà del testatore, mentre altri ritenevano invece che fosse dovuta la quantità delle cose legate che si trovava nel patrimonio del testatore. Questa opinione prevalse (1063).

§ 4. « *Legatum optionis* » (1064).

Per *legatum optionis* intendevasi un legato col quale il testatore attribuiva al legatario la scelta fra due o più

(1060) § 23, *Inst.*, II, 20.

(1061) Vedi fr. 3, Dig. 33, 6. *Ulpianus libro vicesimo tertio ad Sabinum*. « Si cui vinum si legatum centum amphorarum, cum nullum vinum reliquisset, vinum heredem empturum et praestaturum, non acetum, quod vini numero fuit ».

(1062) Fr. 4, Dig. 33, 6. *Paulus libro quarto ad Sabinum*. « Cum certum pondus olei non adiecta qualitate legatur, non solet quaeri, cuius generis oleo uti solitus fuerit testator aut cuius generis oleum istius regionis homines in usu habeant: et ideo liberum est heredi, cuius vellet generis oleum legatario solvere ».

(1063) Fr. 7, Dig. eod. *Iavolenus libro secundo ex posterioribus Labeonis*. « Quidam heredem damnaverat dare uxori suae vinum oleum frumentum acetum mella salsamenta. Trebatius aiebat ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieri dare voluisset, quoniam non adiectum esset, quantum ex quaque re daretur. Ofilius Cascellius Tubero omne, quantum pater familias reliquisset, legatum putant Labeo id probat idque verum est ».

(1064) Vedi FERRINI, *Teoria generale*, pagg. 270 e segg., e *Pandette*, pagg. 824 e segg.

oggetti. La peculiarità di questo tipo di legato consisteva in ciò che, per esso, si voleva attribuire al legatario *non l'oggetto scelto, ma la scelta di un oggetto*, cioè, in sostanza, il vantaggio di poter scegliere. Da ciò conseguiva che la scelta non poteva mai, in tal genere di legato, spettare all'erede. Essa era necessariamente del legatario (o eventualmente di un terzo).

Le cose in riguardo alle quali era stata *legata l'optio* restavano, finchè *l'optio* stessa fosse stata esercitata, in proprietà dell'erede (1065): questi però non ne poteva disporre in modo da pregiudicare il legatario. Così, ad esempio, lasciata ad un legatario *l'optio* di un servo ereditario, l'erede che, prima dell'esercizio dell'*optio* stessa, manomettesse un servo ereditario lo rendeva libero solo per il caso che non venisse scelto dal legatario (1066).

Finchè non fosse stata esercitata *l'optio* vi era quindi uno stato di pendenza del rapporto di proprietà sulle cose in riguardo alle quali essa era stata accordata (1067). Questo stato di pendenza poteva peraltro risolversi, anche indipendentemente dall'esercizio dell'*optio*: per esempio, per essere andate fortuitamente distrutte tutte le cose, o per essere morto il legatario *post diem cedentem*, prima di aver eser-

(1065) Vedi fr. 3, § 10, Dig. 10, 4.

(1066) Vedi GAIUS, II, 200. « *Illud quaeritur, quod sub condicione per vindicationem legatum est, pendente condicione cuius sit. Nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statuliberi, id est eius servi qui testamento sub aliqua condicione liber esse iussus est; quem constat interea heredis servum esse. Sed diversae scholae auctores putant nullius interim eam rem esse; quod multo magis dicunt de eo quod [sine condicione] pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum* ». Fr. 3, Dig. 40, 9. *Gaius libro secundo de legatis ad edictum urbicum*. « Si optio hominis data sit [vel indistincte homo legatus sit], non potest heres quosdam servos vel omnes manumittendo aut evertere aut minuere ius electionis: nam optione [sive electione] servi data quodammodo singuli sub condicione legati videntur ».

(1067) Vedi fr. 14, Dig. 40, 9. *Iavolenus libro secundo ex Cassio*. « Si, cum optio servi ex universa familia legata esset, heres aliquem priusquam optaretur manumisit, ad libertatem eum interim non perducit, servum tamen quam ita manumiserit amittit, quia is aut electus legato cedit aut relictus tunc liber ostenditur ».

citata l'*optio*, giacchè, in tale ipotesi, questa non passava ai suoi eredi (1068). Infine anche per rinuncia.

Tuttavia il modo normale di estinzione del rapporto di pendenza consisteva nell'esercizio dell'*optio*. Questo era in origine un atto solenne, che si doveva compiere alla presenza di testimoni, e che non tollerava nè termini, nè condizioni (1069).

Se l'*optio* era stata lasciata a più collegatari insieme, o questi si accordavano e compivano un'unica *optio*, oppure non si accordavano e allora, per diritto classico, il legato si estingueva. Per diritto giustiniano poteva farsi ricorso alla sorte (1070).

§ 5. « *Legatum rei alienae* ».

Il legato di cosa altrui era in origine sempre valido purchè fosse stato fatto *per damnationem* (1071). In seguito

(1068) Vedi fr. 77, Dig. 50, 17. L'*optio* non era definitiva ove l'optante fosse in errore sul numero e qualità delle cose fra le quali poteva esercitarla; fr. 2, 4, Dig. *h. t.*; fr. 10, Dig. 30.

(1069) Così era per diritto classico, ma Giustiniano stabilì che l'*optio* potesse venir trasmessa agli eredi al pari del diritto di scelta in qualsiasi legato *generaliter relictum*. Vedi § 23, *Inst.*, II, 20. « Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium iusserat, habebat in se condicionem, ed ideo nisi ipso legatarius vivus optaverat, ad heredum legatum non transmittebat. sed ex constitutione nostra (c. 3, Cod. VI, 43) et hoc in meliorem statum reformatum est et data est licentia et heredi legatarii optare, licet vivus legatarius hoc non fecit. et diligentiore tractatu habito et hoc in nostra constitutionem additum est, ut, sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, sive unius legatarii plures heredes, et inter se circa optandum dissentiant alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum (quod plerique prudentium contra benivolentiam introducebant), fortunam esse huius optionis iudicem et sorte esse hoc dirimendum, ut, ad quem sors perveniat, illius sententia in optione praecellat ». Cfr. FERRINI, *Pandette*, pag. 828.

(1070) Vedi fr. 8, Dig. *h. t.*; § 23, *Inst.*, II, 20, citati. TEOFILO, *Paraph.*

(1071) Vedi GALO, II, 202. « Eoque genere legati (silicet per damnationem etiam aliena res legari potest, it ut heres redimere rem et praestare aut aestimationem eius dare debeat ». Fr. 30, § 6, Dig. 32. *Labeo libro secundo posteriorum a Iavoleno*. « Si aedes alienas ut dares damnatus sis neque eas ulla condicione emere possis, aestimare

spuntò l'idea che occorresse distinguere, a seconda che l'alienità della cosa legata fosse, o meno, nota al testatore, per il fatto che in caso di sua ignoranza, non intervenendo considerazioni speciali, potevasi dubitare che non vi fosse stata una volontà certa del testatore (1072). Questo ordine di idee prevalse nel diritto giustiniano, ove si ammise che il *legatum rei alienae* avesse ad essere considerato valido solo quando il testatore conoscesse l'alienità della cosa legata. La prova della *scientia* dell'alienità della cosa legata venne — dopo qualche esitazione — attribuita al legatario che domandava il legato, anzichè all'erede che si rifiutava di eseguirlo (1073).

§ 6. *Legato di alimenti* (1074).

Anche di questo legato conviene fare speciale menzione per la sua natura specialissima. Il legato di alimenti com-

iudicem oportere Ateius scribit, quanti aedes sint, ut pretio soluto heres liberetur. idemque iuris est et si potuisses emere, non emeres ». Cfr. fr. 14, § 2, Dig. 32; fr. 71, § 2, Dig. 30.

(1072) Vedi fr. 67, § 8, Dig. 31. *Papinianus libro nono decimo questionum*. « Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto, Titio legem, non est Neratii Prisci sententiae nec constitutioni locus, qua cavetur non cogendum praestare legatum heredem: *nam succursum est heredibus, ne cogentur redimere, quod testator suum existimans reliquit*: sunt enim magis in legandis suis rebus quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates: quod in hac specie non evenit, cum dominium rei sit apud heredem ».

§ 4, *Inst.*, II, 20. « Non solum autem testatoris vel heredis res, sed et aliena legari potest: ita ut heres cogatur redimere eam et praestare vel, si non potest redimere, aestimationem eius dare. Sed si talis res sit, cuius non est commercium, nec aestimatio eius debetur, sicuti si campum Martium vel basilicas vel templa vel quae publico usui destinata sunt legaverit; nam nullius momenti legatum est. Quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intellegendum est, *si defunctus sciebat alienam rem esse, non et si ignorabat; forsitan enim, si scisset alienam non legasset*. Et ita divus Pius rescripsit 'et verius est 'ipsum qui agit, id est legatarium, probare oportere scisse alienam rem 'legare defunctum, non heredem probare oportere ignorasse alienam, 'quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit' ». Cfr. c. 10, Cod. VI, 37.

(1073) Vedi fr. 31, Dig. 22, 3 e § 4, *Inst.*, II, 20 sopra trascritto.

(1074) Dig. 34, 1.

prende, oltre al nutrimento, in senso stretto, le vestimenta e l'abitazione, il tutto nella misura fissata dal testatore, o altrimenti corrispondente alla sua volontà. Il legato di alimenti si scompone in tanti distinti e successivi legati quanti sono i termini di pagamento (1075), e dura per la vita dell'onerato, o per un tempo più ristretto (per esempio, finchè l'onorato riacquisti beni di fortuna), in conformità alla volontà del testatore. Esso può essere lasciato anche a persone incapaci di succedere (1076), e non può essere revocato che espressamente (1077).

(1075) Vedi fr. 20, Dig. 36, 2 e cfr. fr. 26, § 2 eod.

(1076) Vedi fr. 11, Dig. *h. t.* e fr. 3, Dig. 34, 8.

(1077) Vedi fr. 18, § 3, Dig. 34, 1.

CAPITOLO V.

Costituzione ed estinzione dei legati.

Sommario: § 1. Della erezione dei legati. — § 2. Della sostituzione nei legati e fedecommissi. — § 3. Del legato a favore di più collegatari e del diritto di accrescimento fra i medesimi. — § 4. Della «regula Catoniana». — § 5. Dell'«ademptio e translatio legati». — § 6. Estinzione del legato per venir meno dell'onerato. — § 7. Dei limiti alla facoltà di legare. — § 8. Computo della «quarta Falcidia». — § 9. La «quarta Falcidia» nel diritto giustiniano.

§ 1. Della erezione dei legati.

Abbiamo visto che, per diritto classico, i legati non potevano venir validamente ordinati che in un testamento o in un codicillo confermato nel testamento mentre ciò non era pei fedecommissi, i quali, in origine, potevano venir ordinati comunque, perfino per semplici cenni (*nutu*), e poterono poi sempre, anche in seguito, venir validamente eretti mediante codicilli non confermati nel testamento. Costantino e Teodosio richiesero però, anche per il codicillo, la presenza di 5 testimoni *vel rogati vel qui fortuito venerint in uno eodemque tempore* (1078).

Per diritto giustiniano, tutti i legati o fedecommissi, potevano venire eretti tanto in un testamento quanto in un codicillo, confermato o non confermato. Se però vi era testamento la validità dei codicilli dipendeva sempre dalla validità del testamento stesso (1079): *testamento facto etiamsi codicilli in eo confirmati non essent, vires tamen ex eo capient*. E pertanto ogni nuovo testamento annullava tutti i codicilli anteriori, in quanto non li confermasse.

(1078) Vedi C. 1 e 7, § 2, Cod. Theod., VI, 23, e C. 8, § 3, Cod. VI, 36 e vedi retro pag. 425.

(1079) Vedi § 1, Inst. *h. t.* e cfr. 3, § 2, Dig. *h. t.*

Giustiniano ammise anche la validità di un fedecommissio orale indipendentemente dalla presenza dei testimoni (1080).

§ 2. *Della sostituzione nei legati e fedecommissi.*

Il testatore che erige un legato può disporre che, nel caso in cui il primo legatario chiamato non lo acquisti, il legato stesso vada ad un secondo, e vai dicendo. Questa è una sostituzione comune, analoga a quella sopra esaminata a proposito della istituzione ad erede (1081). Ma può anche ordinarsi un'altra specie di sostituzione, consistente in ciò: che il primo onorato debba subito, o dopo qualche tempo,

(1080) Vedi § 12, *Inst.*, II, 23, ove trovasi riassunta la relativa costituzione (c. 32, Cod. VI, 42). « Et quia prima fideicommissorum cunabula a fide heredum pendent et tam nomen quam substantiam acceperunt et ideo divus Augustus ad necessitatem iuris ea detraxit, nuper et nos eundem principem superare contententes ex facto, quod Tribonianus vir excelsus quaestor sacri palatii suggessit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus: si testator fidei heredis sui commissit, ut vel hereditatem vel speciale fideicommissum restituat, et neque ex scriptura neque ex quinque testium numero, qui in fideicommissis legitimus esse noscitur, res possit manifestari, sed vel pauciores quam quinque vel nemo penitus testis intervenerit, tuque sive pater heredis sive alius quicumque sit, qui fidem elegit heredis et ab eo aliquid restitui voluerit, si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat negando rem ita esse subsecutam, si fideicommissarius iusiurandum ei detulerit, cum prius ipse de calumnia iuraverit, necesse eum habere vel iusiurandum subire, quod nihil tale a testatore audivit, vel recusantem ad fideicommissi vel universitatis vel specialis solutionem coartari, ne deperat ultima voluntas testatoris fidei heredis commissa. Eadem observari censuimus et si a legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is, a quo relictum dicitur, confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed a legis suptilitatem decurrat, omnimodo cogendus est solvere ».

(1081) Vedi fr. 29 p., Dig. 31. *Celsus libro trigesimo sexto digestorum*. « Pater meus referebat, cum esset in consilio Duceni Veri consulis, itum in sententiam suam, ut, cum Otacilius Catulus filia ex asse herede instituta liberto ducenta legasset petissetque ab eo, ut ea concubinae ipsius daret, et libertus vivo testatore decessisset et quod ei relictum erat apud filiam remansisset cogeret filia id fideicommissum concubinae reddere ».

o alla sua morte, restituire il legato o fedecommissio ad un terzo; e questi a un quarto e vai dicendo. Questa è la cosiddetta sostituzione fedecommissaria. Un esempio speciale di tale sostituzione ci è offerto dal cosiddetto *fideicommissum familiae relictum* (1082).

§ 3. *Del legato a favore di più collegatari e del diritto di accrescimento fra i medesimi.*

Il medesimo legato poteva venir eretto a favore di più legatari. Ciò dava luogo a varie combinazioni:

1° se la medesima cosa veniva legata *per vindicationem* a più collegatari senza indicazione di quote, questi l'acquistavano in comune *pro indiviso* (1083).

(1082) Veggasi in proposito il fr. 114 §§ 14-18. Dig. 30. *Marcianus libro octavo institutionum*. « Divi Severus et Antoninus rescripserunt eos, qui testamento vetant quid alienari nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cuius respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum relinquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere: quod si liberis aut posteris aut libertis aut heredibus aut aliis quibusdam personis consulentes eiusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse, sed haec neque creditoribus neque fisco fraudi esse: nam si heredis propter testatoris creditores bona venierunt, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur. Cum pater filio herede instituto, ex quo tres habuerat nepotes, fideicommissit, ne fundum alienaret et ut in familia relinqueret, et filius decedens duos heredes instituit, tertium exheredavit, eum fundum extraneo legavit, divi Severus et Antoninus rescripserunt verum esse non paruisse voluntati defuncti filium. Sed et si, cum duos exheredavit, unum heredem instituit, fundum extraneo legavit, ut putat Marcellus posse exheredatos petere fideicommissum, quod evenit et si vivus filios emancipasset et postea fundum alienasset. Sed si omnes filii heredes instituti sint ex disparibus partibus, non possunt petere fideicommissum ex minore parte scripti, ut viriles, non hereditarias partes in eo habeant: verum est enim in familia reliquisse, licet uni reliquisset ». E cfr. fr. 32, § 6 [interp.] e fr. 67-69, Dig. 31. Giustiniano limitò la validità del *fideicommissum familiae relictum* entro la quarta generazione. Nov. 159. Cfr. c. 5, Cod. VI, 38.

(1083) Vedi GAIO, II, 199. « Illud constat si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit sive coniunctim sive disiunctim et

2° se veniva lasciata *per damnationem*, si distingueva a seconda che fosse stata lasciata a tutti congiuntamente (per esempio: *Titius heres meus fundum Cornelianum Caio, Sempronio et Maevio, dare damnus esto*), oppure a ciascuno in separate proposizioni del testamento (per esempio: *Titius heres meus fundum Cornelianum Caio dare damnus esto; Titius heres meus eundem fundum Cornelianum Sempronio dare damnus esto*). Nel primo caso ciascun collegatario non poteva chiedere che una quota virile: nel secondo poteva pretendere la cosa intera o la sua *aestimatio* (1084).

omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario adcrecere. Coniunctim autem ita legatur: *Titio et seio hominem stichum do lego*; disiunctim ita: *L. Titio hominem stichum do lego. seio eundem hominem do lego* ».

ULPIANO, *Regul.*, XXIV, 12. « Si duobus eadem res per vindicationem legata sit sive coniunctim, velut: *Titio et Seio hominem stichum do lego, sive disiunctim, velut: Titio hominem stichum do lego, seio eundem hominem do lego*, iure civili concursu partes fiebant; non concurrente altero pars eius alteri adcrecebat: sed post legem Papiam Poppaea non capientis pars caduca fit ».

(1084) Vedi GAIÒ, II, 205. « Est et illa differentia huius (scilicet per damnationem) et per vindicationem legatum quod si eadem res duobus pluribusve per damnationem legata sit, si quidem coniunctim plane singulis partes debentur; si vero disiunctim singulis solida debetur: ita fit ut scilicet heres alteri rem. alteri aestimationem eius praestare debeat; et in coniunctis deficientis portio non ad collegatarium pertinet sed in hereditate permanet ». ULPIANO, *Regul.*, XXIV, 13. « Si per damnationem eadem res duobus legata sit, si quidem coniunctim, singulis partes debentur et non capientis pars iure civili in hereditate remanebat, nunc autem caduca fit; quodsi disiunctim, singulis solidum debetur ». Cfr. fr. 84, § 8, Dig. 30; fr. 7, Dig. 31; fr. 38, 2, Dig. 32. E vedi anche *Vaticana Fragmenta*, 85. « Si tamen per damnationem usus fructus legetur, ius adcrecendi cessat immerito, quoniam damnatio partes facit. Proinde si rei alienae usus fructus legetur et ex Neroniano confirmetur legatum, sine dubio dicendum est ius adcrecendi cessare, si modo post constitutum usum fructum fuerit amissus. Quod si ante et socius amittat, erit danda totius petitio. Idemque et si sinendi modo fuerit legatus usus fructus. An tamen in Neroniano, quoniam exemplum vindicationis sequimur, debeat dici utilem actionem amisso usu fructu ab altero alteri dandam, quaeri potest; et puto secundum Neratium admittendum. In fideicommisso autem id sequimur, quod in damnatione ». Per il *legatum sinendi modo* vedi GAIÒ, II, 215.

Nel diritto giustiniano la regola è che più collegatari, onorati del medesimo oggetto, lo acquistano sempre per porzioni virili, indipendentemente dall'essere stati chiamati congiuntamente o disgiuntamente. Il testatore può tuttavia disporre *espressamente* che ciascuno dei collegatari abbia ad acquistare la cosa intera o la sua *aestimatio* (1085).

Più collegatari potevano venir onorati del medesimo legato alternativamente in questi termini: *Titius heres meus Caio aut Sempronio fundum Cornelianum dare damnus esto*. Una simile disposizione, non dimostrando una volontà chiara ed inequivoca, aveva dato luogo, nel diritto classico, a varie interpretazioni che Giustiniano volle togliere di mezzo con una sua costituzione (1086). Egli dispose che, in un tale legato, la particella disgiuntiva *aut* avesse da intendersi, come copulativa *et*, e che quindi dovessero, per il medesimo, valere i principii sopra esposti relativi al *legatum* a favore di più collegatari. Siccome peraltro, in materia di legati, deve sempre, per diritto giustiniano, considerarsi dominante la *voluntas testatoris*, così è da ritenersi che la disposizione di Giustiniano fosse dettata soltanto pei casi nei quali non fosse possibile determinare la vera intenzione del testatore.

Fra collegatari poteva aver luogo accrescimento. I principii relativi non erano però gli stessi come per l'eredità.

(1085) Vedi fr. 33, Dig. 30. *Paulus libro tertio responsorum*. « Si pluribus eadem res legata fuerit, si quidem coniuncti etiamsi alter vindicet alter ex testamento agat, non plus quam partem habebit is qui ex testamento aget: quod si separatim, si quidem evidentissime apparuerit ademptione a priore legatario facta ad secundum legatum testatorem convolasse, solum posteriorem ad legatum pervenire placet: sin autem hoc minime apparere potest pro virili portione ad legatum omnes venire: scilicet nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est utrumque eorum solidum accipere voluisse: tunc enim unum pretium, alii ipsa res adsignatur electione rei vel pretii servanda ei, qui prior de legato sive fideicommisso litem contestatus est, ita tamen, ut non habeat licentiam altero electo ad alterum transire ». Questo frammento è, in massima parte, opera dei compilatori. Cfr. FERRINI, *Legati*, pag. 28; e cfr. c. 1, §§ 11-11 g. Cod. VI, 51.

(1086) C. 4, Cod. VI, 51.

Nel caso di più chiamati all'eredità, l'accrescimento era una conseguenza necessaria del concetto dell'eredità, e perciò aveva luogo per forza di legge, indipendentemente dalla volontà del *de cuius*. In caso di più legatari esso non poteva invece aver luogo che in base alla volontà del testatore, ed è a questa volontà che si ricollegano le decisioni relative delle fonti.

Anche in riguardo all'accrescimento occorre del resto distinguere fra diritto classico e giustiniano. Per diritto classico, in caso di *legatum per vindicationem* della stessa cosa a favore di più collegatari, venendo meno uno di questi aveva sempre luogo accrescimento; in caso di *legatum per damnationem* l'accrescimento era invece sempre escluso: *damnatio partes facit* (1087). Per diritto giustiniano, fusi insieme i legati e fedecommessi, tutto dipendeva dalla volontà del testatore. Bisognava quindi anzitutto vedere se erigendo un legato della stessa cosa a favore di più legatari il testatore avesse inteso attribuirla *tutta a ciascuno di essi*, o se avesse invece voluto attribuirla *tutta a uno solo*, cioè *all'ultimo chiamato*, revocando il legato a favore dei precedenti, nel qual caso si avrebbe avuto *translatio legati*, o se infine l'avesse voluta propriamente attribuire *a tutti insieme*. In questo ultimo caso, venendo meno uno dei collegatari, aveva luogo accrescimento con questa speciale distinzione, introdotta da Giustiniano: che se il legato fosse stato lasciato *coniunctim* l'accrescimento doveva aver luogo, anche contro il volere dei collegatari, e *cum onere*; che se fosse stato invece lasciato *disiunctim* aveva luogo solo col loro consenso e *sine onere* (1088).

(1087) Vedi GAIO, II, 199 e 205; e ULPIANO, *Reg.*, XXIV, 12-13 sopra trascritti, ove sono pur riferite le speciali disposizioni delle *leges caducariae*: cfr. ULPIANO, XVIII, 1.

(1088) Vedi § 8, *Inst.*, II, 20. « Illa ancilla natum erit, si eadem res duobus legata sit sive coniunctim sive disiunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum; si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. coniunctim autem legatur, veluti si quis dicat 'Titio et Seio hominem Stichum do lego': disiun-

§ 4. Della «regula Catoniana».

Per decidere della validità dei legati, occorre aver riguardo al momento della loro erezione. Questo è il contenuto della c. d. *regula Catoniana* la quale era così concepita: *quod legatum, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandoque decesserit, non valere* (1089).

In base a questa regola se fosse stata lasciata al legatario una cosa che, nel momento in cui veniva fatto il testamento, era sua propria, il legato era nullo, e non si convalidava quando anche al momento della morte del testatore la cosa stessa non fosse più nel dominio del legatario (1090). Lo stesso era per il legato di materiali ancora congiunti ad una casa, poichè questi non potevano, in base ad un certo senatoconsulto, venir lasciati in legato. Se alla morte del testatore tali materiali si trovassero ad essere separati dalla casa, non per questo si convalidava il legato, poichè appunto esso era stato nullo nel momento della sua erezione (1091). E lo stesso era infine per il caso

etim ita 'Titio hominem Stichum do lego, Seio Stichum do lego'. sed et si expresserit 'eundem hominem Stichum', aequè disiunctim legatum intellegitur». E si confronti la c. 1, §§ 11-11 g, Cod. VI, 51.

(1089) Vedi fr. 1, Dig. 34, 7. *Celsus libro trigesimo quinto digestorum*. «Catoniana regula sic definit, quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit, non valere, quae definitio in quibusdam falsa est».

Cfr. fr. 29, Dig. 50, 17. *Paulus libro octavo ad Sabinum*. «Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere». Fr. 201, Dig. 50, 17. *Iavolenus libro decimo epistolarum*. «Omnia quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint». Fr. 210, Dig. 50, 17. *Licinius Rufinus libro secundo regularum*. «Quae ab initio inutilis fuit institutio, ex postfacto convalescere non potest».

(1090) Vedi § 10, *Inst.*, II, 20. «Sed si rem legatarii quis ei legaverit, inutile legatum est, quia quod proprium est ipsius, amplius eius fieri non potest: et licet alienaverit eam non debetur nec ipsa nec aestimatio eius».

(1091) Vedi fr. 41, §§ 1-2, Dig. 30. *Ulpianus libro vicesimo primo ad Sabinum*. «Sed ea quae aedibus iuncta sunt legari non possunt, quia

di legato a favore di un servo dell'erede. Questo legato era originariamente nullo, e tale restava quando anche, prima della morte del testatore, lo schiavo legatario fosse diventato libero (1092).

La *regula Catoniana* non era però applicabile ai legati condizionali: per questi avevasi riguardo al momento del verificarsi della condizione e bastava quindi che, in tal momento, esistessero tutte le condizioni di validità del legato, quando anche alcuna avesse fatto difetto al momento della erezione del legato (1093).

La *regula Catoniana* non era applicabile alle istituzioni ad erede (1094).

haec legari non posse senatus censuit Aviola et Pansa consulibus. 2. Tractari tamen poterit, si quando marmora vel columnae fuerint separatae ab aedibus, an legatum convalescat. et si quidem ab initio non constitit legatum, ex post facto non convalescet, quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata, quia vires ab initio legatum non habuit. sed si sub condicione legetur, poterit legatum valere, si existentis condicionis tempore mea non sit vel aedibus iuncta non sit, secundum eos, qui et emi rem meam sub condicione et promitti mihi stipulanti et legari aiunt, purum igitur legatum Catoniana regula impedit, condicionalis non quia ad condicionalia Catoniana non pertinet ».

(1092) Vedi § 32, *Inst.*, II, 20. « An servo heredis recte legatimus, quaeritur. Et constat pure inutiliter legari nec quidquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit, quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vixerit. Sub condicione vero recte legatur ut requiramus, an, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit ». Questo caso aveva formato oggetto di controversia fra i Proculiani e Sabiniani (GAIO, II, 244). Prevalse l'opinione dei Sabiniani e venne accolta nelle istituzioni giustinianee.

(1093) Vedi § 32, *Inst.*, II, 20 in fine.

(1094) Vedi fr. 3, Dig. 34, 7. *Papinianus libro quinto decimo quaestionum*. « Catoniana regula non pertinet ad hereditates neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem ».

Fr. 4. eod. *Ulpianus libro decimo ad Sabinum*. « Placet Catonis regulam ad condicionales institutiones non pertinere ».

§ 5. Dell' « *ademptio* » e « *translatio legati* ».

Per *ademptio legati* intendevasi la disposizione colla quale il testatore revocava un legato da lui precedentemente eretto. L'*ademptio* doveva, in origine, essere fatta in forma solenne, corrispondente a quella della erezione, nello stesso testamento o in uno posteriore o in un codicillo confermato (1095). Ma questo rigore venne in seguito attenuandosi fino a sparire del tutto.

Il primo passo consistette nel distinguere la vera e propria *ademptio* da ogni altra volontà contraria al legato. Quella estingueva il legato *ipso iure*; questa lo lasciava sussistere, ma attribuiva all'erede la facoltà di respingere il legatario che ne chiedesse l'esecuzione con l'*exceptio doli*.

Nel diritto giustiniano, fusi insieme legati e fedecommissi, invalsero i principii più larghi che, già nell'epoca classica, erano stati praticati in materia fedecommissaria, e non solo si ammise che l'*ademptio* potesse essere operata comunque (per esempio mediante radiazione del nome del legatario: fr. 16, Dig. *h. t.*), ma si andò anche più oltre, fino a considerare come revocato il legato tutte le volte che si potesse dimostrare avere il disponente concepito una volontà

(1095) Vedi ULPIANO, *Reg.*, XXIV, 29. « Legatum, quod datum est, adimi potest vel eodem testamento vel codicillis testamento confirmatis, dum tamen eodem modo adimatur, quo modo datum est ». Cfr. fr. 2, Dig. 34, 4. *Pomponius libro quinto ad Sabinum*. « Fundo legato adimi ita potest: 'fundum illi praeter usum fructum neque do neque lego', ut usus fructus in legato relinquatur. Sed et fructus adimi potest, ut proprietates relinquatur. Item pars fundi legati adimi potest ». Fr. 3, § 8, Dig. eod. *Ulpianus libro vicesimo quarto ad Sabinum*. « Si Titio fundus pure eidemque sub condicione legatus sit, deinde postea ademptum sit sic: 'Titio fundum, quem sub condicione legavi, heres meus ne dato', ex nulla datione debetur, nisi specialiter dixerit pure eum legatum velle accipere ». Fr. 21 eod. *Licinnius Rufinus libro quarto regularum*. « Legatum nulli alii adimi potest quam cui datum est: quapropter si filio aut servo alieno legatum fuerit, domino aut patri legatum adimi non potest ».

contraria o non conciliabile col perdurare del medesimo (1096).

Per *translatio legati* si intendeva ogni disposizione colla quale il testatore rinnovasse un suo legato o sostituendo un altro legatario al primo onorato, o facendone gravare l'onere sopra un altro erede, o cambiandone l'oggetto, o arrecandovi altre modificazioni. La *translatio legati* conteneva sempre un'*ademptio*, quando sostituiva il primo legatario, e poteva, come tale, essere valida quando anche fosse nulla come *translatio*, cioè nelle sue parti innovative (1097). Ma se era nulla l'*ademptio* non poteva essere valida la *translatio*.

Anche la *translatio legati* era, in origine, vincolata a forme rigorose. Ma, in seguito, queste vennero meno e, per diritto giustiniano, domina assoluta in proposito la *voluntas testatoris*.

§ 6. Estinzione del legato per venir meno dell'onerato.

Noi abbiamo già visto che la validità dei legati dipendeva, in origine, dall'adizione dell'eredità da parte dell'erede che ne era gravato. Se l'erede ripudiava l'eredità, o, altrimenti, non l'acquistava, il legato cadeva. Ma questa regola subì molti temperamenti ed eccezioni fino ad essere completamente invertita.

Intanto si ammise anzitutto che l'onere del legato passasse al trasmissario nei casi nei quali aveva luogo trasmissione, e ai coeredi in caso di accrescimento, a meno che non risultasse evidente una contraria volontà del testa-

(1096) Si interpreta pertanto come revoca del legato la vendita che il testatore faccia dell'oggetto del medesimo (GAIO II, 198), o la riscossione di un credito lasciato precedentemente in legato: vedi fr. 11, § 13, Dig. 32; c. 3, Cod. VI, 37; fr. 15, 18, 24, § 1, Dig. 34, 4. Oltre a ciò, operano revoca le inimicizie capitali sopraggiunte dopo l'erezione del legato o il divorzio: fr. 3, § 11; fr. 4, Dig. 34, 4; fr. 49, § 3, Dig. 32; fr. 3, Dig. 34, 2 [interpolati].

(1097) Vedi fr. 20, Dig. 34, 4; fr. 24, Dig. 30.

tore, giacchè, per diritto giustiniano, questa deve sempre prevalere (1098).

Quando, venendo meno il testamento, l'eredità veniva deferita agli eredi *ab intestato*, questi erano, per regola, liberi di acquistarla senza assumere per ciò l'obbligo di soddisfare i legati eretti nel testamento stesso, a meno che il testamento non avesse contenuta la c. d. *clausola codicillare*, giacchè, in tale ipotesi, essi restavano gravati ma non in luogo degli eredi testamentari mancanti, ma in testa propria, in base al testamento salvato *come codicillo ab intestato*.

Anche in un altro caso l'erede legittimo doveva eseguire i legati eretti nel *testamentum destitutum*, quando cioè egli fosse stato istituito erede e gravato di legati, e avesse ripudiato la istituzione per accettare poi l'eredità *ab intestato*, appunto per sottrarsi all'onere dei legati. E lo stesso trattamento facevasi a quegli eredi legittimi che avessero determinato gli eredi testamentari a ripudiare l'eredità dietro un compenso (1099).

Quando l'eredità veniva rivendicata al fisco, per essere vacante, o per essere stata *erepta ab indigno*, il fisco l'acquistava *cum suo onere* e doveva quindi adempiere i legati. Abbiamo poi visto che la Novella 115 teneva validi i legati eretti in un testamento nullo per *inofficiosità* (vedi retro pagina 517).

§ 7. Dei limiti alla facoltà di legare.

Tostochè accanto all'*hereditas* fu ammesso il *legatum*, potè avvenire che il testatore, dopo aver istituito suo erede un Tizio, disponesse validamente a favore di terze persone di tutto il patrimonio ereditario, mediante legati. Ciò era naturale, dato il concetto che, nelle origini, si aveva della successione ereditaria. Poichè l'essenza di questa consisteva tutta nell'attribuzione del titolo di erede, e poichè questo

(1098) Vedi fr. 49, § 4 e fr. 61, § 1, Dig. 31; fr. 74, Dig. 30, c. 4, Cod. VI, 49; c. un., §§ 4, 9, 10; Cod. VI, 31 e confronta retro pag. 529.

(1099) Dig. 29, 4, Cod. VI, 39.

titolo non presupponeva necessariamente l'acquisto dei beni, ben poteva il testatore, senza contraddizione, dare ad una persona il titolo di erede e ad un'altra l'intero patrimonio. Ma presto si avvertirono gli inconvenienti di un tale procedimento. La eredità, spogliata dei beni, non esercitava alcuna attrattiva; l'erede chiamato a raccoglierla era facilmente indotto ad astenersene, o a ripudiarla, e così, cadendo il testamento, anche i legatari nulla potevano acquistare e restavano in definitiva avvantaggiati soltanto gli eredi legittimi.

A togliere questo inconveniente intervenne il legislatore il quale, dopo alcuni infelici tentativi (1100), trovò, colla *lex Falcidia*, un equo termine di conciliazione fra gli interessi dell'erede testamentario e dei legatari. Stabili infatti questa legge che il testatore non potesse mai attribuire, a titolo di legato, più di tre quarti del patrimonio ereditario, riservandone la quarta parte (detta poi *quarta Falcidia*) agli eredi testamentari (1101). Questa disposizione venne poi

(1100) Vedine la storia in GAIo, II, 224-226. « 224. Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: UTI LEGASSIT SUAE REI, ITA IUS ESTO. Quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur. 225. Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est. Sed et haec lex non perfecit quod voluit; qui enim verbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare. 226. Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret quam heredes caperent. Ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur: sed tamen fere vitium simile nascebatur nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterat testator adeo heredi minimum relinquere, ut non expedit heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere ».

(1101) Vedi GAIo, II, 227. « Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus ei legare liceat quam dodrantem: itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat: et hoc nunc iure utimur ». Vedi fr. 1 pr., Dig. 35, 2. *Paulus libro singulari ad legem Falcidiam*.

dal Divo Pio (1102) applicata anche ai fedecommissi di singole cose, eretti, mediante codicilli, a carico degli eredi intestati, e dal senatoconsulto Pegasiano ai fedecommissi universali (c. d. *quarta Trebelliana*: vedi oltre cap. VII, § 1). Ma per tutti gli altri *onerati* (che non fossero gli eredi testamentari o intestati), il principio dell'assoluta libertà di legare restò fermo anche nell'epoca giustiniana: per quanto queste persone erano state *onorate*, per altrettanto potevano sempre venir *onorate*.

§ 8. *Computo della « quarta Falcidia ».*

L'attuazione pratica del principio posto dalla *lex Falcidia* presentava notevoli difficoltà, massimamente in riguardo a due punti, e cioè: 1° circa il computo dell'asse patrimoniale e della *quarta Falcidia*; 2° circa il modo nel quale ridurre i legati quando eccedessero, nel loro complesso, i tre quarti disponibili.

Alla valutazione dell'asse patrimoniale si procedeva per mezzo di stime degli attivi (cose, diritti, crediti) e passivi ereditari (debiti, diritti di servitù, pegni, ecc.) fatte tutte con riferimento al momento della morte del testatore (1103). La

« Lex Falcidia lata est, quae primo capite liberam legandi facultatem dedit usque ad dodrantem his verbis: ' qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esto, ut hac lege sequenti licebit '. secundo capite modum legatorum constituit his verbis: ' quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum ne minus quam partem quartam hereditatis eo testamento heredes capiant, eis, quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto isque heres, qui eam pecuniam dare iussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est »; e FERRINI, *Legati*, pagg. 419 e segg. — GRADENWITZ, nella *Zeitschrift der Savigny's Stiftung*, vol. XIV, R. A., pagg. 116-117.

(1102) Vedi fr. 18, Dig. 35, 2.

(1103) Vedi fr. 73, Dig. 35, 2. *Gaius libro octavo decimo ad edictum provinciale*. « In quantitate patrimonii exquirenda visum est mortis tempus spectari. qua de causa si quis centum in bonis habuerit et tota

differenza fra la somma dei valori attivi e passivi (e fra i passivi si dovevano anche computare le spese dei funerali del *de cuius*, le spese di apertura del testamento, d'inventario, e delle manumissioni ordinate nel testamento) (1104) veniva a costituire la *quantitas patrimonii* sulla quale doveva riservarsi all'erede la *quarta Falcidia*.

Nel computo di questa *quarta* non tenevasi poi conto che di quanto perveniva all'erede *iure hereditario* (1105). L'erede poteva quindi acquistare, oltre alla medesima, *legata, donationes mortis causa*, ecc. In caso di prelegato doveva

ea legaverit, nihil legatariis prodest, si ante aditam hereditatem per servos hereditarios aut ex partu ancillarum hereditarium aut ex fetu pecorum tantum accesserit hereditati, ut centum legatorum nomine erogatis habiturus sit heres quartam partem, sed necesse est, ut nihilo minus quarta pars legatis detrahatur. et ex diverso, si ex centum septuaginta quinque legaverit et ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona, incendiis forte aut naufragiis aut morte servorum, ut non plus quam septuaginta quinque vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. nec ea res damnosa est heredi, cui liberum est non adire hereditatem: quae res efficit, ut necesse sit legatariis, ne destitutum testamentum nihil consequantur, cum herede in portionem legatorum pacisci ».

(1104) Vedi § 3, *Inst. h. t.* « Cum autem ratio legis Falcidiae ponitur, ante deducitur aes alienum, item funeris impensa et pretia servorum manumissorum, tunc deinde in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud heredes remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuuntur, pro rata scilicet portione eius, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus quadringentos aureos legatos esse et patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis detrahi debet. Quodsi trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quodsi quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet: ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet ». Fr. 1, § 19, *Dig. h. t.*

(1105) Vedi fr. 74-76, *Dig. h. t. Gaius libro tertio de legatis ad edictum praetoris*. « Quod autem dicitur, si ex iudicio defuncti quartam habeat heres, solida praestanda esse legata, ita accipere debemus, si hereditario iure habeat: itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur ».

Ex libro quadragesimo digestorum Iuliani Marcellus. « Sed si ideo legatum ei datum est, ut integra legata vel fideicommissa praestet, deneganda erit actio legati, si lege Falcidia uti mallet ». Cfr. fr. 91, *Dig. eod.*

però imputare nella *quarta*, la parte di legato corrispondente alla sua quota ereditaria, perchè, come abbiamo visto, la otteneva *iure hereditario*, in base alla regola *heredi a semetipso inutiliter legatur*. E così pure doveva imputare nella *quarta* quei legati che gli fossero stati espressamente attribuiti a titolo di *quarta* affinchè egli soddisfacesse senza deduzioni gli altri legati, a meno che egli non preferisse rinunciare ai medesimi.

I legati che nel loro ammontare complessivo superavano i tre quarti della eredità venivano considerati come proporzionalmente nulli, fino a rientrare nei limiti posti dalla legge. L'erede non era quindi tenuto a prestarli che nella misura della loro validità, e, convenuto oltre a questa, poteva opporre l'*exceptio doli*. Se poi egli avesse prestato più di quanto doveva, purchè non di proposito, poteva sempre ripetere il di più colla *condictio indebiti* o coll'*actio doli*.

Naturalmente, in molti casi, poteva riescire difficile eseguire con esattezza la riduzione di ogni singolo legato, giacchè questa dipendeva da un complesso di operazioni (c. d. *ratio legis Falcidiae*) nelle quali potevano facilmente insinuarsi errori: solevasi pertanto far ricorso, all'atto della prestazione del legato, ad apposita stipulazione colla quale il legatario si obbligava a restituire ciò che avesse eventualmente ricevuto in più: *quanto amplius quam per legem Falcidiam ceperit reddi* (1106).

(1106) Fr. 1, § 11, *Dig. 35, 3. Ulpianus libro septuagesimo nono ad edictum*. « ' Haec verba stipulationis quod amplius legatorum nomine ceperis, quam e lege Falcidia capere licebit ' non tantum eum comprehendunt, qui amplius accepit, quam ei Falcidia permisit, ut reddat partem, habeat partem, verum etiam eum qui totum debet restituere etenim sciendum est legem Falcidiam interdum partem eius quod datum est, interdum totum revocare. cum enim habita ratione aeris alieni Falcidia ineatur, plerumque evenit, ut emergente debito vel condicione aeris alieni existente totum quod legatum est exhauriatur. sed et libertatium condicio interdum existens efficit legatum omnino non deberi, quippe cum habita ratione libertatium et deductis pretium eorum tunc demum legatorum ineatur ratio ».

§ 9. — La « quarta Falcidia » nel diritto giustiniano.

Il principio per cui l'erede poteva trattenere la *quarta Falcidia* era, nell'epoca classica, di *ius cogens*. Il testatore non poteva togliergliela. Ma Giustiniano, generalizzando il trattamento speciale che, già nell'epoca classica, era stato fatto ai militari, stabili poter sempre il testatore privare l'erede, con espressa sua disposizione testamentaria, della *quarta Falcidia* (1107). Dopo questa riforma l'erede testamentario cui fosse stata tolta la *quarta Falcidia* o rinunciava, o veniva a trovarsi nella situazione originaria dovendo eventualmente contentarsi dell'*inane nomen heredis*. Giustiniano stabili però che, anche ove egli rinunciasse, o si astenesse, restassero tuttavia validi i legati eretti nel testamento, a carico degli altri eventuali eredi testamentari (sostituiti), o *ab intestato*. Giustiniano stabili inoltre che il diritto alla *quarta Falcidia*, ove non fosse stato tolto dal testatore, restasse subordinato alla compilazione dell'inventario dell'eredità, e che andasse perduto per l'erede che avesse tentato di frodare i legatari, o che vi avesse rinunciato, sia pure di fronte a uno solo di essi (1108). Se poi si considera che non poteva essere invocato di fronte a talune categorie di legati (legati d'alimenti, legati pii, ecc.) (1109) che nell'epoca giustiniana erano frequentissimi, ben può dirsi che la *quarta Falcidia* aveva perduta, nel diritto giustiniano, la sua originaria importanza.

(1107) Vedi Nov. 1, cap. 2, § 2.

(1108) Fr. 15, § 2 e fr. 16, Dig. *h. t.*; Nov. 1, cap. 3.

(1109) Nov. 131, c. 12.

CAPITOLO VI.

Dell'acquisto dei legati.

Sommario: § 1. « *Dies cedens* » e « *dies veniens* ». — § 2. Azioni a difesa del legatario.

§ 1. « *Dies cedens* » e « *dies veniens* ».

Per diritto romano l'acquisto del legato si opera in due tratti successivi. Di qui la distinzione fra *dies cedens* e *dies veniens*. Il *dies cedens* opera un principio di acquisto: *quando dies cedit* il legatario acquista, per così dire, *il diritto di acquistare il legato*. Il *dies veniens* completa l'acquisto già iniziato; *quando dies venit* il legatario acquista *il diritto del legato*.

Questa distinzione venne introdotta per considerazioni di opportunità pratica: specialmente per impedire che l'erede onerato, differendo la sua accettazione, rendesse impossibile al legatario l'acquisto del legato, il che poteva verificarsi ogniquale volta il legatario fosse morto prima che l'erede onerato avesse adito l'eredità.

Introdotta invece la distinzione in discorso, il legatario acquistava, al momento della *cessio diei*, il diritto di acquistare il legato, e lo trasmetteva ai suoi eredi, ove morisse prima che l'onerato avesse accettato l'eredità.

Nel diritto giustiniano, il *dies legati* cede (*cedit*), per regola, al momento della morte del testatore (1110). Ma, in

(1110) Nelle origini quando non erasi ancora fatta distinzione fra il momento in cui *dies legati cedit*, e quello in cui *dies legati venit*, l'acquisto del legato si operava al momento dell'adizione della eredità. Introdotta la distinzione si ammise, da prima, che il *dies legati* cedesse dal momento della morte del testatore. Le *leges caducariae* lo spostarono poi al momento dell'apertura del testamento. ULPIANO, XXIV, 30-31. Ma Giustiniano, abolite tali leggi, lo ritrasse ancora al momento della morte del testatore.

via eccezionale, può cedere anche in un momento posteriore: per esempio al verificarsi della condizione apposta al legato. Non può invece cedere mai in un momento anteriore alla morte del testatore (1111).

Il *dies legati* viene (*venit*), per regola, nel momento in cui l'erede adisce l'eredità. Può tuttavia venire in un momento posteriore, quando, ad esempio, il legato sia condizionale, e la condizione non si sia ancora verificata nel momento in cui l'erede adisce l'eredità (1112).

Abbiamo già accennato all'importanza pratica del *dies cedens*. Esso attribuiva al legatario, che morisse *ante diem venientem*, un diritto trasmessibile ai suoi eredi. Inoltre era al momento del *dies cedens* che si aveva riguardo per giudicare della *testamenti factio passiva* dell'onorato. Se, ad esempio, il legatario era *alieni iuris* nel momento del *dies cedens*, il legato restava definitivamente acquistato al *pater* o *dominus*, anche se, nel successivo momento del *dies veniens*, il legatario stesso fosse diventato *sui iuris* (1113). Nè occorre insistere su altre conseguenze che vennero dedotte dal fatto dell'iniziarsi, col *dies cedens*, l'acquisto del legato (1114).

(1111) Cede, per esempio, solo al momento dell'adizione se l'oggetto del legato è personale, per esempio è un usufrutto, o se è a favore di uno schiavo manomesso nel testamento: fr. 768, Dig. 36, 2. Per il *legatum optionis* vedi FERRINI, *Legati*, pagg. 381 e segg.

(1112) Vedi fr. 32, Dig. 31. *Modestinus libro nono regularum*. « Omnia quae testamentis sine die vel condicione adscribuntur ex die aditae hereditatis praestentur ».

(1113) Vedi fr. 57, Dig. 36, 2.

(1114) Cfr. § 20, *Inst.*, II, 20. « Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quodsi post mortem testatoris ante aditam hereditatem servus adquisierit, Iulianus ait, si quidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit omne, quod ante aditam hereditatem adquisitum est, legatario cedere, quia dies huius legati adita hereditate cedit, sed si extraneo peculium legatum fuerit, non cedere ea legato, nisi ex rebus peculiaribus auctum fuerit peculium. Peculium autem nisi legatum fuerit, manumisso non debetur, quamvis si vivus manumiserit, sufficit, si non adimatur: et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. Idem rescripserunt peculio legato non videri id relictum,

Ma era solo nel momento del *dies veniens* che l'acquisto si completava e che il legatario poteva esigere il legato. Sul modo di operarsi di tale acquisto i giuristi classici non erano peraltro concordi. Mentre da tutti si ammetteva che l'acquisto del *legatum per damnationem* si operasse direttamente, senza bisogno di alcun atto di volontà da parte del legatario, il quale aveva solo la facoltà di ripudiarlo, il *legatum per vindicationem* aveva dato luogo ad una divergenza di opinioni fra Sabiniani e Proculiani (1115). I Sabiniani sostenevano che il legatario acquistava la proprietà della cosa lasciatagli *per vindicationem, ipso iure*, anche se ignorasse l'esistenza del legato, e nel momento in cui l'erede adiva l'eredità, salvo il suo diritto di ripudiare tale acquisto con effetto retroattivo. I Proculiani invece sostenevano che l'acquisto da parte del legatario non poteva avvenire senza un suo atto di volontà: *non aliter rem legatarii fieri putant quam si voluerit eam ad se pertinere*.

La controversia è risorta poi fra i romanisti circa il determinare quale delle due opinioni testè esposte abbia prevalso nel diritto giustiniano. I più ritengono che abbia prevalso l'opinione Sabiniana, ma non manca qualche soli-

ut petitionem habeat pecuniae, quam in rationes dominicas impendit. Idem rescripserunt peculium videri legatum, cum rationibus redditus liber esse iussus est et ex eo reliquas inferre ». FERRINI, *Teoria generale*, 382.

(1115) Vedi GAIO, II, 194-195. « Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure quiritium res legatarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, vindicare debet id est intendere suam rem ex iure quiritium esse. 195. In eo solo dissentium prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores, quod ita legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse [dimissum], sed posteaquam scierit et omiserit legatum, proinde esse atque si legatum non esset; Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere. Sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure videtur quod Proculus placuit; nam cum legatus fuisset Latinus per vindicationem coloniae, 'Deliberent, inquit, decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si uni legatus esset' ».

tario che vigorosamente sostiene avere invece prevalso quella Proculeiana (1116).

§ 2. Azioni a difesa del legatario.

Già abbiamo visto, trattando della fusione dei legati coi fedecommissi, che per diritto giustiniano, potevano, da ogni legato, sorgere tre azioni: 1° la *rei vindicatio*, ove si trattasse di *legatum* di proprietà, e, rispettivamente l'*actio confessoria*, ove si trattasse di legato di servitù; 2° l'*actio ex testamento* o *legati* tanto se si trattasse di *legatum* d'obbligazione che di proprietà; 3° l'*actio hypothecaria* sopra i beni della successione.

Oltre a ciò il legatario sotto condizione o a termine aveva diritto di chiedere cauzione (*cautio legatorum*, Dig., 36, 3) a meno che l'onere (come venne concesso da Marco Aurelio) non ne fosse stato esonerato dal testatore. Se l'onere non prestava la cauzione il legatario poteva ottenere la *missio in possessionem legatorum servandorum causa*. Infine Antonio Caracalla stabilì che il legatario, che non fosse stato soddisfatto entro sei mesi dalla sua domanda, potesse ottenere la *missio in possessionem* nei beni dell'erede, e soddisfarsi sui frutti dei medesimi (*Missio Antoniniana*).

(1116) Vedi KOEPPEN, nei *Jahrbücher für Dogmatik*, vol. V, pagg. 184 e seg.; vol. XI, pagg. 196 e segg. e nel già citato suo *Lehrbuch des heut. röm. Erbrechtes, Dritte Abtheilung*, 1895, § 116. Confronta WENDT, *Pandekten*, § 390.

CAPITOLO VII.

Dei fedecommissi universali.

Sommario: § 1. Storia del fedecommissio universale. — § 2. Teoria del fedecommissio universale. — § 3. Del « fideicommissum eius quod supererit ». — § 4. La « donatio mortis causa ».

§ 1. Storia del fedecommissio universale (1117).

Frequente, fin dalle origini, era il caso di fedecommissi universali, di fedecommissi cioè coi quali il disponente incaricava l'erede testamentario o legittimo di restituire l'eredità o parte di essa subito, o dopo un certo tempo, o alla sua morte, ad un'altra persona che era appunto il fedecommissario universale. Al riconoscimento di simili fedecommissi ostava il principio della intrasmissibilità della qualità di erede (*semel heres semper heres*) sicchè, anche qui, come già in caso di *legatum partitionis* (1118), si provvede, da prima, mediante espedienti. L'erede gravato di un fedecommissio universale (di tutta o di parte dell'eredità) restava bensì erede ma veniva obbligato a vendere *nummo uno*, cioè dunque fittiziamente, l'eredità (o la quota di essa lasciata in fedecommissio) al fedecommissario, trasferendogli le singole cose ereditarie (o le parti relative) nei modi di legge, e provvedendo anche al trasferimento dei crediti e debiti mediante apposite stipulazioni (*stipulationes venditae et emptae hereditatis*: Gaio, II, 252; o *partis et pro parte*: Gaio, II, 254-257), colle quali l'erede fiduciario si obbligava a trasferire al fedecommissario, tutti i crediti ereditari (o la relativa parte di essi, che fosse per esigere in seguito), mentre il fedecommissario si obbligava a tenere indenne, nella stessa misura, l'erede fiduciario per i debiti ereditari che egli fosse in seguito costretto pagare.

(1117) La storia del fedecommissio universale ci è con relativa ampiezza narrata da GAIO, II, 250-260, brano che trovasi quasi letteralmente riprodotto in §§ 4-7, *Inst.*, II, 23.

(1118) Vedi retro pag. 549.

A togliere di mezzo questo regolamento dei rapporti piuttosto complicato, e che, in pratica, dava luogo a sensibili inconvenienti, provvide il senatoconsulto Trebelliano (62 d. Cr.), stabilendo che, avvenuta la restituzione del fedecommissso, le azioni ereditarie dovessero spettare *utiliter* a favore e contro il fedecommissario, mentre l'erede convenuto dai creditori ereditari poteva respingerli richiamandosi alla avvenuta restituzione, e così venir da essi respinto (*exceptio restitutae hereditatis*) (1119). Dopo questa riforma pertanto, pur restando *formalmente* salvo il principio che considerava erede il fiduciario, si aveva, *in sostanza*, trapasso dell'eredità nel fedecommissario il quale veniva, praticamente, a trovarsi nella situazione di vero erede (*heredis loco*), avendo tutte le azioni ereditarie, e una *hereditatis petitio utilis* (*fideicommissaria*).

Una ulteriore più complicata riforma, in materia di fedecommissso universale, venne operata dal senatoconsulto Pegasiano, di pochi anni posteriore al Trebelliano (75 di Cr.).

(1119) Vedi GAI0, II, 253; § 4, *Inst.*, II, 23; e cfr. fr. 1, §§ 1-7, Dig. 36, 1. *Ulpianus libro tertio fideicommissorum*. « Factum est enim senatusconsultum temporibus Neronis octavo calendis Septembres Annaeo Seneca et Trebellio Maximo consulibus, cuius verba haec sunt: 'Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis iudicia penderent, ex his eos subire, in quos ius fructusque transferretur, potius quam cuique periculosum esse fidem suam placet, ut actiones, quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic, uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos, quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset, quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates'. Sublata est hoc senatusconsulto dubitatio eorum, qui adire hereditatem recusare seu metu litium seu praetextu metus censuerunt. Quamquam autem senatus subventum voluit heredibus, subvenit tamen et fideicommissario: nam in eo, quod heredes, si conveniantur, exceptione uti possunt, heredibus subventum est: in eo vero, quod, si agant heredes, repelluntur per exceptionem quodque agendi facultas fideicommissariis competit, procul dubio consultum est fideicommissariis. Hoc autem senatus consultum locum habet, sive ex testamento quis heres esset sive ab intestato rogatusque sit restituere hereditatem. In filii quoque familias militis iudicio, qui de castrensi peculio vel quasi castrensi testari potest, senatusconsultum locum habet ».

Questo senatoconsulto stabilì anzitutto che l'erede gravato di fedecommissso universale potesse trattenere una parte dell'eredità che venne, sull'analogia della *lex Falcidia*, fissata in un quarto dell'eredità stessa. Oltre a ciò stabilì che il fedecommissario potesse costringere l'erede ad adire l'eredità affinché potesse essere costretto a restituirla al fedecommissario (1120).

Queste due riforme erano di evidente utilità. Ma il senatoconsulto Pegasiano non si limitò ad esse, ma introdusse, in riguardo alla concessione delle azioni utili operata dal senatoconsulto Trebelliano, una distinzione della quale non è facile afferrare bene lo scopo e la portata pratica (1121). Stabilì esso infatti che gli effetti del Trebelliano si avessero a verificare solo nel caso in cui il fedecommissso non superasse i tre quarti dell'eredità. Che se invece li superava stabilì fosse di nuovo necessario far ricorso agli espedienti che si applicavano prima del *S. C. Trebellianum*, cioè alle *stipulationes venditae ac emptae hereditatis* o *partis et pro parte*, a seconda che il fiduciario avesse fatto deduzione della *quarta* o che avesse invece restituito spontaneamente l'intera eredità. Che se poi l'erede fiduciario si rifiutava di adire l'eredità, mettendosi così nella impossibilità di restituirla al fedecommissario, questi poteva chiedere al pretore che costringesse l'erede ad adire *ud restituat*. In questo caso l'erede non poteva più trattenere la *quarta* e, indipendentemente dal superare il fedecommissso, o meno, i tre

(1120) Vedi GAI0, II, 258. — ULPIANO, XXV, 16; §§ 6-7, *Inst.*, II, 23; e fr. 17, Dig. 29, 4. *Idem libro septimo decimo ad edictum provinciale*. « Si quis ommissa causa testamenti omnino eam hereditatem non possideat, excluduntur legatarii: nam liberum cuique esse debet etiam lucrosam hereditatem ommittere, licet eo modo legata libertatesque intercidunt. sed in fideicommissariis hereditatibus id provisum est, ut, si scriptus heres nollet adire hereditatem, iussu praetoris adeat et restituat: quod beneficium his, quibus singulae res per fideicommissum relictae sint, non magis tributum est quam legatariis ». La coazione ad adire non aveva più luogo se il fiduciario fosse stato istituito sotto una condizione potestativa da adempiersi secondo la volontà del testatore sponte.

(1121) Vedi un tentativo di spiegazione in GIRARD, *Manuel*, pag. 906.

quarti dell'eredità, trovava applicazione il *senatusconsultum Trebellianum* (1122).

Il sistema complicato che risultava dalle combinate disposizioni dei S. C. Trebelliano e Pegasiano venne abolito da Giustiniano, il quale tolse di mezzo le distinzioni del Pegasiano, conservandone in vigore soltanto la *quarta*, che però volle fosse detta *Trebelliana*. Dopo questa riforma il fedecommissario era sempre considerato successore universale *ex S. C. Trebelliano*, tanto se il fedecommissario superasse i tre quarti, quanto se no, tanto se l'erede avesse trattenuto la *quarta*, o meno, e tanto se avesse adito spontaneamente, o solo costretto (1123).

(1122) Vedi GAIO, II, 255. — ULPIANO, XXV, 4; §§ 6-7, Inst., *h. t.*

(1123) Vedi § 7, Inst., II, 24. « Sed quia stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt et quibusdam casibus captiosas eas homo excelsi ingenii Papinianus appellat et nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet, ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus quam differentiis utriusque senatusconsulti placuit exploso senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto praestare, ut ex eo fideicommissariae hereditates restituantur, sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam sive plus sive minus sive penitus nihil, ut tunc, quando vel nihil vel minus quarta apud eum remaneat, liceat ei vel quartam vel quod deest ex nostra auctoritate retinere vel repetere solutum, quasi ex Trebelliano senatusconsulto pro rata portione actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus. si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariae actiones fideicommissario et adversus eum competunt, sed etiam id, quod praecipuum Pegasiani senatusconsulti fuerat, ut, quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere et omnes ad eum et contra eum transire actiones, et hoc transponimus ad senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo et necessitas heredi imponatur, se ipso nolente adire fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem manente ». Si confronti anche c. 7, Cod. VI, 49; e Const. *Tanta*, § 6 a. La riforma, della quale Giustiniano mena vanto in questa costituzione, era probabilmente stata iniziata prima di lui, ammettendosi gli effetti del S. C. Trebelliano, anzichè del Pegasiano, quando il fiduciario al quale fosse stata riservata la quarta parte della eredità avesse nullameno restituita l'intera eredità senza valersi della quarta stessa. Ciò sembra risultare da ULPIANO,

§ 2. Teoria del fedecommissario universale.

La teoria del fedecommissario universale comprende i seguenti punti; 1° come può validamente venir eretto un fedecommissario universale; 2° da chi e a favore di chi; 3° che cosa si intende per restituzione fedecommissaria; 4° quali sono gli effetti che essa produce rispetto all'erede fiduciario, al fedecommissario, e ai terzi.

1. — Il fedecommissario universale può, al pari dei fedecommissari singolari, venir eretto comunque: in un testamento, in un codicillo, confermato o non confermato, o *ab intestato*. Esso può anche risultare implicitamente da altre disposizioni. Così si ha fedecommissario universale a favore degli eredi *ab intestato* dell'istituito quando il testatore lo abbia invitato a non nominarsi alcun erede testamentario, o a dividere l'eredità con un terzo, salvo che non risulti chiara la sua intenzione di erigere un *legatum partitionis* di tipo classico (vedi retro pag. 564), oppure infine quando gli abbia raccomandato di contentarsi di singoli beni ereditari di fronte a quelle persone alle quali spetterebbe l'eredità *ab intestato* (1124).

Reg., XXV, 14. — PAOLO, *R. S.*, IV, 3, 2; e fr. 20, Dig. 42, 8. Osta però il fr. 47 [45], Dig. 36, 1. Questa ipotesi sui precedenti delle riforme giustiniane è stata proposta dal prof. Scialoja. Veggansi in proposito le osservazioni del FERRINI, *Legati*, pagg. 424 e segg.

(1124) Vedi e. g. fr. 69 pr., Dig. 31. *Papinianus libro nono decimo quaestionum*. « ' Peto, Luci Titi, contentus sis centum aureis '. fideicommissum valere placuit idque rescriptum est. quid ergo si, cum heredem ex parte instituisset, ita locutus est: ' peto pro parte tua contentus sis, Luci Titi, ' centum aureis ' ? petere poterunt coheredes partem hereditatis, retinente sive praecipiente quo contentum esse voluit defunctus. sine dubio facilius est hoc probare, quam probari potuit illud, cum idi fideicommissum petatur ab his, cum quibus non est testator locutus. idem dicemus, si, cum ex asse scripsisset heredem, eius gratia, qui legitimus heres futurus esset, ita loquatur: ' peto pro ' hereditate, quam tibi reliqui, quae ad fratrem meum iure legitimo ' rediret, contentus sis centum aureis ' ». E confronta KOEPPEN, *Lehrbuch*, § 137.

2. — Il fedecommissario universale richiede la *c. d. testamenti factio* attiva nel fedecommittente, e la *c. d. testamenti factio* passiva nel fiduciario e nell'onerato. Il fiduciario può essere l'erede testamentario o legittimo: può anche essere fiduciario il primo fedecommissario, nel qual caso si ha un tipo speciale di fedecommissario cioè il fedecommissario a più gradi o sostituzione fedecommissaria (1125).

3. — Il fedecommissario ha per effetto di obbligare il fiduciario a restituire l'eredità (in tutto od in parte) al fedecommissario (1126). Il diritto corrispondente del fedecommissario si perfeziona, come quello di qualsiasi altro legatario, nei due momenti successivi del *dies cedens* (momento della morte del fedecommittente) e *dies veniens*, che, per regola, cade nel momento in cui muore il fiduciario, ma che può anche coincidere col momento in cui il fiduciario adisce l'eredità fedecommissaria. Abbiamo però veduto che il fedecommissario universale si differenzia dal legatario per ciò: che mentre questi è alla mercè dell'erede, potendo definitivamente acquistare il legato solo quando piaccia all'erede di adire l'eredità, il fedecommissario può costringere l'erede fiduciario ad adire l'eredità allo scopo di operarne la restituzione del fedecommissario (1127).

4. — Per restituzione del fedecommissario non si intende l'effettiva consegna o trasferimento dei beni e diritti che

(1125) Sul fedecommissario a più gradi vedi fr. 1, § 8, Dig. 36, 1; § 11, *Inst.*, II, 23; Nov. 159, c. 2.

(1126) Che il fedecommissario universale avesse effetto semplicemente obbligatorio è ammesso dai più. Una opinione intermedia sostiene il BRINZ, *Pandekten*, § 430, n. 32.

(1127) Ove il testatore nulla avesse disposto circa il tempo della restituzione, questa poteva essere chiesta subito. Vedi fr. 41, §§ 13-14, Dig. 32. Se il testatore aveva fissato un termine al fiduciario, questi non era tenuto a restituire che quando fosse scaduto. Ma poteva restituire prima? Veggansi i seguenti testi: fr. 10, Dig. 36, 1 (cfr. fr. 41, § 12, Dig. 32; fr. 114, § 11, Dig. 30; e c. 12, Cod. VI, 42); e SCIALOJA, *Sulla c. 12 « de fideicommissis »* (nel Foro Abruzzese, 1886). — SERAFINI, in *Archivio giuridico*, vol. XXXVII, pagg. 251 e segg. — FERRINI, *Legati*, pagg. 425 e segg.

costituiscono l'eredità, ma una manifestazione di volontà, espressa o tacita, del fiduciario, che può aver luogo anche per mezzo di rappresentante, subito, o solo prima della sua morte, quando la restituzione del fedecommissario debba, per volontà del testatore, avvenire in quel momento (1128).

5. — Il fiduciario che restituisce risponde di tutti i danni arrecati all'eredità per dolo o colpa lata, e quando non è tenuto a restituire che una parte, anche per la *culpa in concreto*. Egli non è tuttavia obbligato a restituire i frutti percepiti fino al giorno della restituzione, salvo il caso di *mora*, nè gli oggetti a lui dati *condicionis implendae causa*, nè quelli a lui lasciati in legato. Egli conserva poi, come l'erede, la *quarta Trebelliana*, purchè abbia adito spontaneamente, e inoltre i *iura sepulcrorum*. Se il fiduciario non ha adito spontaneamente, ma è stato costretto ad adire *ut restituat*, ottiene l'eredità solo formalmente, e non acquista quindi, riguardo alla medesima, diritti di sorta (1129).

6. — Dopo la restituzione, il fedecommissario viene considerato *come erede*; può agire contro i terzi debitori dell'eredità ed essere dai medesimi convenuto, ed ha la *petitio hereditatis fideicommissaria*.

§ 3. Del « fideicommissum eius quod supererit ».

Se il testatore, dopo aver istituito un erede, gli avesse dato incarico di restituire l'eredità ad altri, nello stato in cui si sarebbe trovata al momento della restituzione, poteva dubitarsi circa il modo di interpretare una tale disposizione. I giureconsulti classici decidevano che la si dovesse interpretare in base alla *bona fides*, che domina nel rapporto fedecommissario, e che quindi il fiduciario non potesse abusare della fiducia in lui riposta e dovesse astenersi da ogni atto fraudolento; il Divo Marco dispose, in una sua

(1128) Vedi fr. 23 [22], § 3, Dig. 36, 1 [interpolata].

(1129) Nè svantaggi: § 7, *Inst.*, II, 23 sopra trascritto; fr. 44, §§ 4-5, Dig. 35, 1; fr. 23 [22], § 2, Dig. 36, 1. Nè vantaggi: fr. 15 [14], § 4, Dig. 36, 1; fr. 4; fr. 28 [27], § 2; fr. 57 [55], § 3, Dig. *h. t.*

costituzione, che egli neppure potesse porre a solo carico dell'eredità fedecommissaria le spese fatte per essa, ma che dovesse invece distribuirle equamente fra questa e il suo patrimonio personale; Giustiniano stabilì, infine, che il fiduciario potesse disporre liberamente di tre quarti dell'eredità, garantendo, per contro, il fedecommissario per il rimanente quarto (1130).

§ 4. La « *donatio mortis causa* ».

Per *donatio mortis causa* si intende una donazione fatta da alcuno in vista della propria morte e che, per tal motivo, si considera come revocabile a suo arbitrio. Dal punto di vista della sua funzione la *donatio mortis causa* presenta grande analogia coi legati, e, anche giuridicamente, venne, sotto vari aspetti, ai medesimi assimilata. Si ammise infatti che la *donatio mortis causa* potesse essere validamente fatta nelle forme del codicillo (5 testimoni) anzichè mediante indicazione; ad essa venne applicata la *lex Falcidia*: di essa si tenne conto, come dei legati, nel computo della legittima, e infine si ammise che potesse anche venir gravata di legati (1131).

(1130) Vedi fr. 56 [54] e fr. 60 [58], §§ 7-8, Dig. 36. 1; fr. 25, § 16, Dig. 5, 3; fr. 70, §§ 3 e 71, Dig. 31; e cfr. Nov. 138, c. 1, 2.

(1131) Esagera tuttavia Giustiniano quando dice che le *donationes mortis causa* sono in tutto e per tutto simili al legato. Ciò non è esatto perchè esse si differenziano dai legati in punti notevoli. Sebbene revocabili non sono atti unilaterali; non presuppongono l'esistenza di testamento, e non vengono annullate da un testamento posteriore.

CENNI DI PROCEDURA CIVILE ROMANA (1132)

Sommario: § 1. Nozioni generali. — § 2. I tre periodi storici della procedura civile romana. — § 3. Svolgimento « in iure » della procedura « per formulas ». — § 4. Della « *litis contestatio* ». — § 5. La procedura « in iudicio ». — § 6. Della « *res iudicata* ». — § 7. Esecuzione delle sentenze. — § 8. Delle singole « *formulae* ». — § 9. Delle singole parti costitutive delle « *formulae* ». — § 10. Delle « *exceptiones* ». — § 11. Delle varie specie di « *actiones* ». — § 12. Estinzione delle « *actiones* ». — § 13. Altri provvedimenti magistratuali.

§ 1. Nozioni generali.

La procedura civile romana si differenziava per tre tratti fondamentali della procedura civile dei tempi odierni. In primo luogo essa non era fondata sulla divisione, costituzionalmente garantita, del potere giudiziario dal potere esecutivo. Pei romani la giurisdizione civile era uno degli attributi fondamentali dell'*imperium* dei magistrati.

In secondo luogo essa non si svolgeva che in parte avanti al magistrato. Per tutta l'epoca antica e classica la procedura civile era divisa in due stadii, il primo dei quali si svolgeva avanti al magistrato, cioè *in iure*, il secondo avanti al giudice popolare (singolo o collegiale), cioè *in iudicio*. Il magistrato non giudicava, ma istruiva semplicemente la causa, cooperando a fissarne i veri termini, e nominando il giudice avanti al quale essa doveva poi venir discussa. Il giudice ascoltava le parti, esaminava i fatti, valutava le prove e sentenziava.

(1132) Un'ampia esposizione della procedura civile romana ci è conservata nel quarto libro delle *Istituzioni* di GAIO. Fra le opere moderne citiamo il classico trattato del KELLER, *Der römische Civilprocess* (6ª ediz. elaborata con succose note dal Wach), Leipzig, 1883; e SCIALOJA, *Procedura civile romana (Lezioni)*, Roma, 1894.

Una terza caratteristica fondamentale della procedura civile romana consisteva poi in ciò: che essa non era costituita da un complesso di regole generali da osservarsi nel far valere un diritto qualsiasi, ma piuttosto da un complesso di *azioni*, corrispondenti ciascuna ad un rapporto concreto, onde essa era in ben più stretto rapporto col diritto sostanziale di quanto non sia la procedura civile moderna.

§ 2. *I tre periodi storici della procedura civile romana.*

Nello svolgimento storico della procedura civile romana, dalle origini fino a Giustiniano, si distinguono tre periodi, a ciascuno dei quali corrisponde un proprio sistema. Dalle origini fino alla *lex Aebutia* era in vigore il sistema detto delle *legis actiones* (1133). A partire dalla *lex Aebutia* si sviluppò il sistema *per formulas*, che fu dominante per tutta l'epoca classica. Accanto a questo sistema, già agli inizi del principato, nè spuntò infine un terzo, detto della *extraordinaria cognitio*, che prevalse nell'epoca post-classica, e che è il solo vigente in quella giustiniana.

1. — La procedura delle *legis actiones* si caratterizzava massimamente per la *oralità* e *solennità delle sue forme*, e per la prevalenza che, in essa, era data alla attività delle parti contendenti di fronte a quella del magistrato. I modi della procedura delle *legis actiones* erano cinque: *sacramento*, *per iudicis arbitrive postulationem*, *per condictioem*, *per manus iniectioem* e *per pignoris capionem*. I primi tre erano propriamente modi di procedura contenziosa; gli ultimi due, almeno nell'epoca storica, erano modi di procedura esecutiva.

Nella *legis actio sacramento* le parti, avanti al magistrato, affermavano e, rispettivamente, negavano solennemente il diritto controverso, e poi si sfidavano ad una specie di scommessa, che era appunto il *sacramentum*. Il magistrato cercava di conciliare le parti; ma se non riusciva, lasciava che facessero la scommessa, e poi le rinviava al giudice perchè decidesse chi aveva scommesso il giusto: *utrius*

(1133) Sulla vera portata della *lex Aebutia*, e sul rapporto della medesima colla *lex Iulia*, vedi vol. I, pagg. 129 e segg. note; e EISELE, *Abhandlungen zum römischen Civilprocess*, 1889, pag. 67 e segg.

sacramentum iustum utrius iniustum. La sentenza del giudice, risolvendo questo punto, risolveva anche, sebbene indirettamente, la controversia giuridica (1134).

Più semplice, ma pur sempre solenne, era la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (1135). Essa consisteva in una istanza che le parti, convenute *in iure*, facevano al magistrato affinchè nominasse loro un giudice od arbitro che risolvesse una certa loro controversia.

La *legis actio per condictioem* si differenziava dalla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* per non richiedere solennità di sorta. Essa venne introdotta dalla *lex Silia*, come modo di procedura per far valere un *creditum* di *certa pecunia*, ed estesa poi, dalla *lex Calpurnia*, ad ogni *creditum de certa re*. Essa presupponeva dunque il riconoscimento o l'introduzione, nel sistema giuridico romano, di un negozio giuridico efficace a far sorgere un *creditum*, e questo fu forse in origine la *stipulatio* (1136).

Le *legis actiones per manus iniectioem* e per *pignoris capionem* erano, come già abbiamo accennato, modi di procedura esecutiva, e presupponevano quindi un'obbligazione già riconosciuta e liquidata per sentenza, o anche *altrimenti* (1137), della quale garentivano l'adempimento sulla persona o sui beni del debitore.

2. — La procedura *per formulas* (1138) si differenziava da quella delle *legis actiones* per essere *scritta e non solenne*

(1134) Vedi GAIÒ, IV, 13-16.

(1135) Il passo di GAIÒ, relativo a questo *modus agendi* è lacunoso e quindi poco se ne può dire con sicurezza. Il documento relativo più importante è costituito dalle sigle di VALERIO PROBO, T. P. I, A. P. U. D. *Te praetor iudicem arbitrumve postulo uti des.*

(1136) Vedi GAIÒ, IV, 17-20. Quanto alla ripartizione delle singole *actiones* nei tre *modus agendi* nulla di certo può dirsi all'infuori di quanto ci insegna Gaio, che, cioè, il *modus sacramenti* era il più generale e veniva applicato a tutte le azioni per le quali non fosse stato prescritto un *modus agendi* diverso. Cfr. KELLER, *Röm. Civilprocess*, §§ 12-21.

(1137) Di qui la distinzione fra *manus iniecto iudicati, pro iudicato* e *pura* sulla quale vedi GAIÒ, IV, 21-25.

(1138) Vedi GAIÒ, IV, 30-31. « *Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium venerunt, namque ex nimia subtilitate veterum qui tunc iura*

e per attribuire al magistrato ampi poteri circa la direzione e condotta del processo. Mentre infatti nella procedura delle *legis actiones* le parti dovevano fare tutto da sè, recitando le solenni formule della rispettiva *actio*, ed esponendosi al rischio di perdere la causa per aver sbagliato una sola parola, e al magistrato, impedita la violenza e tentata la conciliazione loro, altro non restava se non rinviarle al giudice, nella procedura *per formulas* le parti esponevano liberamente le rispettive pretese, documentandole a loro talento, ed il magistrato, in base a tale loro libera esposizione, concedeva alla fine la *formula* nella quale riassumeva in iscritto il vero punto della controversia. L'importanza di questa innovazione procedurale fu massima, non solo dal punto di vista della certezza dei giudizi, ma anche dal punto di vista del diritto sostanziale, perchè, mentre nel sistema delle *legis actiones* il magistrato ordinava, o meno, il giudizio a seconda che l'attore avesse o meno recitato esattamente un formulario che, per il suo caso, doveva essere già stato introdotto dalla giurisprudenza, ora egli poteva creare tante nuove *formulae* quanto gli sembrassero utili e opportune, allargando indefinitamente la sfera dei rapporti giuridici tutelati.

3. — La procedura *per formulas* aveva in comune con quella delle *legis actiones* la divisione del processo in due stadii successivi: *in iure* l'uno, e *in iudicio* l'altro. La caratteristica fondamentale della procedura *per extraordinariam cognitionem* consistette nell'abolizione di questa divisione, e nella concentrazione di tutto il processo avanti

condiderunt, eo res perducta est, ut vel qui minimum errasset, item perderet. Itaque per legem Aebutiam et duas Iulius sublatae sunt istae legis actiones effectumque est, ut per concepta verba, id est per formulas litigemus. Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti et si centumvirale iudicium futurum est. Sane quidem cum ad centumviro itur, ante lege agitur sacramento apud praetorem urbanum vel peregrinum [praetorem]. Damni vero infecti nemo vult lege agere, ad potius stipulatione quae in edicto proposita est, obligat adversarium suum, idque et commodius ius et plenius est. Per pignoris captionem »... (lacuna di 23 linee).

al magistrato. Questa trasformazione della procedura venne operata per gradi. Si cominciò ad attribuire al magistrato la facoltà di decidere, senza rinvio al giudice, certe controversie relative a materie che avevano importanza più sociale che giuridica (1139), e poichè i risultati di tale esperienza furono buoni, se ne allargò sempre più il campo. La sostituzione della procedura *extra ordinem* a quella *per formulas* non fu, del resto, dovuta soltanto a ragioni di convenienza ed opportunità; essa fu, a ben vedere, la necessaria conseguenza di quelle profonde trasformazioni politiche e sociali che trasformarono il principato Augusteo nella monarchia Dioclezio-Costantina. I giudici popolari non avevano più ragion d'essere quando, consolidatasi la monarchia, era completamente svanito il senso delle antiche libertà cittadine. L'amministrazione della giustizia civile e penale era oramai considerata, come una *funzione di Stato*, che lo Stato deve compiere a mezzo di *suoi proprii organi tecnici*.

§ 3. Svolgimento in « iure »
della procedura per « formulas » (1140).

La procedura *per formulas* si apriva mediante un invito che l'attore faceva, privatamente, al convenuto di presentarsi avanti al magistrato: *in ius vocatio*. Se il convenuto non ottemperava a tale invito, l'attore aveva, già, dalle XII tavole, facoltà di invocare testimoni e usare la forza per costringerlo a seguirlo *in iure*. Il convenuto poteva tuttavia patteggiare, o presentare un *vindex* che ne assumesse le difese.

L'attore non era obbligato a dire subito al convenuto la causa per la quale lo conveniva avanti al magistrato: ma quando il convenuto aveva seguito l'invito, presentandosi

(1139) Oltre che pei *fideicommissa* tale procedura veniva seguita già nell'epoca classica, in materia di alimenti, di onorari, manumissioni, ecc. Cfr. KELLER, op. cit., § 81.

(1140) Per una esposizione più ampia e dettagliata si confronti KELLER, op. cit., § 81.

avanti al magistrato, egli doveva specificare la propria domanda: *edere actionem, dictare iudicium*, e cioè, insomma, precisare il diritto che intendeva far valere, *l'actio* che intendeva promuovere. Bisogna tener presente che pei singoli rapporti tutelati dall'antico diritto civile, esistevano già le relative *formulae* scritte nell'editto del pretore. Poteva quindi l'attore limitarsi ad indicare una di tali *formulae*, come corrispondente al caso suo; ma egli poteva anche chiederne l'adattamento, adducendone le ragioni. Se poi la sua pretesa non aveva fondamento nel diritto civile, poteva essere che l'avesse in quello pretorio. E allora l'attore doveva invocare la clausola edittale corrispondente, e, se per il caso suo non esisteva alcuna clausola edittale, poteva, ad ogni modo, fare appello al magistrato perchè gli concedesse una *formula in factum*, cioè per il caso suo.

Il convenuto poteva opporsi alla concessione della *formula* richiesta dall'attore, cercando dimostrare che l'attore non si trovava nelle condizioni volute dal diritto civile o pretorio per ottenerla, e così pure poteva opporsi alla estensione di una *formula* civile già esistente o alla concessione *ex novo* di una *formula in factum*, sia dimostrando che tale estensione non era giustificata nel caso concreto, sia opponendosi alla medesima in linea di principio. Oppure poteva riconoscere, in massima il diritto dell'attore di chiedere quella data *formula civilis*, ma contemporaneamente chiedere che nella medesima venisse inserita una *exceptio*: per esempio, una *exceptio doli*, o *metus*, o *rei venditae ac traditae*. In tal modo egli riconosceva teoricamente il diritto dell'attore, ma si assicurava che il medesimo non avrebbe potuto, in pratica, esser fatto valere contro di lui. L'attore poteva, alla sua volta, parare il colpo, non opponendosi all'inserzione della *exceptio*, ma chiedendo, alla sua volta, l'inserzione di una *duplicatio* che la paralizzasse, e vai dicendo (Vedi oltre pag. 627).

Tutto ciò era oggetto di discussioni e trattative che si svolgevano *in iure*, cioè avanti al magistrato, e ciascuna delle parti adduceva fatti, documenti, e argomenti allo scopo di ottenere ciò che chiedeva. Altre trattative avevano poi luogo relativamente alla scelta del giudice o dei giudici,

ai documenti addotti *hinc et inde*, e all'accertamento di tutte le circostanze di fatto che dovevano essere chiarite per potersi regolarmente ordinare il giudizio. A questo ultimo fine serviva l'istituto della *interrogatio in iure*, per cui ognuna delle parti poteva costringere l'altra a rendere noti fatti o circostanze interessanti la controversia: per esempio, se il convenuto fosse erede per il tutto o per una parte; se fosse in possesso della cosa rivendicata, ecc.

Finalmente il magistrato chiudeva la procedura *in iure* con un decreto col quale o dichiarava che non era il caso di ordinare un *iudicium* (*denegatio actionis*), oppure invece lo ordinava, concedendo una data *formula* che l'attore consegnava al convenuto. In questo momento la lite era contestata e le parti, prestate le opportune cauzioni, convenivano di ricomparire, in un dato termine, avanti al giudice per discutere la causa e farla decidere.

§ 4. Della « *litis contestatio* » (1141).

La *litis contestatio* segnava dunque cronologicamente il punto di separazione fra la fase del procedimento *in iure* e quella *in iudicio*. Essa compievasi, in antico, mediante solenne invocazione di testimoni, onde appunto il nome di *litis contestatio*; nella procedura per *formulas* risultava invece dall'accettazione, da parte del convenuto, della *formula* redatta dal magistrato, a richiesta dell'attore, e da questi dettata o consegnata al convenuto. La *litis contestatio* aveva dunque carattere convenzionale: le parti manifestavano con essa la loro concorde volontà che la controversia fosse sottoposta al giudice nei termini nei quali trovavasi concepita nella *formula* chiesta al magistrato dall'attore e da questi dettata o consegnata al convenuto.

Questa teoria sulla essenza della *litis contestatio* è in perfetto accordo cogli effetti della medesima. La *litis contestatio* aveva un effetto negativo ed uno positivo: essa estingueva

(1141) Sulle *litis contestatio* veggasi KELLER, *Ueber litis contestatio und Urtheil*, 1827, e RÖM. *Civilprocess*; e contra, nel senso accolto nel testo, WLASSAK, *Litis contestatio in Formularprocess*, 1889.

il diritto dedotto in giudizio dall'attore, e lo sostituiva con un nuovo suo diritto: quello di ottenere una sentenza. La estinzione aveva luogo *ispo iure*, oppure *ope exceptionis (rei iniudicium deductae)*, a seconda che si trattasse di *iudicium legitimum*, oppure di *iudicium quod imperio continetur* (1142). Il diritto sostituito (Vedi retro, pag. 159) si caratterizzava specialmente per ciò: che era sempre trasmissibile agli eredi, anche quando l'azione consumata fosse intrasmissibile, per essere e. g. *vindictam spirans*.

La *litis contestatio* produceva, del resto, anche altri effetti: essa trasformava il possessore di buona fede in possessore di mala fede, dava luogo al decorso delle *usurae*, ecc.

(1142) Su questa distinzione veggasi GAIO, IV, 103-109. « 103. Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur. 104. Legitima sunt iudicia quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque e lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. Et hoc est quod vulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori. 105. Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris. In eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. Ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is qui ea praecepit, imperium habebit. 106. Et siquidem imperio continenti iudicio actum fuerit sive in rem sive in personam, sive ea formula quae in factum concepta est, sive ea quae in ius habet intentionem, postea nihilo minus ipso iure de eadem re agi potest; et ideo necessaria est exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae. 107. Si vero legitimo iudicio in personam actum sit ea formula quae iuris civilis habet intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est; si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso iure nihilo minus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae vel in iudicium deductae. 108. Alia causa fuit olim legis actionum: nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. 109. Ceterum potest ex lege quidem esse iudicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse. Nam si verbi gratia ex lege Aquilia vel Ollinia vel Furia in provinciis agatur, imperio continebitur iudicium; idemque iuris est et si Romae apud recuperatores agamus, vel apud unum iudicem interveniente peregrini persona; et ex diverso si ex ea causa ex qua nobis edicto praetoris datur actio, Romae sub uno iudice inter omnes cives Romanos accipiatur iudicium, legitimum est ».

§ 5. — La procedura « in iudicio ».

Colla *formula*, le parti si presentavano, nel tempo fissato, avanti al giudice (1143), che generalmente era circondato da un *consilium* di giuristi da lui liberamente costituito, e coll'assistenza di avvocati e patroni, discutevano la causa. L'attore esponeva il fatto e il diritto, concludendo per la condanna del convenuto; il convenuto rispondeva, in fatto e in diritto, concludendo per la propria assoluzione. *Hinc et inde*, durante la discussione o dopo la medesima, venivano addotti documenti e prove (testimoni, scritture, giuramenti) (1144), e alla fine il giudice (dato che non fossero sorti incidenti richiedenti da parte sua speciali provvedimenti: *interlocutiones*), si ritirava per preparare, coll'aiuto del suo *consilium*, e valutando liberamente tutte le prove addotte, la sentenza. Questa veniva poi da lui pronunciata a voce, senza bisogno di formule sacramentali, ma alla presenza delle parti, sotto pena di nullità (1145); e pronunciata che fosse, non poteva più, per alcun motivo, venire modificata.

Nelle azioni *arbitrariae* (Vedi oltre pag. 629) prima di pronunciare la sua sentenza il giudice ammoniva il convenuto che poteva ancora evitare la condanna uniformandosi al suo arbitrato: restituendo, per esempio, la cosa in controversia (1146).

(1143) Il giudice poteva essere uno solo, o più, o un *collegium*. Vedi KELLER, op. cit., §§ 4 e segg. Sull'*album* dei *iudices* e sulle relative lotte politiche vedi vol. I, pagg. 88-89.

(1144) In riguardo al giuramento conviene ricordare la classica opera del DEMELIUS, *Schiedseid und Beweiseid*. Leipzig, 1887, e il riassunto che ne dà SCIALOJA, op. cit., pagg. 226 e segg. Sul *pactum de iureiurando* vedi FADDA, nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano*, I, pagg. 34 e segg.

(1145) Per le altre cause di nullità delle sentenze veggasi KELLER, op. cit., pagg. 235-236. — SCIALOJA, op. cit., pag. 266.

(1146) Veggasi il famoso fr. 68, Dig. 6, 1. *Ulpianus libro quinquagesimo primo ad edictum*. « Qui restituere iussus iudici non paret contentens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari ».

Questo era, nelle sue linee fondamentali, l'andamento della procedura *in iudicio*. Se il convenuto non si presentava, il giudice era, in origine, autorizzato a pronunciare senz'altro la sua sentenza a favore dell'attore (*lis dabatur*). In seguito si ammise che la procedura dovesse avere il suo corso in contumacia del convenuto, e allora la sentenza riesciva condannatoria solo in quanto il giudice si fosse convinto del buon diritto dell'attore (*sententia in eremodicio*). In caso di contumacia dell'attore, il convenuto veniva sempre assolto.

Tutta la procedura *in iudicio* doveva, in origine, venire esaurita in un solo giorno (dall'alba al tramonto) e ove ciò non riuscisse, conveniva ricominciare da capo in un altro giorno, e così via. Questa antica regola cadde poi in disuso: durante l'epoca imperiale, si ammise che la procedura, non condotta a termine in un giorno, potesse venir ripresa in un altro giorno determinato, al punto in cui era stata sospesa.

La procedura *in iudicio* poteva, del resto, venire sospesa anche per autorità del magistrato il quale poteva sempre sostituire il giudice, gli eventuali rappresentanti delle parti, e vai dicendo (*traslatio iudicii*). E poteva infine anche avvenire che il *iudicium* spirasse prima di essere stato condotto a termine, per avere le parti lasciato trascorrere un anno e mezzo dall'emissione della *formula*, quando si trattava di *iudicia legitima*, o per avere cessato di essere in carica il magistrato che aveva emessa la *formula*, quando si trattava di *iudicia imperio continentia* (1147).

officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. haec sententia generalis est et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet». Questo testo è evidentemente interpolato. Cfr. fr. 3, § 2, Dig. 27, 9; fr. 3, § 13, Dig. 43, 20.

(1147) Vedi retro pag. 614, nota.

§ 6. Della « res iudicata ».

La procedura *in iudicio* si chiudevva normalmente (1148) con una *sententia*, la quale poteva essere assolutoria o condannatoria, ma doveva, in ogni caso, essere corrispondente alla *intentio* della *formula*. Il giudice, in altri termini, poteva assolvere o condannare solo a seconda che risultassero esistenti, nel momento della emissione della *formula* (1149), quelle condizioni da cui dipendeva l'ordine contenuto nella *formula* stessa di condannare o di assolvere: e così pure doveva la condanna essere contenuta nei limiti eventualmente fissati nella *formula*, poichè il giudice era chiamato a decidere la causa nei termini precisi nei quali essa era stata fissata dal magistrato e accettata, *litis contestatione*, dalle parti. In conseguenza di ciò, ove anche dalla discussione *in iudicio* fosse risultato essere il convenuto debitore per una somma maggiore di quella indicata nella *formula* (c. d. *minus petitio*), il giudice non poteva, nel condannare, eccedere il limite impostogli, salvo all'attore di agire in seguito per il di più. Ove poi il convenuto fosse risultato debitore di una somma minore (così detta *plus petitio*),

(1148) Il giudice però non era obbligato a pronunciarla; egli poteva esimersene dichiarando di non essersi potuto formare una convinzione (*sibi non liquere*). In questo caso veniva sostituito, e aveva luogo *translatio iudicii*.

(1149) Vedi tuttavia GAIO, IV, 114. « Superest ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, qui officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. Nostri praeceptores absolvere eum debere existimant, nec interesse cuius generis sit iudicium; et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. Diversae scholae auctores... de bonae fidei iudiciis autem idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. Tantumdem et de in rem actionibus putant, quia formulae verbis id ipsum exprimitur ». Cfr. § 2, Inst., IV, 12. « Superest ut admoneamus, quod si ante rem iudicatam is cum quo actum est satisfaciat actori, officio iudicis convenit eum absolvere, licet iudicii accipiendi tempore in ea causa fuisset, ut damnari debeat: et hoc est, quod ante vulgo dicebatur omnia iudicia absolutoria esse ».

doveva essere assolto, nè in questo caso vi era possibilità di nuovo giudizio, essendo rimasta l'azione consumata *litis contestatione* (1150).

La sentenza faceva poi, in ogni caso, legge fra le parti: *res iudicata pro veritate accipitur*; nè potevasi rinnovare il giudizio in riguardo alla medesima *causa*, per lo stesso oggetto, e fra le stesse parti, ostando la *exceptio rei iudicatae* (1151).

§ 7. Esecuzione delle sentenze.

La sentenza di condanna era, per diritto classico, sempre *pecuniaria*; essa consisteva cioè nell'obbligo fatto al con-

(1150) Sulla *plus petitio* vedi GAIO, IV, 53-60. « 53. Si quis intentione plus complexus fuerit, *causa cadit*, id est rem perdit, nec a praetore in integrum restituitur exceptis quibusdam casibus in quibus, praetor non patitur. (Lacuna di due linee). 53 a. *Plus autem quattuor modis petitur: re, tempore, loco, causa. Re, veluti si qui pro X milibus quae ei debentur, XX milia petierit, aut si is cuius ex parte res est, totam eam aut maiore ex parte suam esse intenderit. 53 b. Tempore plus petitur, veluti si quis ante diem petierit. 53 c. Loco plus petitur, veluti si quod certo loco dari promissum est, id alio loco sine commemoratione eius loci petatur, velut si quis ita stipulatus fuerit: EPHESI DARE SPONDES?, deinde Romae pure intendat DARI SIBI OPORTERE... dare mihi oportere (lacuna di due linee) petere id est non adiecto loco. 53 d. Causa plus petitur, velut si quis in intentione tollat electionem debitoris quam is habet obligationis iure: velut si quis ita stipulatus sit: sestertium X milia aut hominem stichum dare spondes?, deinde alterutrum ex his petat; nam quamvis petat quod minus est, plus tamen petere videtur, quia potest adversarius interdum facilius id praestare quod non petitur. Similiter si quis genus stipulatus sit, deinde speciem petat: veluti si quis purpuram stipulatus sit generaliter, deinde Tyriam specialiter petat; quin etiam licet vilissimam petat, idem iuris est propter eam rationem quam proxime diximus. Idem iuris est, si quis generaliter hominem stipulatus sit, deinde nominatim aliquem petat, velut Stichum, quamvis vilissimum. Itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet. 54. Illud satis apparet in incertis formulis plus peti non posse, quia, cum certa quantitas non petatur, sed *quidquid* adversarium dare facere oportet intendatur, nemo potest plus intendere. Idem iuris est et si in rem incertae partis actio data sit: velut talis: *quantam partem paret in eo fundo quo de agitur actoris esse; quod genus actionis in paucissimis causis dari solet* ».*

(1151) Vedi GAIO, IV, 106, sopra trascritto.

venuto di pagare all'attore una certa somma di denaro. Se il convenuto non ottemperava spontaneamente alla sentenza, occorreva che l'attore procedesse all'esecuzione.

La procedura esecutiva era in origine personale: era cioè rivolta contro la persona del *iudicatus* che, trascorsi 30 giorni dalla sentenza senza che l'avesse adempiuta, poteva essere tratto in prigione dal suo creditore. Questo arresto durava 60 giorni. Nelle ultime tre *nundinae* di questo periodo il creditore doveva condurre il prigioniero avanti al magistrato, proclamando l'ammontare del debito per cui era stato condannato. Se nessuno si presentava per liberarlo, pagando il creditore, questi poteva, trascorsi i 60 giorni, venderlo *trans Tiberim* o ucciderlo. Se vi erano più creditori potevano tagliarlo a pezzi.

Accanto a questa procedura sulla persona del debitore (1152) se ne ammise, in seguito, una *reale*, cioè sui beni. Secondo questa procedura, ogni creditore, che avesse ottenuta una sentenza di condanna del proprio debitore, poteva chiedere di essere immesso nel possesso dei beni del medesimo. Questa *missio in possessionem* operava *in rem*, cioè a favore di tutti i creditori, ma non implicava, per sè stessa, altra facoltà all'infuori di quella di custodire i beni e di impedirne la distrazione. Ai creditori immessi nel possesso era fatto obbligo di rendere nota la immissione stessa (*proscriptiones*), affinchè tutti gli altri eventuali creditori del *iudicatus* potessero parteciparvi, e per dar modo ai parenti e agli amici del condannato di intervenire in suo favore. Durante la *missio* il magistrato nominava, dietro istanza dei creditori, un *curator bonorum* (1153).

Ma il magistrato, oltre all'accordare la *missio in possessionem*, poteva anche ordinare, e generalmente ordinava, che si procedesse alla vendita dei *bona*. Questa veniva eseguita, dopo un certo tempo, e osservate certe formalità, da un *magister bonorum*, che era uno dei creditori, nominato dalla maggioranza dei medesimi, dietro autorizza-

(1152) Vedi KELLER, op. cit., §§ 83 e segg.

(1153) Sugli attenuamenti introdotti dalla *lex Poetelia* vedi più avanti pag. 173.

zione del magistrato. Il *magister bonorum* non va quindi confuso col *curator bonorum*. Questi veniva nominato dal magistrato ed aveva funzioni puramente amministrative e conservative del patrimonio del decotto; quegli era nominato dall'assemblea dei creditori, ed aveva come sua esclusiva mansione, la *venditio bonorum*.

La *venditio bonorum* presentava due caratteristiche fondamentali: essa era vendita dell'intero patrimonio (*bona*), e veniva fatta all'incanto, con aggiudicazione a colui che si offriva di pagare ai creditori il dividendo più elevato. Il *bonorum emptor* aveva diritto a tutto l'attivo (beni e crediti), e poteva chiedere la immissione nel possesso con uno speciale *interdictum possessorium*: egli poteva poi agire contro i debitori del decotto colle *formulae Rutiliana e Serviana* (1154), e così pure poteva venir convenuto dai creditori con azioni fittizie corrispondenti, fino all'ammontare del dividendo pattuito.

Il debitore che aveva subito la *venditio bonorum* incorreva nell'*infamia*, a meno che non avesse spontaneamente ceduto i proprii beni a soddisfazione dei suoi creditori (*cessio bonorum*).

Accanto alla *bonorum venditio* si ammise poi, in casi eccezionali, la *distractio bonorum*. Questa procedura differiva dalla precedente perchè consisteva nella vendita di singoli beni, fatta eseguire dal *curator bonorum*, per l'ammontare necessario a soddisfare i creditori.

(1154) Sulle *formulae Rutiliana e Serviana* vedi GAIO, IV, 35-36. « Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit, sed interdo et alio modo agere solet nam ex persona eius, cuius bona emerit sumpta intentione, convertit condemnationem in suam personam, id est, ut, quod illius esset vel illi dari oporteret eo nomine adversarius huic condemnatur, quae species actionis appellatur Rutiliana, quae a praetore Publio Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur, comparata est. superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor agit Serviana vocatur ».

§ 8. Delle singole « formulae ».

Per la retta comprensione del diritto classico è indispensabile aver presenti le principali *formulae* quali ci sono riferite nelle fonti, o possono, in base alle medesime, venir ricostruite. Le *formulae* sono o *in ius conceptae* o *in factum conceptae*; le prime hanno il loro fondamento nel *ius civile*, le seconde nell'*imperium* del magistrato. Vi sono poi anche delle *formulae ficticiae* le quali sono azioni *in ius conceptae* accordate dal magistrato in base alla finzione di un dato loro requisito. Infine tanto le *formulae in ius* che quelle *in factum* possono venir modificate mediante trasposizione di soggetti e fatte così servire a scopi diversi.

Noi ci limiteremo qui a dare alcuni esempi di *formulae* per ciascuna delle quattro specie indicate.

— Formulae in ius conceptae (1155).

A) In Rem.

REI VINDICATIO

Titius iudex esto. Si paret rem qua de agitur ex iure Quiritium Auli Agerii esse, neque ea res arbitrato tuo Aulo Agerio restitatur, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

ACTIO NEGATORIA

Titius iudex esto. Si paret Numerio Negidio ius non esse eo fundo quo de agitur uti frui, invito Aulo Agerio, neque ea res arbitrio tuo Aulo Agerio restitatur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

(1155) Vedi GAIO, IV, 45. « Sed eas quidem formulas in quibus de iure quaeritur in ius conceptas vocamus, quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure quiritium, aut nobis dari oportere aut pro fure damnum decidi oportere; in quibus iuris civilis intentio est ».

ACTIO CONFESSORIA

Titius iudex esto. Si paret Aulo Agerio ius esse eo fundo quo de agitur uti frui invito Numerio Negidio, neque ea res arbitrio tuo Aulo Agerio restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

ACTIO COMMUNI DIVIDUNDO

Titius iudex esto. Quod Lucius Titius Caius Seius de communi (eorum?) dividundo, et si quid in communi damni datum factumve sit, sive quid eo nomine aut absit eorum cui, aut ad eorum quem pervenerit, iudicem sibi dari postulaverunt: quantum... adiudicari oportet iudex... adiudicato: quidpuid ob eam rem alterum alteri praestare oportet ex fide bona, eius, iudex, alterum alteri condemna, si non paret absolve. (Ricostruzione del Lenel).

B) In Personam.

ACTIO CERTAE CREDITAE PECUNIAE

Titius iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertios decem milia dare oportere iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertios decem millia condemna, si non paret absolve.

ACTIONES EX EMPTO VENDITO

Ex empto: Titius iudex esto. Quod Aulus Agerius de Numerio Negidio hominem quo de agitur emit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

Ex vendito: Titius iudex esto. Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem quo de agitur vendidit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

ACTIONES NEGOTIORUM GESTORUM

Directa: Titius iudex esto. Quod Numerius Negidius negotia Auli Agerii gessit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

Contraria: Quod Aulus Agerius Numeri Negidii negotia gessit qua de re agitur quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet condemna, si non paret absolve.

ACTIO LEGIS AQUILIAE

Titius iudex esto. Si paret Numerium Negidium illum servum occidisse quam ob rem, quanti in servus in eo anno plurimi fuit, tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio dare oportet, tantam pecuniam duplam, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve. (Ricostruzione del Lenel).

ACTIO INIURIARUM

Titius Mevius Sempronius recuperatores sunt. Quod Aulo Agerio pugno mala percussat est, qua de re agitur, quantam pecuniam vobis bonum aequum videbitur ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio condemnari, tantam pecuniam, dumtaxat sestertios... tot, si non plus quam annus est, cum de ea re experiundi potestas fuit, recuperatores, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnate, si non paret absolvite. (Ricostruzione del Lenel).

II. — Formulae ficticiae (1156).

ACTIO PUBLICIANA

Titius iudex esto. Si quem hominem Aulus Agerius bona fide emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem quo de agitur eius ex iure Quiritium esse oporteret, si ea res... Aulo Agerio non restituetur, quanti ea res erit

tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

ACTIONES FICTICIAE IN REM E IN PERSONAM
ACCORDATE AL BONORUM POSSESSOR.

a) *Titius iudex esto. Si Aulus Agerius Lucio Titio heres esset, tum si eum fundum de quo agitur ex iure quirritium eius esse oporteret, si ea res arbitrato tuo Aulo Agerio non restitueretur, quanti ea res erit tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.*

b) *Titius iudex esto. Si Aulus Agerius Lucio Titio heres esset, tum si pareret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertios decem millia dare oportere, iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.*

« ACTIO FURTI » CONTRO UN PEREGRINO

Titius iudex esto. Si paret ope consilione Dionis (N.N.) Aulo Agerio furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem eum, si civis romanus esset, pro fure damnatum decidere oporteret, condemna, si non paret absolve.

III. — Formulae in factum (1157).

ACTIO DOLI

Titius iudex esto. Si paret dolo malo Numeri Negidii factum esse ut Aulus Agerius Numerio Negidio (Lucio Titio)

(1157) Vedi GAI, IV, 46 e 47. « 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 patronus contra libertum qui eum contra edictum praetoris in ius vocavit; nam in ea ita est: *recuperatores sunt. si paret illum patronum ab illo liberto contra edictum illius praetoris in ius vocatum esse, recuperatores illum libertum illi patronum sestertium X milia condemnate. si non paret, absolvite.* Ceterae quoque formulae quae sub titulo de in ius vocando propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum qui in ius vocatus neque venerit neque vindicem dederit; item contra eum qui vi exemerit eum qui in ius vocatur; et denique

fundum quo de agitur mancipio daret, neque plus quam annus est, cum experiundi potestas fuit, neque ea res arbitrio tuo restitueretur, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

ACTIO VI BONORUM RAPTORUM

Lucius Sempronius Titinius recuperatores sunt. Quantae pecuniae paret dolo malo familiae Numerii, vi hominibusve armatis coactisve, damnatum datum esse Aulo Agerio tantae pecuniae dumtaxat sestertios..... quadruplum recuperatores Numerium Negidium Aulo Agerio condemnate, si non paret absolvite.

« ACTIO » QUASI SERVIANA

Titius iudex esto. Si paret, eam rem, qua de agitur, ab eo cuius in bonis tum fuit, ob pecuniam promissam Aulo Agerio pignori obligatam eamque pecuniam neque solutam, neque eo nomine satisfactum esse, neque per Aulum stare quominus solvatur satisve fiat, nisi arbitrato tuo Numerius Negidius Aulo Agerio restituet, quanti ea res erit, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

IV. — « Formulae » con trasposizione di soggetti.

ACTIO INSTITORIA

Titius iudex esto. Quod Aulus Agerius de Lucio Titio, cum is a Numerio Negidio tabernae instructae praepositus

innumerabiles eius modi aliae formulae in albo proponuntur. 47. Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. Illa enim formula quae ita concepta est: *iudex esto. quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona. eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato nisi restituat. si non paret, absolvito*, in ius concepta est. At illa formula quae ita concepta est: *iudex esto. si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato. si non paret, absolvito*, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt ».

esset, decem pondo olei emit, cui rei Lucius Titius a Numerio Negidio praepositus erat, quidquid ob eam rem Lucium Titium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

ACTIO QUOD JUSSU

Titius iudex esto. Quod iussu Numerii Negidii patris Aulus Agerius Gaio Numerii Negidii filiofamilias togam vendidit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Gaium filium Aulo Agerio dare fecere oportet fide bona, eius Numerium Negidium patrem Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

Altre applicazioni di formula con trasposizione di soggetti si hanno in caso di rappresentanza giudiziale ove l'*intentio* è nel nome del rappresentato e la *condemnatio* nel nome del rappresentante. Per esempio:

Titius iudex esto. Si paret Numerium Negidium Publico Maevio sestertios decem millia dare oportere iudex Numerium Negidium Aulo Agerio (procuratori) condemna, si non paret absolve.

§ 9. Delle singole parti costitutive delle « *formulae* » (1158).

Dagli esempi addotti nel paragrafo precedente risulta che ogni *formula* era necessariamente composta di più parti, ma queste parti non erano sempre le stesse (1159). In ogni formula si aveva necessariamente la nomina di uno o più giudici o *recuperatores*; oltre a ciò una *intentio*, o domanda dell'attore, e una *condemnatio*, cioè un ordine di condannare o di assolvere rivolto al giudice.

La *intentio* era o *in ius* o *in factum*: *in ius* quando era fondata sopra un preteso diritto dell'attore: (*si paret rem qua de agitur Auli Agerii esse; si paret Numerium Negidium dare oportere*); *in factum* quando era fondata sopra determinate circostanze di fatto dalla constatazione delle quali

(1158) Vedi GAIO, IV, 39-47.

(1159) Sulle cosiddette *formulae praeiudiciales: an liber sit*, ecc., vedi GAIO, IV, 44 e segg.; e KELLER, op. cit., § 38.

il magistrato faceva dipendere l'obbligo del giudice di condannare: *si paret dolo malo Numerii Negidii factum esse*, ecc.; *si paret eam rem, qua de agitur, pignori obligatam esse*, ecc.

La *condemnatio* poteva essere determinata in una data somma *certa*, oppure essere completamente abbandonata alla valutazione del giudice, oppure essere abbandonata a tale valutazione ma entro un limite fissato: *condemnatio cum taxatione* (1160).

Oltre alla *intentio* e alla *condemnatio* la *formula* poteva contenere una *demonstratio* specificante il rapporto giuridico sul quale veniva fondata la domanda dell'attore: *quod Aulus Agerius de Numerio Negidio hominem, quo de agitur emit*; oppure: *quod Aulus Agerius negotia Numerii Negidii gessit*, ecc.

Nelle azioni *in factum* la *demonstratio* era fusa colla *intentio*.

Infine nelle *formulae* dei tre giudizi divisorii (*actio finium regundorum, communi dividundo* e *familia herciscundae*) figurava anche la *adiudicatio*, la quale era costituita da una proposizione colla quale il magistrato autorizzava il giudice ad attribuire alle parti la proprietà, o altri diritti reali, sulle cose in controversia. La *adiudicatio* era inserita fra la *demonstratio* e l'*intentio*. (Vedi la *formula dell'actio communi dividundo* a pag. 622.

§ 10. Delle « *exceptiones* » (1161).

Ogni *formula* conteneva un ordine del magistrato al giudice di condannare il convenuto, ove la domanda dell'attore o il fatto indicato nella *formula* stessa risultasse fondata, e di assolverlo nel caso contrario. Così, ad esempio, la formula petitoria conteneva l'ordine per il giudice di condannare il convenuto, ove l'attore risultasse proprietario; la *formula certae creditae pecuniae* conteneva l'ordine per il giudice di condannare il convenuto, ove egli risultasse

(1160) Cfr. GAIO, IV, 41, 49, 50.

(1161) Vedi GAIO, IV, 116-130; sulle *praescriptiones pro actore*, vedi GAIO, IV, 131-137.

debitore, ecc. Ora poteva ben avvenire che l'attore fosse proprietario e che tuttavia non sembrasse, nel caso concreto, equo, fargli ottenere restituzione della cosa; o che egli fosse veramente creditore, ma che non sembrasse equo fargli ottenere il pagamento. In questi casi i pretori provvidero accordando delle *exceptiones*.

La *exceptio*, dal punto di vista sostanziale, è una difesa che si accorda ad una persona contro un'azione giuridicamente fondata contro di essa. Dal punto di vista formale essa è una proposizione restrittiva (salvochè, a meno che, *si non, praeterquam si*, e simili) aggiunta nella *formula*, all'ordine di condannare *ut condicionalem faciat condemnationem*.

Alcuni esempi chiariscono il meccanismo della *exceptio*:

1° Tizio intenta contro Caio una *rei vindicatio*, Caio non contesta la proprietà di Tizio, ma afferma di aver ricevuto la cosa rivendicata dallo stesso attore Tizio a titolo di vendita. Il magistrato rinvierà la parti al giudice colla seguente formula:

Titius iudex esto. Si paret rem, qua de agitur, ex iure quiritium Titii esse, si non Titius rem qua de agitur Caio vendidit et tradidit neque ea res arbitrato tuo restituatur, quanti ea res erit tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna, si non paret absolve.

Ancora: Tizio conviene Caio coll'*actio certae creditae pecuniae* avendo da esso stipulato una certa somma di danaro. Caio non nega l'esistenza della sua obbligazione *ex stipulatu*, ma afferma di essersi così obbligato in seguito a raggiri del creditore, o a violenza, oppure afferma di aver pattuito con Tizio di non essere convenuto. Il magistrato rinvierà le parti al giudice colla seguente *formula*:

Titius iudex esto. Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio centum dare oportere si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat (oppure, in caso di violenza: si in ea re nihil metus causa factum est; o, in caso di patto: si inter Aulum Agerium et Numerium Negidium non convenit ne ea pecunia peteretur) iudex Numerium Negidium Aulo Agerio centum condemna, si non paret absolve.

Le eccezioni al pari delle azioni potevano essere in *ius* o in *factum*. Esse potevano venire invocate tanto dal convenuto contro l'attore, come da questi contro il convenuto. In questo caso, presupponendo esse che il convenuto avesse già ottenuto l'inserzione di una *exceptio*, prendevano il nome di *replicationes*.

Le *exceptiones* potevano venir inserite tanto nelle *formulae stricti iuris* che in quelle *bonae fidei*; alcune eccezioni tuttavia (come per esempio l'*exceptio doli, metus, pacti conventi*) si consideravano come sottintese in tutto le *formulae bonae fidei*.

Quanto poi alla loro efficacia sostanziale le *exceptiones* si distinguevano in *dilatoriae* e *perentoriae* a seconda che servivano a respingere l'attore per sempre, o solo per un certo tempo.

§ 11. — Delle varie specie di « actiones » (1162).

1. — *Actiones in rem, in personam* e *mixtae*. La fondamentale distinzione delle *actiones*, considerate dal punto di vista sostanziale, è tra *actiones in rem* e *actiones in personam*. Le *actiones in personam* sono quelle che si fanno valere contro una persona determinata individualmente, o almeno determinabile per un certo fatto, come, ad esempio, l'arricchimento o il possesso di una data cosa (c. d. *actiones in rem scriptae*) (1163); esse tutelano i diritti di obbligazione.

Le *actiones in rem* sono le azioni colle quali si fanno valere il diritto di proprietà, tutti gli altri diritti reali, e, in generale tutti i diritti assoluti, cioè valevoli *erga omnes*. Esse non spettano quindi *a priori* contro una persona determinata o determinabile, ma servono ad ottenere il riconoscimento dei diritti summenzionati contro chiunque li limiti, impugni o disconosca. Da ciò discende che, mentre nelle *formulae* delle *actiones in personam* la persona contro la quale esse vengono promosse è sempre indicata nella

(1162) Vedi GAIO, IV, 1-10; e *Inst.*, IV, 6.

(1163) *Actiones in rem scriptae* erano l'*actio quod metus causa, aequae pluviae arcendae*. ecc.

intentio, in quelle *in rem* questa persona è menzionata soltanto nella *condemnatio*.

La distinzione delle azioni *in rem* e *in personam* non era esclusiva delle azioni con *formulae* in *ius conceptae*. Vi erano azioni *in rem* civili e *pretorie*.

Delle azioni divisorie le istituzioni giustiniane dicono che sono *mixtae*; ma con ciò non voglio già dire che esse siano contemporaneamente *in rem* e *in personam*, il che sarebbe assurdo, ma solo che esse hanno un fondamento reale (cioè il condominio) e che importano *adiudicatio* di diritti reali (1164).

2. — *Actiones bonae fidei* e *stricti iuris*. Le *actiones in personam* si suddividono in *bonae fidei* e *stricti iudicii* o *iuris*. *Bonae fidei* erano quelle azioni la *formula* delle quali consentiva al giudice di valutare tutte le circostanze del caso, condannando il convenuto solo e in quanto ciò potesse avvenire *ex fide bona*. *Stricti iuris* erano quelle *actiones* la *formula* delle quali precisava rigorosamente l'oggetto della eventuale condanna non lasciando al giudice alcuna libertà di valutazione e apprezzamento (1165). Le *actiones in factum* erano tutte *stricti iuris*.

3. — *Actiones poenales, rei persecutoriae* e *mixtae*. Le *actiones poenales* erano quelle che tendevano a far ottenere una *poena privata*: per esempio, l'*actio furti iniuriarum, vi bonorum raptorum*. *Actiones rei persecutoriae* erano quelle che tendevano semplicemente a far riavere all'attore una cosa che gli fosse stata tolta, o a fargli ottenere un risarcimento di danni; *mixtae* erano quelle che tendevano all'uno e all'altro di questi due fini. Le azioni penali non competevano che contro l'autore del delitto cui dovevano la loro nascita; quelle *rei persecutoriae* invece competevano

(1164) Vedi § 20, *Inst.*, IV, 6.

(1165) Vedi GAIO, IV, 62; § 28, *Inst.*, IV, 6. *Bonae fidei* erano le *actiones tutelae, pro socio fiduciae, mandati, empti venditi, locati conducti, negotiorum gestorum, rei uxoriae, commodati, pignoratitia, praescriptis verbis*. *Stricti iuris* erano tutte le *condictiones*, l'*actio de certa credita pecunia e re, l'actio ex stipulatu*. (Vedi tuttavia per la dote pag. 367).

anche contro i suoi eredi; quelle miste competevano pure contro gli eredi, ma solo in quanto erano *rei persecutoriae* (1166). Le *actiones poenales vindictam spirantes* non si trasmettevano agli eredi neppure attivamente.

Actiones certae e incertae. Questa distinzione aveva grande importanza sia storica che pratica (1167). *Certae* erano le *actiones* che avevano per oggetto o una certa somma di denaro (*de certa credita pecunia*) o una qualsiasi cosa determinata (*de certa credita re*). *Incertae* erano tutte le altre. Le *leges Silia e Calpurniae* che introdussero la *legis actio de certa credita pecunia e de certa credita re* dovettero anche fissare le valide *causae* di tali debiti (Vedi retro pag. 5).

Actiones simplices e duplices. — *Simplices* erano dette quelle azioni nelle quali si distingueva la parte dell'attore da quella del convenuto; *duplices* erano le azioni divisorie in cui ciascuna delle parti era a un tempo attore e convenuto.

Actiones arbitrariae e non arbitrariae. — *Arbitrariae* erano quelle azioni la *formula* delle quali permetteva al giudice, prima di emanare la sentenza di condanna, di invitare il convenuto a soddisfare, in un dato modo, l'attore. L'arbitrato non era coattivo; ma costituiva un grave ammonimento, e, per regola, sarà stato eseguito dal convenuto per timore di peggio (1168).

Actiones privatae e populares. — *Privatae* erano le azioni che potevano venir promosse solo da certe persone ad esclusiva tutela delle quali erano state introdotte; *populares* erano quelle che potevano essere intentate da ogni cittadino essendo a tutela di un interesse pubblico.

Importanza del tutto storica hanno le distinzioni delle *actiones in civiles e honorariae, directae e utiles, directae e noxales, directae e contrariae*.

(1166) Sul carattere delle azioni penali e miste vedi § 16, *Inst.*, IV, 6; fr. 35, Dig. 44, 7.

(1167) Per la *plus petitio*, vedi retro pag. 617-618.

(1168) Appartenevano alla categoria delle *actiones arbitrariae* tutte le azioni petitorie, l'*actio quod metus causa, de dolo, ad exhibendum pauliana*, ecc.

§ 12. — Estinzione delle « actiones ».

Per quanto, nello svolgimento storico del diritto romano, i concetti di diritto (in senso subiettivo) e di *actio* si siano trovati in istrettissima connessione, tanto da sembrare completamente compenetrati l'uno nell'altro, pure, già nell'epoca classica, essi venivano tenuti concettualmente distinti, e da questa distinzione discendeva che potesse estinguersi l'*actio* indipendentemente dal diritto che essa tutelava, e lasciandolo sussistere, per quanto con effetti minori (vedi retro pagg. 56 e segg.).

Una prima causa di estinzione formale dell'*actio* si aveva, come già si è visto, nella *litis contestatio*, e nella *res iudicata* in base all'antico precetto: *bis de eadem re ne sit actio*.

Una seconda e importantissima causa di estinzione delle azioni si ebbe coll'istituto della prescrizione.

Questo istituto è di recente data. Nell'antico diritto civile tutte le azioni erano, per regola, *perpetuae*; non restavano cioè mai estinte per non essere cioè esercitate. Il pretore introdusse delle azioni *temporaneae*, cioè valide solo ove fossero fatte valere entro un certo tempo. Nella prassi provinciale l'istituto della prescrizione spuntò in materia di rivendica: come già abbiamo veduto, si ammise che colui che da lungo tempo era in possesso di una cosa potesse respingere il proprietario rivendicante colla *praescriptio longi temporis* (1169). Teodosio II (nel 424) stabilì, in una sua famosa costituzione (1170), che qualsiasi azione che non fosse già prescrittibile in più breve tempo, potesse venir respinta colla *praescriptio triginta annorum*.

Dopo questa riforma vennero chiamate *perpetuae* le *actiones* che si prescrivevano in più breve tempo, le quali vennero dette *temporales*.

Un'altra causa di estinzione delle azioni è data dal loro concorso (1171).

(1169) Vedi GAIUS, IV, 110-111; e *Inst.*, IV, 12.

(1170) C. 3, Cod. VII, 39.

(1171) Veggasi in proposito ALIBRANDI, *Sulle azioni concorrenti* (nel *Giornale di giurisprudenza teorico-pratica*, Roma, 1870), e in *Opere*,

Si ha concorso quando più azioni competono ad una stessa persona per il raggiungimento dello stesso scopo (*eiusdem rei nomine*). In questo caso valeva, per diritto classico, il principio che *electa una via non datur recursus ad alteram*. Promossa pertanto e contestata la lite in riguardo ad una fra le più azioni concorrenti, tutte le altre restavano estinte.

Nel diritto giustiniano, abolito l'effetto consuntivo delle *litis contestatio* sul quale si fondava il principio suesposto, affinché restassero estinte tutte le azioni che ad una persona competevano per un certo scopo, occorreva che essa avesse già ottenuto la piena condanna del convenuto. Se essa avesse ottenuto bensì la condanna, ma non per il tutto, poteva intentare le rimanenti azioni per la differenza.

Le azioni *vindictam spirantes*, o a tutela di diritti personali, si estinguono colla morte del titolare, mentre le altre trapassano ai suoi eredi.

§ 13. — Altri provvedimenti magistratuali.

Il magistrato romano non influiva sull'amministrazione della giustizia col solo ordinamento dei *iudicia*, ma bensì anche con molteplici altri provvedimenti fondati sul suo *imperium*. Vanno qui ricordate: 1° le *stipulationes praetoriae*, che erano *stipulationes* contratte dalle parti, dietro ingiunzione del magistrato onde regolare un dato rapporto; 2° gli *interdicta* che erano ordini emanati dal magistrato, a richiesta degli interessati, e che costituivano poi la base di complicati procedimenti onde accertare quale delle parti avesse agito contro l'ordine stesso; 3° le *missiones in possessionem*, e specialmente 4° le *in integrum restitutiones* colle quali il magistrato considerava come non avvenuto un fatto giuridico che, a suo avviso, recava ingiustamente pregiudizio ad una data persona (1172). Molti erano i casi nei quali

vol. I, Roma, 1896; EISELE, *Klagenkinkurenz* (nell'*Archiv. für die civ. Praxis*, 1892, pagg. 328-405).

(1172) Sulle *in integrum restitutiones* veggasi principalmente KELLER, op. cit. §§ 79-80; e LENEL, *Das Edictum Perpetuum*, 2ª ed. tedesca, pagg. 108 e segg.

il pretore accordava tale rimedio, e possono venir ridotti a due grandi categorie: a) *in integrum restitutio minorum XXV annorum*; b) *in integrum restitutio maiorum XXV annorum*. Questa presuppone sempre qualche speciale *causa*; in ispecie *absentia rei publicae causa*, *metus*, *dolus*, *error*, ecc.

La *in integrum restitutio*, doveva per diritto classico, essere chiesta entro un *annus utilis*; per diritto giustiniano entro un quadriennio dal momento della maggiore età, o dal venir meno della *causa* (*absentia*, *metus*, ecc.) in base alla quale veniva chiesta.

REV15

REV15

ÚK PrF MU Brno



3129S04121