

CONTARDO FERRINI

PROFESSORE NELLA R. UNIVERSITÀ DI PAVIA



SULLA INVALIDAZIONE SUCCESSIVA

NEI NEGOZI GIURIDICI



MODENA

PRESSO LA DIREZIONE DELL' ARCHIVIO GIURIDICO

—
1901

accede in sostanza il Brinz. Il Windscheid (*Pand.* § 82, n. 11) (1) ha avvertito molto bene, come il semplice fatto che vengano fatti cessare o tolti di mezzo gli effetti giuridici di un negozio anteriormente concluso che li ha prodotti non possa considerarsi punto quale invalidazione del negozio stesso. Questo è stato valido ed efficace: se il diritto scaturito è poi venuto meno per nuove circostanze, ciò nulla significa per la vita del negozio generatore. Si potrà invece, a suo avviso, discorrere di una mutazione di circostanza, la quale tolga di mezzo la validità di un negozio giuridico, solo quando abbiamo una dichiarazione di volontà non atta a produrre effetti giuridici immediati, quando insomma la nuova circostanza arrivi in tempo ad impedire che il negozio concluso produca effetti giuridici. Tale sarebbe il caso dei negozi *mortis causa*, di quelli sotto condizione e a termine. Quale giudizio deva darsi su questa dottrina, vedremo in seguito (2).

3. Non mi pare invece che la monografia recente e diligentissima dello Hellmann (*Archiv. für die civ. Praxis*, N. S. XL, 363-439) che pure si consulta utilmente per la raccolta dei materiali e per la bontà di singole osservazioni, rappresenti un progresso delle nostre conoscenze su tale argomento. Egli arriva ai seguenti risultati. Nelle fonti troviamo due principii: l'uno, che si applica agli atti di ultima volontà, dice che si hanno per non avvenuti quegli atti, che sono pervenuti in tali circostanze, con cui non avrebbero potuto cominciare e significa che tali atti non possono dopo la morte del *de-cuius* esplicare la loro efficacia; l'altro, che si applica ai rapporti obbligatorii, dice che i rapporti pervenuti in circostanze in cui non avrebbero potuto formarsi si risolvono. Tali principii non sono neppure nella rispettiva cerchia assoluti, ma si riferiscono solo ad *alcune* circostanze. Nel rimanente, e cioè nel campo dei diritti reali e di famiglia, vale invece la norma contraria *ut quae semel utiliter constituta sunt durent*, sebbene mutino poi le circostanze.

(1) Trad. F. e B. I, p. 332 seg.

(2) Essa non va confusa con quella di DONELLO nel suo *Comm. ad tit. de V. O.* ad l. 140 § 2; poichè il 'negotium imperfectum' di DONELLO è quello che, pur avendo già prodotto gli effetti giuridici (ad es. un rapporto obbligatorio), non ancora è pervenuto 'ad suum finem et effectum', 'ad exitum et finem constitutum', ossia al risultato pratico degli effetti medesimi.

4. In un punto tuttavia io credo che si debba dare ragione allo Hellmann, ed è quello su cui egli ha forse meno insistito: vale a dire nella contrapposizione fra atti di ultima volontà e atti fra vivi. Il Windscheid assieme a quelli pone gli atti condizionali e a termine. Io credo che così si ricasci in una confusione dannosa alla sicura intuizione dei rapporti ed alla esegesi dei testi. L'atto condizionale non produce effetto che al verificarsi della condizione, al quale momento solo *si perfeziona*: un mutamento di circostanze in questo momento impedisce al negozio di perfezionarsi e quindi non si può discorrere nè di successiva invalidazione dell'atto giuridico, nè di cessazione degli effetti giuridici dell'atto; ma piuttosto di impedita formazione del negozio (1). L'atto a termine in via ordinaria produce *subito* effetti giuridici, se anche ne resta dilazionato l'esperimento effettivo: esso pertanto si può sottoporre alla stessa norma degli atti puri.

Solo dove il termine veramente sospende gli effetti, come sarebbe in una tradizione a termine sospensivo, può ritenersi che si abbia una figura paragonabile a quella degli atti a causa di morte,

Invece gli atti di ultima volontà ed in particolare le istituzioni, i legati e i fedecommessi offrono questa speciale configurazione, che sono atti perfetti e compiuti col testamento o coll'altra disposizione che ne tenga le veci, che fin d'ora possono esplicare una certa efficacia (revoca di un testamento anteriore, traslazione di legato etc.), ma che non possono produrre i loro effetti principali (delazione del titolo, creazione di diritti reali od obbligatorii) prima della morte del disponente. Qui è dunque possibile che un fatto posteriore alla valida conclusione del negozio lo venga ad invalidare, togliendogli la forza di produrre i suoi effetti giuridici positivi.

5. Quando ciò avviene? È possibile una spiegazione ed una distinzione razionale, o dobbiamo rinunciare a qualunque più recondito fondamento e accontentarci di enumerare i singoli casi attestati dalle fonti? È prudenza di metodo cominciare coll'esame dei singoli casi: vedremo poi se sia possibile assorgere ad un principio sistematico.

A. La *capitis deminutio* del testatore, che intervenga *post factum testamentum*, rende irrite le istituzioni e i legati, nè vi è

(1) Tale osservazione si collega col modo di considerare il negozio condizionale; vedi le mie *Pandette* §§ 132, 146, 147. Cf. ad es. il modo di esprimersi del fr. 14 D. 46. 2.

luogo a distinguere se il testatore *ante mortem* riacquisti o no la qualità perduta.

Quindi l'atto rimane invalido, ancorchè il testatore recuperi prima di morire la libertà, la cittadinanza o lo stato di *sui iuris*, che nel frattempo avesse perduti (1). E per vero è la modificazione intervenuta nel soggetto, che non è più quello di prima, la vera ragione dell'annullamento *iure civili* del testamento « *iure factum* »: tant'è che il testamento del *filius familias miles*, che ha disposto del peculio castrense, vale dopo la sua emancipazione solo *iure militari*, e cioè quasi « *ex nova voluntate* » (fr. 22 D. 29, 1). Però se il testatore *ante mortem* ricupera lo stato perduto e muore quale cittadino atto a testare, il suo testamento *iure praetorio* può dar luogo alla *bonorum possessio secundum tabulas*, la cui efficacia dipende dall'esservi o ne altri eredi *iure civili*. Questo punto è almeno certo pel caso di *minima capitis deminutio* (cfr. Gaio 2, 147 e in specie alle parole: « *is in adoptionem se dedit et mortis tempore in adoptivi patris potestate fuit* », donde è ben lecito argomentare a *contrario*) (2); meno sicuro ne' casi di *media e maxima deminutio*; qui è possibile che lo stesso pretore non tenesse in verun conto il testamento anteriore (3).

Nel diritto giustiniano (sebbene in § 6 I. 2. 17 si seguano da vicino le orme gajane) questo punto di diritto deve sostanzialmente ritenersi mutato. Un « testamento pretorio » distinto dal *testamento civile* non esiste più (c. 29 C. 6, 23; § 3 I. 2, 10): la *bonorum possessio secundum tabulas* non è ormai che un rimedio dato a chi « *iure heres scriptus est* » (§ 3 I. 3, 9).

Ciò significa che in fondo non si bada più (l'accento restrittivo in fr. 12 pr. D. 28, 2 mostra solo che il passo fu inserito con poca riflessione) al mutamento avvenuto nella condizione giuridica soggettiva del testatore nel tempo intermedio, purchè egli avesse *tempore testamenti facti e tempore mortis* la *testamenti factio* attiva: cf. fr. 1 § 8 D. 37, 11. Una eccezione si deve fare pel caso che la *capitis deminutio* derivante da un atto volontario (*adrogatio*) possa considerarsi come implicante una revoca: in tal caso può

(1) Qui non s'intende accennare al caso del postliminio.

(2) S'avverta bene che GAJO stesso accentua che l'*inritum fieri* per « *capitis diminutio* » ha luogo *iure civili* (GAI. 2, 145).

(3) L'opinione generale è però che la *b. p.º sec. tab.* venisse sempre concessa. Vedi per tutti LEIS in GLÜCK, *Pand. Serie der Bücher* 37-38 IV, p. 175 seg.

opporsi una eccezione di dolo allo « *scriptus heres qui possessionem petat* »: fr. 11 § 2 D. 37, 11 (1).

6. B. La carenza della *testamenti factio* passiva dell'istituito o dell'onorato al momento della morte del testatore (o al momento dell'avverarsi della condizione) rende irrita la disposizione relativa. In questo caso le vicende intermedie non influiscono neppure *iure civili* sulla validità della disposizione: quello che si richiede (per la validità del negozio e l'esplicazione degli effetti giuridici) è che tale attitudine subbiettiva esista e al momento del testamento e a quello della morte: « *id duobus temporibus inspicitur: testamenti facti ut constiterit institutio et mortis testatoris ut effectum habeat* » (2). La stessa regola vale pei legati, cfr. Celso fr. 59 § 4 *ibid.*: « *si heres institutus scribendi testamenti tempore civis romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus quo testator decessit, redierit: aut si sub condicione heres institutus est, quo tempore condicio existit. idem et in legatis et in bonorum possessionibus* ». A torto questo punto è stato negato dallo Hellmann (*l. c.* p. 381 seg.), il quale ritiene che il legato si infirma, se l'onorato perde nel periodo intermedio la testamentifazione passiva, sebbene poi la ricuperi *ante mortem* del testatore. Il passo citato egli spiega per effetto della « restituzione » avvenuta merè l'*indulgentia principis* (come in fr. 6 § 12 D. 28, 3); senza però considerare che Celso discorre solo di un *redire*, che implica cessazione della pena e riammissione nella cittadinanza; nè punto accenna a restituzione in integro, che poteva anche non andare congiunta con quella; soprattutto nella ipotesi di indulti generali. Nè si vede alcun motivo di un diverso trattamento di eredi e legatarii. Lo Hellmann si fonda sul fr. 3 § 2 D. 34, 8 dove si dice che se taluno lega al servo altrui e poi lo acquista, *legatum extinguitur* « *nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur* ». Qui, l'*estinzione del*

(1) Il fr. 8 § 3 D. 29, 7 non è scevro di interpolazioni. A mio avviso va preferita la lezione fiorentina all'aloandrina: il testo restituito colle necessarie integrazioni appare con quella più perspicuo « *nam et testamentum [iure praetorio] valet. sed si eo tempore eos fecit etc.* ». Così non arreca più contraddizione quanto segue: « *huius autem testamentum (scil. iure civili) sublatum est* ».

(2) Fr. 49 § 1 D. 28, 5. Sul « terzo tempo » ivi menzionato, cfr. FADDA *lezioni* 1899-900, p. 188 seg.

legato è fatta dipendere dall'acquisto dello schiavo, che diventando proprietà del testatore non è più atto a essere *sine libertate* onorato di legato; non è punto accennato che il legato si possa convalidare se *ante mortem* lo schiavo passa in altre mani o viene manomesso; anzi il motivo addotto della *extinctio* è tale, da fare piuttosto propendere per l'opposta sentenza. Tutto questo non si vuol negare; ma non parmi che importi molto per la presente questione. Non è il semplice fatto, che lo schiavo perde quella testamentifazione a lui partecipata dal domino estraneo, quello che qui fa cadere il legato; è piuttosto la posizione illogica e contraddittoria che viene ad assumere il legato, giacchè esso viene a significare un legato a favore dell'erede pel caso e nella misura che diventi erede (e quindi domino del servo ereditario): concezione affatto assurda pei giuristi romani. La stessa motivazione prova che il giurista non si preoccupa tanto della mutata attitudine subiettiva in sè considerata, quanto di tutta la trasformazione che si compie delle circostanze oggettive.

7. C. L'*agnatio postumi praeteriti* rompe, come esprime efficacemente la frase romana, il testamento precedente. Se il postumo fosse premorto al testatore, il testamento doveva considerarsi valido dai proculiani, i quali opinavano perfino che esso fosse valido, qualora il testatore avesse preterito un *suus heres* già esistente, se questo « ante mortem testatoris interceptus sit » per la ragione che essi non vedevano nella menzione del *suus heres* un requisito essenziale per la validità del testamento (*existimant... non statim ab initio inutiliter fieri testamentum*), quanto nella mancanza di quella un ostacolo all'esplicazione degli effetti di questo: (impedimento eum esse scriptis heredibus) Gai. 2, 123. Ma la contraria dottrina de' sabiniani prevalse. Tuttavia fu riconosciuto che se fosse nato un postumus « vivo testatore » e fosse premorto a questo, gli eredi scritti potessero chiedere la *bonorum possessio secundum tabulas* (fr. 12 pr. D. 28, 3): ciò che pel diritto giustiniano (v. sopra) viene a significare che il testamento non è invalidato e che non si ha neppur qui riguardo a quanto è avvenuto nel tempo intermedio.

8. D. La morte dell'istituito o dell'onorato prima della delazione rende vana, come è risaputo, la relativa disposizione.

C. Un mutamento oggettivo avvenuto prima della delazione, che renda inadempibile la prestazione ingiunta nel legato o nel fedecommesso. Ad es. è lasciata una servitù prediale a favore di un fondo e questo intanto viene parzialmente alienato ovvero il legato

di un fondo a favore del quale è legata una *servitus viae* si riduce *propter legem falcidiam* in conseguenza delle condizioni del patrimonio nell'ultimo momento della vita del testatore: fr. 49 § 1, D. 35. 2. Così pure se in un legato *per damnationem* di *res certa* il legatario ne acquisti prima della delazione per altra via la proprietà (dopo Giuliano almeno se trattasi di altro titolo lucrativo). Cf. § 6 I. 2, 20 « si res aliena legata fuerit et eius vivo testatore legatarius dominus factus fuerit... ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest ». In questo passo, che deriva certamente da un giurista classico e verosimilmente dalle *Res cottidianae* di Gajo, non si accenna punto a che un nuovo mutamento di circostanze *ante diem cedentem* possa salvare l'efficacia del legato. Pe'romani non può infatti costituire oggetto di una *obligatio dandi* una cosa che sia in proprietà del creditore: col pervenire della cosa nel dominio di questi il rapporto si estingue e non importa che tale dominio venga poi meno. Tale effetto si avvera però ancorchè la cosa pervenga al legatario prima che sia deferito il legato (« vivo testatore »): nel caso di acquisto non lucrativo il legato perdura nel senso che si può tuttavia chiedere la cosa, ottenendo l'estimazione, che verrà calcolata in rapporto ai sacrifici fatti dal legatario medesimo.

Un così rigoroso trattamento si dovette però restringere a mio avviso al legato *per damnationem*, giacchè qui non può sussistere funzione di procurare formalmente il dominio che già per altra via sia stato ottenuto. Ma già il *legatum sinendi modo* e il fedecommesso, che mirano non tanto alla *datio* formale, quanto al fine di agevolare praticamente l'acquisto, potevano a mio avviso perdurare nella loro validità, sebbene *vivo testatore* il legatario ottenesse lucrativamente la proprietà, qualora egli più non l'avesse *die cedente*. Pel *legatum sinendi modo* non sono possibili che argomentazioni indirette (v. le mie *Ricerche sul leg. s. m.*, § 3); ma pel fedecommesso si può addurre l'argomento testuale del fr. 21 § 1 D. 32, dove si legge: « fideicommissum relictum et apud eum, cui relictum est, ex causa lucrativa inventum, extinguere placuit ». La frase adoperata indica manifestamente che l'oggetto lasciato per fedecommesso trovava tuttavia nelle mani del fedecommissario all'epoca, in cui *dies cedit*. È poi da ritenere che questa sia la regola per diritto giustiniano in seguito alla fusione dei legati e dei fedecommissi.

9. Molto disputato era invece fra' giureconsulti romani il caso

seguito. Come è noto, è nullo il legato di ciò che per altra via è già dovuto al legatario, ove nessun vantaggio o aumento importi la disposizione testamentaria. La ragione principale di tale regola deve cercarsi nell'economia dei rimedi giuridici, per cui non si può avere fra le stesse persone una pluralità di obbligazioni dirette al medesimo oggetto e scopo. Potrebbe però avvenire che quel vantaggio arrecato dal legato in confronto della precedente obbligazione, che sussisteva al tempo del testamento e che salvava l'utilità del lascito, venga poi meno pel mutare delle circostanze, vivente ancora il testatore. Fu ad esempio lasciato puramente quanto era dovuto sotto condizione o a termine; ma durante la vita del testatore il debito si è purificato, verificandosi la condizione o arrivando il termine. Sarà tuttavia valido il legato? Papiniano parlando di un lascito puro di quanto era stato promesso alla *civitas* con una *pollicitatio* a termine o sotto condizione, dice che la disposizione è valida, « nec si vivo testatore dies venerit aut condicio fuerit impleta, fiet inritum quod semel competit » (fr. 5 D. 35, 2). Papiniano adopera la locuzione generica « verbis legati vel fideicommissi »: nè pare che qui si debba sospettare un'alterazione.

Al contrario Paolo nelle Questioni (fr. 82 pr. D. 31) dopo avere riconosciuta la validità di un legato che il debitore fa al suo creditore di quanto gli deve *post annum*, dice che « si vivo testatore annus superveniat, dicendum erit inutile effici legatum, quamquam constiterit ab initio ».

Al contrario non « tollitur petitio, si interim (dopo il *dies cedens*) annus supervenerit; nam sufficit quod utiliter dies cessit ». Si tratta dunque di un fatto capace di invalidare il legato prima della sua delazione; non di togliere l'effetto (obbligazione), che dopo la delazione già siasi verificato. In quest'ultimo caso valgono per Paolo le regole generali sul concorso delle azioni. Nelle Istituzioni § 14 I. 2, 20 si trova il passo seguente tolto da Marciano: « quodsi in diem vel sub condicione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repraesentationem: quodsi vivo testatore dies venerit aut condicio extiterit, Papinianus scripsit utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit ». L'eccellente latino non permette di dubitare che qui abbiamo una fedele riproduzione, ciò che conferma che Papiniano parlasse veramente in termini generali. E dunque da ritenere che vi fosse un dissenso fra' giuristi, tanto più che il testo delle istituzioni soggiunge immediatamente: « quod et verum est: non enim placuit sententia existimantium extinctum

esse legatum, quia in eam causam pervenit, a qua incipere non potest ». Le parole sono apparentemente state alterate dai compilatori. Marciano verosimilmente si accontentava di notare la diversa sentenza di taluni giuristi.

10. Invece consta che non restano invalidate le disposizioni testamentarie, se il testatore dopo il testamento diventa, pazzo, sordo o muto, viene interdetto come prodigo: « neque testamenta recte facta... postea furor interveniens peremit » (§ 1 J, 2, 12): fr. 8. § 3, D. 29, 7 « licet enim is (mutus) testamentum facere non possit, tamen testamentum quod ante fecerat in eodem statu est »: fr. 18, pr. D. 28, 1 « quod tamen interdictione vetustius habuerit testamentum hoc valebit ». Cf. § 2-3 J, 2, 12. Parimenti non nuoce alla validità del testamento la sopraggiunta incapacità di un testimone: fr. 20, § 4. D. 28, 1 e fr. 22 § 1 ib.: « condicionem testium tunc inspicere debemus, quum signarent, non mortis tempore: si igitur tunc cum signarent, tales fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet si quid postea iis contigerit ». Questi e altri passi non permettono di accedere all'opinione del Köppen, che qui, come in parecchie delle ipotesi surriferite, il testamento si tenesse fermo solo *iure praetorio* agli effetti di una *bonorum possessio secundum tabulas* (1).

11. Possiamo dunque riassumere. Gli atti di ultima volontà si considerano conclusi colla perfezione del testamento o dell'atto corrispondente (codicillo, *adsignatio*), sebbene non esplicino il loro effetto positivo prima della morte del disponente (2). Da ciò deriva che al momento in cui la disposizione è fatta, deve esserci nel disponente la facoltà giuridica e naturale di disporre: nella persona, a cui la disposizione si riferisce, la facoltà di ricevere: nell'oggetto della disposizione l'attitudine giuridica correlativa. La disposizione in altri termini (salvo il caso di *condizione sospensiva*, per cui va modificato quanto si è detto circa l'oggetto relativo) è trattata, come se dovesse andare subito in vigore. Se poi *tempore mortis* quando essa realmente esplica la sua efficacia, l'onorato fosse privo della *testamentifactio* passiva e l'oggetto fosse giuridicamente inammissibile per circostanze, che hanno mutato la situazione rispettiva, è chiaro che quell'efficacia non si esplicherà e che l'atto rimarrà

(1) *Jhering's Jahrb.* XI, 222: confronta in contrario anche il LEIST, *Serie der B.* 37. 38, IV, 172.

(2) L'effetto *privativo*, che possono subito produrre tali atti, rimane in ogni caso fermo.

invalidato. Se per mutamento di circostanze *mortis tempore* il disponente fosse privo della *testamentifactio* attiva, sembra che tale evento non debba nuocere ad una disposizione che è stata validamente ordinata e che non ha ostacolo nè nella persona del destinatario, nè nella oggettiva condizione delle cose alla sua attuazione.

Ed è in vero questa l'opinione dei giuristi romani: non solo quando il testatore abbia perduto la naturale idoneità (sordità, mutismo, pazzia), ma pur quando sia stato privato della giuridica attitudine a disporre (interdictio prodigi): correlativamente le mutazioni naturali o giuridiche nella soggettiva posizione dei testimoni punto non infirmano il testamento *recte conditum*. Questo è, data la fondamentale concezione romana, naturalissimo: non distinguendosi il *testamentum conditum* da qualsiasi altro *negotium gestum* (§ 1 I. 2, 12). Ma diverso è il caso, in cui il testatore ha subito una *capitis diminutio*: qui non solo si è perduta, o scemata o mutata la capacità di disporre, ma è sopravvenuta una modificazione nel soggetto, che toglie ogni valore giuridico alla volontà già dichiarata.

Spiegati così — e parmi soddisfacentemente — questi varii punti, resta da considerare se si trovi una regola generale per que' mutamenti contrarii ai requisiti della validità della disposizione, che si avverano dopo il testamento, ma si rimuovono di nuovo prima della morte del testatore. Se il destinatario perde la testamentifazione passiva in questo periodo intermedio e poi la ricupera, non vi ha ragione per negare efficacia alla disposizione: egli prima della delazione non può avere acquistato e per conseguenza neppure perduto alcun diritto: quando è arrivato il momento, in cui il negozio può esplicare la sua efficacia, egli è in grado di acquistare il diritto di cui si tratta. Egli prima nulla ha operato, nè quindi è da temere che le vicende relative alla sua persona possano avere coinvolto un atto, a cui non ha punto partecipato. Non così invece se è il disponente che abbia perduto la testamentifazione attiva, pur ricuperandola *ante mortem*, in forza di *capitis diminutio*. Giacchè la dichiarazione di volontà ha valore giuridico corrispondente alla condizione del soggetto e lo perde, se la personalità di questo tramonta o si muta, nè può quello che è distrutto per cambiare di eventi rivivere (1). Se tuttavia già nel diritto classico in via indiretta (diritto pretorio) e limitatissima (ove non esistano eredi

(1) Un parallelo oggettivo vedi in fr. 36 pr. D. 7, 1: per la cui intelligenza vanno tenuti presenti i requisiti del legato *per vindicationem*.

civili) le istituzioni vengono in tale ipotesi tenute ferme; se nel diritto giustiniano si può dire senz'altro che esse sono riconosciute valide, ciò dipende dall'obliterarsi del significato genuino della « *capitis diminutio* »: simili eventi si considerano ormai in quanto collocano il soggetto in una condizione di inidoneità giuridica, non in quanto tolgono o mutano la personalità. Sicchè nel diritto nuovo, se tali condizioni perduranti fino al *dies mortis* impediscono l'efficacia della disposizione, è solo perchè esse implicano la perdita dei diritti patrimoniali o del *commercium* coi cittadini.

Nel caso poi di impossibilità (giuridica) della prestazione, la dottrina rigorosa, che il rimuoversi *ante mortem* dell'ostacolo sopravvenuto *post testamentum conditum* non giova alla validità della disposizione, sembra essersi mantenuta nel diritto giustiniano. Il concetto è che non può sussistere un apparato giuridico, la cui funzione sia inammissibile, quantunque non sia destinato ad operare immediatamente: tolto di mezzo l'apparato è ovvio che la funzione stessa non si potrà più, neppure in seguito a mutamento di circostanze, esplicare. Così si spiegano i casi del legato fatto al servo che divien proprio del testatore, del fondo a cui è destinata una servitù parzialmente alienata: della *species* venuta nel frattempo per titolo lucrativo in dominio del legatario e — senza dubbio — della specie uscita nel frattempo dal commercio, sebbene più tardi o esca da quel dominio o rientri nel commercio stesso. Se tale trattamento non fu concordemente applicato al *legatum debiti* nella speciale ipotesi del § 9, ciò dipende dal fatto che per taluni giuristi il legato di quanto era già altrimenti dovuto non era tanto escluso per assoluta ripugnanza di funzione, quanto per la sua superfluità. Non è quindi il caso di parlare di « prestazione impossibile » (dato questo concetto) e una volta che il legato ha potuto sorgere, non c'è ragione di farlo cadere se viene eliminata per caso la sua speciale utilità. Marciano dice che qui non occorre applicare la regola, per cui è estinto il legato, che « in eam causam (situazione oggettiva) pervenit, a qua incipere non potest »; mentre Paolo è di più rigido avviso. La funzione del legato diventa proprio a suo credere in quella ipotesi inammissibile.

L'*adgnatio postumi* ha dato origine a un simile dissenso. Per taluni la trascuranza dello *heres suus* non è ragione di invalidità iniziale (e quindi neppur succedanea) della istituzione: questa viene bensì meno se tale erede è *in rerum natura* (se non *in rebus humanis*) al momento della morte del testatore; ma, se egli non

esiste, la disposizione vale giacché il suo contenuto positivamente considerato è lecito e possibile e si tratta solo di un requisito estrinseco e negativo. In altri termini: chi ha o può avere un *suus heres* può, omettendolo, istituire erede chi voglia: l'istituzione sarà valida se in effetto non lederà i diritti di un *suus*. Il concetto opposto prevalse. Ma quella ragione non trascurabile che l'illiceità dipende non dal positivo contenuto della disposizione, ma da un riguardo estrinseco, ha agevolato l'indiretta e limitata sanatoria *ex edicto* e la diversa posizione del diritto giustiniano.

12. I risultati ottenuti nel § 11 mostrano quanto sia ingiustificato il mettere nella categoria medesima gli atti *mortis causa* e atti condizionali. Appunto perchè questi ultimi non sono perfetti *ante condicionis eventum*, l'impossibilità oggettiva che sussista *ab initio* o che poi si verifichi non osta alla validità del negozio, qualora prima del verificarsi della condizione venga rimossa. Si può legare « sub condizione » la cosa già appartenente al legatario come il creditore può stipulare « sub condizione » la cosa propria: cfr. le mie *Pandette* § 146. La regola vigente nel diritto classico (*Pand.* cit. § 147, p. 193, n. 2), che nella tradizione condizionata la pazzia o la morte del tradente avvenuta *ante condicionis eventum* impedivano il transito del dominio *urta* direttamente contro i principi messi in chiaro per gli atti a causa di morte.

Riguardo al primo punto è da avvertire come Marcello dopo avere detto che a suo avviso io posso « id quod meum est sub condizione stipulari » e « viam stipulari ad fundum, quamquam interim fundus non sit meus », soggiunge (fr. 98 pr. D. 45, 1), che se si opinasse diversamente, una stipulazione condizionale dovrebbe per logica conseguenza subito dileguarsi (*confestim pereperetur*) se durante la pendenza acquistassi il fondo a titolo lucrativo ovvero alienassi il fondo, senza attendere che le circostanze si mutino, *ante condicionis eventum*. Dunque da ciò che è possibile e lecito la dichiarazione iniziale, arguisce il giurista che essa non è tolta di mezzo da mutamenti oggettivi durante la pendenza e viceversa, confermando indirettamente ma molto efficacemente le cose già esposte. Notevole si è, come Marcello, per sostenere questo suo modo di argomentare da un fatto all'altro (per trarre dall'inopportunità di questo una dimostrazione pratica della sua tesi), aggiunge: « et maxime secundum illorum opinionem, qui etiam ea quae recte constiterunt, resolvi putant cum in eum casum reciderunt, a quo non potuissent consistere ». Tale modo di esprimersi

non deve però far ritenere, che i principii come tali fossero controversi. Essi erano, come appare dai varii testi, concordemente ricevuti. Era nelle singole applicazioni, che sorgeva disputa. Noi abbiamo infatti veduto che l'*adgnatio postumi* e il *legatum debiti* offrivano materia di discussione, non pel valore del principio in sè, ma per essere dubbia l'esistenza dei suoi requisiti. Marcello con quella frase vuole appunto riferirsi a coloro che erano più facili all'applicazione di quel principio, che nella presente questione non è applicabile che ipoteticamente, per dimostrare che la teoria di esigere nel negozio condizionale *a priori* tutti i requisiti oggettivi poggia sul falso.

13. Se noi ora lasciamo in disparte gli atti *mortis causa* e per le ragioni suesposte non teniamo conto dei negozi condizionali, e consideriamo quegli atti i quali esplicano dopo la loro perfezione il loro effetto giuridico particolare, dobbiamo evidentemente concludere che qui non si può parlare di una invalidazione successiva; infatti qui l'effetto si è prodotto e *quod factum est infectum fieri nequit*. Non è tuttavia inopportuno distinguere fra gli atti che producono rapporti obbligatori e quelli che producono diritti di altra natura. Giacché fra le due categorie di diritti vi ha una importantissima differenza: l'obbligazione ci assicura il conseguimento di un vantaggio merè l'altrui prestazione, i diritti reali e di famiglia presuppongono invece che già il vantaggio ci appartenga e lo tutelano (v. le mie *Pandette*, § 90). L'obbligazione è un rapporto di tensione, non di equilibrio: può quindi avvenire che mentre il rapporto dura un evento lo venga a disturbare e interrompere. Qui non si discorrerà di reazione dell'evento sul negozio già compiuto, che ha avuto la sua esplicazione; ma sì di influenza di esso sul rapporto, che ne è scaturito: « placeat extingui *obligationem*, si in eum casum inciderit a quo incipere non potest »: fr. 140 § 2 D. 45, 1. E se Modestino parlando di un caso di questa natura, usa la frase « *corrumpi stipulationem* », e Paolo l'altra analoga « *evanescit stipulatio* » (fr. 136, § 1 e fr. 83 § 6 D. 45, 1), non si esprimono colla desiderabile esattezza, quantunque praticamente sia vero che in tal guisa la precedente stipulazione perde la sua utilità (fr. 11 D. 8, 1): perde infatti il suo effetto mediato.

14. Nel citato fr. 140 § 2 Paolo espone alcune osservazioni sui limiti della regola così formulata: esse hanno già dato materia di giuste critiche (v. Donello, *comm. ad h. t.* ad L. 140, § 7) e invero non potrebbero essere più infelici. Che la formulazione sia

troppo lata (*hoc tamen non in omnibus verum est*) è certissimo; poichè altri sono i requisiti per la validità del negozio giuridico generatore ed altri i fatti che possono far cadere l'obbligazione prodotta. La capacità naturale di obbligarsi si richiede per quello, non per mantenere viva l'obbligazione già nata (§ 1 l. 2, 12: cfr. fr. 8 D. 23, 1) ed è ovvio ritenere che la successiva interdizione per prodigalità non abbia ad infirmare le obbligazioni già costituite (cfr. Hellmann, *l. c.* p. 412). Si è addotto pure, come prova che quella formola è troppo ampia, il fatto che l'impossibilità successiva di prestazione derivante da colpa del debitore non lo libera dall'obbligazione e si può con qualche cautela accettare anche questo esempio. Finalmente si è osservato che una donazione (e quindi nei limiti della sua efficacia una promessa donatoria) non si invalida pel fatto che fra le parti sussegue matrimonio; mentre sarebbe invalido un simile negozio *inter coniuges* (fr. 31 pr. D. 39. 5: Vat. fr. § 253^{bis}).

Nessuno di questi argomenti è addotto nel citato passo da Paolo. Egli osserva che se io stipulo una *servitus viae* e muoio lasciando due eredi, l'obbligazione non si distrugge, sebbene « stipulari *viam iter actum ad fundum communem socius non potest* ». Ma si può il defunto autore, proprietario esclusivo di tutto quel fondo che ora spetta in comune ai due eredi paragonarsi ad un condomino di fronte ad essi? Non c'è senso a stipulare una servitù *pro parte fundi* è quindi il condomino che non dispone che di una "pars", non può stipularla: bensì [possono farlo tutti i condomini, i quali insieme rappresentano appunto quella potestà assoluta che competeva al defunto. Peggio ancora si va col secondo esempio. Non si può acquistare una servitù "pro parte dominii",: però una servitù acquisita al fondo non si mantiene ancorchè « *pars praedii.... alterius domini esse coeperit* ». Qui si tratta della *conservazione della servitù*, non della *conservazione dell'obbligazione*: se la servitù non fosse costituita, ma solo esistesse l'obbligazione di costituirla, questa nella ipotesi trattata da Paolo verrebbe meno, come del resto attesta il giurista medesimo (fr. 136 § 1 D. *h. t.*). Il passo è tolto dal libro III di Paolo *ad Neratium* ed ha tutta l'apparenza di una chiosa critica ad una proposizione contenuta nel testo neraziano: in tal caso la nota sottigliezza del commentatore non è stata buona consigliera.

15. Esempi di obbligazioni che vengono meno per la successiva mutazione delle circostanze non mancano nelle nostre fonti. Già ab-

biamo considerato il caso di chi « *fundum habens viam stipuletur et partem fundi sui postea alienet* » (fr. 136, § 1 D. 45, 1: fr. 11 D. 8, 1): un altro caso evidente è quello in cui la cosa dedotta in obbligazione pervenga per altra causa pienamente e stabilmente (e, dopo Giuliano, a titolo lucrativo) al creditore. Cfr. fr. 17 D. 44, 7: « *omnes debitores qui speciem [ex causa lucrativa] debent liberantur, cum ex species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset* »: fr. 83, § 6 D. 45, 1 ecc. Non mi diffondo su questo punto molto interessante, perchè già altrove me ne sono largamente occupato: vedi da ultimo *Pand.*, § 516. Solo per la maggiore evidenza giova ricordare che in una obbligazione alternativa il pervenire di una *species* al creditore concentra l'obbligazione stessa e la *species* medesima non può più essere prestata con effetto solutorio. Del resto rimando alle trattazioni speciali.

Questi due esempi non sono che particolari configurazioni di un fenomeno più generale, ossia della sopravvenuta impossibilità (giuridica) della prestazione. Come non è possibile costituire *pro parte* una servitù, o dare la cosa a chi già ne ha il pieno dominio, così non è possibile dare la cosa che intanto sia uscita dal commercio (1) o che sia perita. Parimenti se taluno si fosse obbligato ad un lavoro (p. es. l'asportazione di materiali ingombranti), il cui risultato siasi intanto avuto per causa naturale (p. es. una inondazione), non c'è dubbio che tramonti l'obbligazione.

16. Tale impossibilità dissolve l'obbligazione, ancorchè sia possibile la sua rimozione in futuro. Può essere che la "species", torni ad uscire dalle mani del creditore, che questi ricuperi la *pars fundi* alienata, che la cosa sacra ridoventi profana o il liberto ricada in schiavitù: tutto ciò non basta a mantenere viva l'obbligazione e neppure — ove tali aspettative si verificchino — a farla rivivere. È però da notare come alcuni giuristi romani abbiano sostenuto una contraria dottrina: riguardo a Sesto Pedio abbiamo la precisa attestazione di Paolo (fr. 83, § 5 D. 45, 1). Pedio argomentava per analogia da alcuni casi universalmente ammessi. Se io stipulo una nave e il domino (non debitore) la scioglie, scomponendola ne' suoi materiali, non v'è dubbio — osservava Pedio — che [la cosa sia giuridicamente perita e che per conseguenza la prestazione

(1) Fr. 83, § 5 D. 45, 1: « *cum quis rem profanam aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto eius res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit* ».

sia impossibile; ma se lo stesso domino ricompona cogli stessi materiali la nave (iisdem tabulis compegerit), non si dovrà dire che il debitore *inciperet obligari*? Paolo fa a questa osservazione una obbiezione, che nei Digesti suona così: « Et navis si hac mente resoluta est, ut in alium usum tabulae destinarentur, licet mutato consilio perficiatur, tamen et perempta prior navis et haec alia dicenda est: sed si reficiendae navis causa omnes tabulae refixae sint, nondum intercidisse navis videtur et compositis rursus eadem esse incipit; sicuti de aedibus deposita tigna ea mente ut reponantur aedium sunt; sed si usque aream deposita sint, licet eadem materia restituatur, alia erit ». Bisogna pur dire che il testo sia stato non poco alterato; non solo l'infelice sintassi dell'ultima frase, ma lo stesso ragionamento claudicante ne sono prova. Per ammettere l'identità della "navis", ricostruita si invoca il permanente proposito di ricostruirla; per ammettere l'identità della casa riedificata si esige che non sia stata del tutto disciolta la casa precedente! E tutto ciò dopo avere colla voce *sicut* indicata l'analogia!

Il vero si è che la nuova nave è identica all'antica quando non sia stata disciolta anche la *carina* (qui non si considera il caso del "particulatim reficere", che non importa alla presente questione), precisamente come la casa nuova è identica all'antica, se questa non fu totalmente abbattuta; in ambo i casi poi nulla importa che siensi per la ricostruzione adoperati o no i medesimi materiali. Ma siccome una obbligazione può riferirsi anche ad una *res futura*, nulla vi è di impossibile a che essa comprenda una cosa nuova che si possa ritenere *succedanea* dell'antica. Perchè siavi tale rapporto e la cosa nuova possa avere tale carattere, è necessario che il disfacimento della cosa precedente avesse luogo col proposito di rifare cogli stessi materiali la nuova; in tale ipotesi la cosa nuova può, se non a rigore giuridico, praticamente considerarsi siccome la continuazione della precedente: « quia eadem navis esset ». Questo avrebbe dovuto dire Paolo e questo avrà detto molto verosimilmente nel passo, di cui ora non abbiamo che i ruderi alterati (1).

(1) La dottrina delle obbligazioni intermittenti ebbe qualche applicazione per opera dei proculiani, p. e. alla dottrina delle azioni noxxali: cf. GAI, 4, 48: « si alienus servus filiusve noxam commiserit mihi at is postea in mea esse coeperit potestate, ... diversae scholae auctores, quamdiu in mea potestate sit, quiescere actionem putant, quia ipse mecum agere non possim, cum vero exierit de mea potestate, tunc eam RESUSCITARI ».

Altro esempio scelto, ma meno opportunamente, da Pedio era il seguente: « si stipulatus fuero ex fundo centum amphoras vini, expectare debeo donec nascatur et dari possit et si natum sine culpa promissoris consumptum sit, rursus expectare debeam donec iterum nascatur et dari possit et per has vices aut cessaturam aut valituram stipulationem ». Al posto di 'stipulationem', va in ogni caso emendato (non nel testo, ma nel pensiero) 'obligationem'. Il perimento delle cento anfore di vino prodotto dal fondo indicato rende impossibile, dice Pedio, la prestazione; ma in seguito al ricavo di un nuovo prodotto l'obbligazione ripiglia efficacia. Risponde bene Paolo che qui la prestazione non è mai divenuta impossibile, trattandosi di una obbligazione di genere: « vini autem non speciem sed genus stipulari videmur et tacite in ea [stipulatione?] tempus continetur ».

Rimane quindi ammesso che l'impossibilità di prestazione (di cui secondo le norme dell'obbligazione relativa il debitore non debba rispondere), che sopraggiunga dopo che l'obbligazione è nata, la fa estinguere, senza che si tenga conto del fatto che sia possibile la futura rimozione dell'ostacolo.

17. In quanto al mutamento delle condizioni subbietive, è da ritenere che l'obbligazione permanga in vigore, nonostante il venir meno della capacità di agire, che toglie l'idoneità a compiere negozii giuridici, non ad essere creditore o debitore [cf. § 14]. Ma la *capitis diminutio* del debitore influisce sull'obbligazione. Quella del creditore non suole nuocere all'obbligazione, di cui si avvera il transito in via di successione generale ad altra persona: quella del debitore a rigore arreca l'estinzione del rapporto: se il pretore salva le obbligazioni passive di coloro che hanno subito la minima diminuzione di capo e se forse già nel periodo classico, certo nel giustiniano, si sono fatte *utiliter* trapassare quelle di coloro, che hanno subito una *diminutio magna*, ciò deriva e dalle necessità pratiche e dall'obliterarsi, che sopra abbiamo avuto occasione di avvertire, del primitivo significato della *diminutio* stessa (1).

Anche la morte di una delle parti può far venir meno l'obbligazione, che non si presti all'una o all'altra maniera di trasmissione.

In tutte queste ipotesi i romani non espongono mai la regola surriferita, nè vi accennano; colla formola del 'pervenire in eum casum a quo non potuisset (obligatio) incipere' essi si riferiscono

(1) Cfr. però fr. 47 pr. D. 46, 1. In che misura sia alterato il fr. 2 pr. D. 45 non è qui il luogo di ricercare.

qui, come nelle analoghe formole concernenti gli atti *mortis causa*, ai soli mutamenti nelle circostanze oggettive.

18. E tale è pur quell'evento, a cui si allude ne' fr. 15 § 1. 16 D. 9, 2. Io non so comprendere perchè lo HELLMANN (*l. c.* p. 371), faccia di questi passi un terzo gruppo allato a quello concernante gli atti *mortis causa* e a quello attinente alle obbligazioni. In realtà qui si tratta di requisito, che vien meno, della conservazione dell'obbligazione. Un servo 'mortifere vulneratus', viene dal padrone liberato e istituito erede nel testamento: divenuto libero ed erede, muore: « heredem eius agere aquilia non posse quia in eum casum res pervenit, a quo incipere non potest ». Infatti il servo stesso, diventando libero ed erede, non aveva più azione: la legge aquilia si riferiva ai danni dati alle *cose proprie* (1), nè qui la cosa « propria » v'era in alcun modo: il servo non aveva potuto ereditare l'azione acquisita al domino per l'evidente contraddizione. Cfr. l'esposizione del medesimo caso nel fr. 36 § 1 *ib.*: « non habebit Maevius (l'erede del servo) cum Titio (il feritore) legis aquiliae actionem, scilicet secundum Sabini opinionem, qui putabat ad heredem actionem non transmitti, quae defuncto (al servo) competere non potuit ». Quando il servo è divenuto libero ed erede, non vi è più quella distinzione fra la cosa danneggiata e la persona, che è requisito evidente dell'azione aquiliana, che essendo proposta a tutela della proprietà esige l'oggetto *extrinseco*, a cui la proprietà si possa riferire.

19. Ne' diritti reali e in quelli di famiglia si tutelano beni di immediata pertinenza; una volta che tali diritti sieno conseguiti, non solo non è possibile reazione sul negozio giuridico che li ha prodotti, ma non è più possibile far sì che quel determinato bene non abbia appartenuto a quel soggetto. Può naturalmente il diritto — pur prescindendo dall'impiego di atti diretti allo scopo — cessare per mutamento di circostanze (morte, perdita della capacità subiettiva giuridica, perimento o sottrazione al commercio degli oggetti etc.); ma tutto ciò non può comunque ricondursi al concetto di invalidità sopraggiunta. Nulla poi ha che vedere il complesso dei requisiti occorrenti alla validità del negozio costitutivo con quello dei requisiti per la durata del diritto costituito. La differenza fra la capacità giuridica e la capacità di agire (per usare il linguaggio

(1) Come ho dimostrato altrove, l'azione utile per le offese al *liberum corpus* è di tarda origine: qui poi si tratta « de occiso », ossia del I° capo.

de' moderni pandettisti) qui si rivela tutta; inoltre il mutare delle condizioni oggettive non sempre travolge il diritto costituito. Può in altri termini contrastare alle esigenze dell'ordine giuridico la costituzione di un diritto *in determinate* circostanze; non il perdurare del diritto già altrimenti fondato. Si pensi ad es. che di fronte ai diritti reali già costituiti suole essere indifferente la « causa » del negozio costitutivo; si pensi che se è assurdo nel concetto romano una costituzione di servitù *pro parte*, non è assurdo che permanga la servitù se il fondo viene poi a trovarsi oggetto di condominio. Nè il motivo è recondito. Chi ha un dominio sulla cosa concorrente col dominio altrui non può fare atti di disposizione che influiscano pure su questo (quale è certo la costituzione di servitù); ma la servitù acquisita al fondo, come *qualitas praedii*, caratterizza naturalmente tutti i domini, che poi sul fondo medesimo vengano a incontrarsi: v. Ferrini, *Pand.* § 376 (p. 487, n. 3). Si può dire a questo riguardo che « non est novum ut quae utiliter constituta sunt durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt » (1); ma è meglio astrarre da ogni paragone formale ed esteriore fra le condizioni di inizio e quelle di continuazione di un diritto e considerare invece le ragioni intrinseche delle norme rispettive.

20. Tuttavia, parlando in genere di diritti reali e di famiglia, non dobbiamo nè generalizzare incautamente, nè dimenticare la speciale configurazione di taluni rapporti nel diritto antico. Ad es. il fatto che gli sponsali non sono invalidati dal « furor postea interveniens » non deve spiegarsi con un semplice rinvio al trattamento generale dei diritti di famiglia (2); va piuttosto considerata l'analogia intercedente fra gli sponsali e i rapporti obbligatori, non rispetto all'efficacia che è molto diversa, ma in quanto entrambe le

(1) PAUL fr. 85 § 1 D. 50, 17. Il passo è tolto dal libro sesto delle questioni e lo HELLMANN *l. c.* p. 413 lo applica senz'altro ai diritti di famiglia « di cui PAOLO sembra in questo libro essersi di preferenza occupato ». PAOLO discorre in questo libro *dei rapporti patrimoniali* fra coniugi e indi comincia il discorso sulla tutela. Ciò posto, è molto incerto quel riferimento. Potrebbe PAOLO avere applicato quell'affermazione alle donazioni, che, perfezionate fra le parti, non si invalidano in conseguenza del matrimonio fra esse successivamente contratto: cf. PAP. fr. 31 pr. D. 39, 5; Fr. VAT. § 253^{bis}, SCEV. fr. 58 pr. D. 24, 1 etc.

(2) Così lo HELLMANN *l. c.*

figure rappresentano rapporti di tensione verso un risultato futuro, di attesa che l'altrui contegno si conformi al vincolo assunto.

Riguardo al matrimonio, è necessario distinguere fra il diritto pregiustiniano ed il giustiniano.

Nel diritto pregiustiniano è segnatamente in quello del periodo classico il matrimonio è uno stato di fatto informato dall'affetto e dalla morale, a cui sono annesse conseguenze giuridiche rilevanti: vi è matrimonio solo in quanto vi sia la *maritalis affectio* e in quanto siano osservate le esigenze morali (impedimenti di parentela etc.) e non ostino divieti speciali di ordine pubblico. La *maritalis affectio* poi è intesa come una permanente disposizione degli animi; non è un atto di consenso, donde derivi un vincolo pel futuro: è l'*attuale intenzione* di vivere nel matrimonio. Essa non è tolta di mezzo dal *furor interveniens*, come da esso non è distrutto il possesso che pur suppone l'*animus* del possessore; infatti qui non c'è ancora l'atto contrario di volontà che tolga significato al rapporto esistente. Cfr. fr. 8 pr. D. 1, 6: «... nam furiosus, licet uxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium potest...» Ma se interviene qualche mutamento nella condizione subbiettiva, che sia incompatibile col riconoscimento degli effetti giuridici, il matrimonio cessa: così se uno de' conjugi viene *captus ab hostibus* o cade altrimenti in servitù (fr. 12 § 4: fr. 14 § 1 D. 49, 13) o se viene deportato (fr. 56 D. 24, 3: fr. 43 D. 24, 1. v. Lu signani *Se il matrimonio si scioglia colla deportazione*, 1898: Ferrini, *Pand.* § 716).

Nel diritto giustiniano, sebbene non con piena coerenza, il matrimonio viene a considerarsi come un atto iniziale di consenso, con cui le parti creano un vincolo reciproco e duraturo. Con ciò (v. *Pand. cit.* § 709) si trasferiscono sull'atto iniziale que' requisiti che prima si ritenevano estesi a tutta la durata del rapporto (trattandosi appunto di una relazione, che si reggeva in forza di un'*attuale* disposizione): quindi nè la deportazione scioglie il matrimonio nè sempre lo scioglie la *captura ab hostibus* (*Pand.* § 716 cit.: p. 880, n. 1). Tale permanenza è in correlazione colla maggiore considerazione dell'elemento etico nel matrimonio stesso. L'opinione dei giuristi classici era che la nomina a senatore di chi avesse sposato la propria libertà sciogliesse il matrimonio, *quia lex Papia inter senatores et libertas stare conubia non patitur* (1). Giustiniano,

(1) Cf. il S. c. interpretativo in fr. 16 D. 23, 2. La nullità del matrimonio è appunto stabilita da questo senatoconsulto (fr. 16 D. 23, 1: cf. Jöns,

coerente forse senza saperlo al nuovo indirizzo fondamentale, stabilisce invece che il matrimonio perduri. Lo stesso dicasi del caso, in cui il suocero di un liberto venga elevato alla dignità senatoria: *taceat Papiae legis crudelissima sanctio et neque per hunc modum dissolvatur matrimonium* (1).

21. E noto il divieto del matrimonio fra il tutore o il curatore o i loro figli e la pupilla, che non abbia compiuto il venticinquesimo anno (fr. 60, 64 § 1. 66 D. 23, 2). Se il padre del marito, dopo che il matrimonio è concluso, viene dato curatore alla nuora, si dovrà sciogliere il matrimonio? Io non dubito che nel diritto pregiustiniano per un simile fatto il matrimonio avesse termine. Non osta la c. 3 C. 5, 6 di Gordiano, dove si legge: « Cum proponas ei, quam matrimonio tuo iunctam suggeris, post liberos susceptos curatorem patrem tuum datum, .. cum rite contractum matrimonium ex postfacto vitari non potuerit, iusta interpretatione metuere non debes, ne liberi quos habetis non ex iusto matrimonio suscepti videantur ». Come è chiaro, l'imperatore non dice punto che il matrimonio perduri validamente; dice solo che gli effetti derivanti dal matrimonio stesso *prima del mutamento delle circostanze* (*post liberos susceptos*... *liberi quos habetis*) rimangono intatti e che insomma il mutamento stesso non ha (come del resto è troppo evidente) forza retroattiva. Non si può anzi negare che tale modo di porre e di risolvere la questione dimostri che a giudizio dei postulanti e del principe il matrimonio fosse sciolto. Se vero e Caracalla parlano del senatoconsulto « quo inter pupillam et tutoris filium conubium saluberrime sublaturum est » (c. 1 C. 5, 6) e tale frase sembra davvero incompatibile col perdurare del matrimonio. Nel diritto giustiniano questo punto deve pure stimarsi

Ehegesetze, p. 22): per le leggi matrimoniali di Augusto esso non era nullo, ma semplicemente inidoneo ad esonerare dalle loro sanzioni. La frase « apud Ulpianum quaerebatur », non significa (c. 28 pr. C. 5, 4) che la cosa fosse dubbia; ma solo che presso Ulpiano se ne trattava. Quale fosse il risultato, appare ben chiaro dalla stessa costituzione. Nel caso del fr. 44 § 6 D. 23, 2, in cui uno dei genitori della *ingenua* dopo il matrimonio di questa *arlem ludicram facere coeperit*, non è facile discernere se siamo o no di fronte ad una interpolazione. Anche se fosse genuina, la decisione sarebbe facilmente giustificabile.

(1) C. 28 cit. Ib. § 4: melius est legis Papiae utroque casu severitatem compescere, quam eam sequendo hominum matrimonia dispergere.

mutato: la seconda parte della citata c. 3 (§ 1), che ha varii caratteri di interpolazione, parla tuttavia di *uxor* e fa obbligo « ut omnis scrupulus auferatur » di insistere perchè venga sostituito un altro curatore (1).

Può avvenire che per effetto dell'adozione si costituisca *post rite contractum matrimonium* un rapporto di legale parentela fra' coniugi incompatibile col perdurare del conjugio. Così se il suocero adottò la nuora o il genero, mentre ha tuttora in potestà il figlio o la figlia. L'opinione comune è che in tal caso il matrimonio non possa durare, a meno che si proceda prima all'emancipazione del figlio o della figlia; *εἰ γὰρ τις τὸν γαμβρὸν ἢ τὴν νύμφην εἰς δεξιὴν λάβῃ, λύει τὸν τῆς οἰκείας θυγατρὸς ἢ τὸν τοῦ οἰκείου παιδὸς γάμον*, (2) ossia *τῆ δεξιῇ τοῦ γαμβροῦ ἢ τῆς νύμφης ὁ γάμος διαλύσῃται. εὐρεθήσονται γὰρ ἀδελφοὶ, μεταξὺ δὲ ἀδελφῶν, οὐδὲ εἰ εἶεν δεσποῖ, συνίσταται γάμος* (3).

Lo Hellmann (4) è di contrario avviso. Se Trifonino dice (fr. 67 § 3 cit.): « au peremuntur nuptiae, ut in genero adoptato dictum est », questo a suo avviso non prova altro se non che vi fu taluno che propose questa tesi, a cui Trifonino accenna (« come è stato detto da alcuno »), senza farla sua. Non mi par questa buona esegesi. Il greco Trifonino qui vuol rendere (« ut .. dictum est ») la frase comunissima dei trattatisti greci *ὡς εἴρηται*, la quale significa: « come abbiamo detto [più sopra] ». E infatti Trifonino avrà trattato prima degli impedimenti di parentela e poi di quello introdotto dal senatoconsulto a garanzia delle pupille. Il fr. 17 § 1 D. *ibid.* e il § 2 I. 1, 10 sono dallo Hellmann interpretati nel senso che, se non precede l'emancipazione della figlia o del figlio, è nulla l'adozione del genero o della nuora: il matrimonio in ogni

(1) La soluzione data nel testo pel diritto classico si conferma col confronto del fr. 67 § 3 D. 23, 2. Ivi si tratta di un caso analogo. Il marito della pupilla o il padre di lui vengono, dopo che il matrimonio è in corso, adottati dall'ex tutore: il giurista non vede altra alternativa, che o « peremuntur nuptiae », o « adoptio impeditur ». La persistenza del matrimonio, nonostante il rapporto nuovo non si presenta neppure come ipotesi discutibile. È viceversa l'interpretazione data pel diritto giustiniano è confermata dallo Stefano (Ἐρωτ. Bas. Hb., III, p. 180).

(2) Νικαέως Bas. III, 180.

(3) Indice delle Istituzioni I, 10, § 2 (ed. Ferr. I, p. 43).

(4) l. c. p. 414 seg.

caso sta. — Non si riesce davvero a scorgere perchè dovesse essere nulla l'adozione (1); se poi tale fosse stato l'insegnamento dei classici, senza dubbio sarebbe stato accolto nel diritto giustiniano, siccome più conforme allo spirito di esso; ma l'autorevole testimonianza dei greci prova in contrario.

Rimane l'ostacolo del fr. 12 pr. 23. 2: « si qua mihi uxor fuit, deinde a me repudiata nupsit Seio, quem ego postea adrogavi, non sunt nuptiae incestae ».

Ma tal passo non è molto probante: quando l'adozione ha avuto luogo, la moglie era già separata per divorzio dall'adottante: non v'è quindi un rapporto fra essa e l'adottato; egli è divenuto per l'adozione figlio di colui che *prima è stato* marito di sua moglie. Invece negli esempi surriferiti il rapporto creato coll'adozione è contemporaneo al matrimonio e concerne le stesse parti. Per mostrare quanto i due casi sieno diversi nell'opinione dei romani, occorre ricordare il noto passo di Ulp. nel § 3 di questo stesso frammento: « si uxor mea post divortium alii nupserit et filiam susceperit, putat Julianus hanc .. privignam non essa ». Se dunque la figlia nata in secondo matrimonio dalla moglie divorziata non è *figliastro* del primo marito, non sarà neppure *figliastro* della moglie divorziata colui, che il marito ha dopo il divorzio adottato: cfr. anche § 9 I. 1, 10 (verosimilmente tolto dalle *res cottidianae* di Gajo). Se ivi Giuliano consigliava « eiusmodi nuptiis abstinere », qui dove si trattava di filiazione puramente legale e di matrimonio già concluso, non v'era alcun motivo di ritenere che questo venisse meno.

22. Non è dunque riuscito inutile questo nuovo esame dell'importante questione. Esso ci ha appreso che solo per gli atti *mortis causa* può parlarsi di invalidazione successiva e quali siano le norme relative. In tutti gli altri casi, quando l'atto giuridico sia perfetto, non può perdere per fatto posteriore la sua validità: si tratta di vedere se il diritto prodotto (in cui quella validità si è affermata) venga o no estinto pel mutare delle circostanze. Solo in

(1) Anche TRIFONINO nel discutere l'altra ipotesi, non dice che sia nulla l'adozione, ma che si debba impedire: egli ritiene difficile impedire l'adozione da parte dell'ex tutore (finita iam tutela et nupta puella alii, vereor ne longum sit adoptionem mariti eius impedire); meno difficile impedire quella da parte del curatore attualmente amministrante: evidentemente perchè sospetta e contraria al suo ufficio. Ma queste ragioni non valgono nel caso nostro. Del resto, avvenuta bene o male l'adozione, *nuptiae peremuntur*.

materia di obbligazioni, in cui il diritto non ci attribuisce direttamente il vantaggio ma ci dà il modo di raggiungerlo, è possibile che il diritto si estingua prima che il fine si ottenga e prima insomma che l'effetto *mediato* del negozio giuridico costitutivo sia conseguito. Del resto è da stabilire che non vi è alcun nesso necessario fra i requisiti per la conclusione di un negozio giuridico e quelli della durata del diritto costituito. Si capisce però che la perdita della capacità giuridica, ove sia piena, appunto perchè priva dell'idoneità ad essere soggetto di diritto, come osta alla costituzione di rapporti giuridici, osta alla conservazione dei diritti acquisiti. E si capisce ancora come quelle esigenze del sistema o dell'ordine pubblico, che renderebbero impossibile (giuridicamente almeno) la costituzione del rapporto, possano repugnare alla continuazione del rapporto costituito. È per quest'ultima categoria, che i romani usano la formola « incidere (pervenire) in eam causam (eum casum) a qua (quo) non potuisset incipere (consistere) ». La formola è vera tutte le volte, che dura la medesima ragione di conseguenza sistematica o di ordine pubblico: tutte le volte quindi che la « causa » è *proprio identica*. All'uso non è da badare alle apparenze esteriori: altrimenti *non est novum* che si abbia, nonostante i mutamenti avvenuti, la conservazione del rapporto (1).

(1) Si vuol trovare un'applicazione della regola accennata al num. 1 anche nelle diverse ipotesi di cessazione di rapporti giuridici per confusione (cfr. da ultimo il KRETSCHMAR, *Theorie der Conf.*, p. 12). In termini generali la necessità della distinzione dei soggetti e dei patrimoni, che occorre per stabilire un rapporto giuridico, occorre anche per la sua conservazione: nè si può negare che gli stessi giuristi romani in materia appunto di confusione alludano spesso a quel principio (cfr. p. es. fr. 11 D. 5, 1 e fr. 7 pr. D. 46, 1). Tuttavia la somiglianza può ingannare. Si tratta piuttosto di ciò che, come certi negozi presuppongono o la distinzione dei soggetti o l'alienità della cosa, così non può escogitarsi un diritto verso altri, se quella distinzione vien meno od un limite del dominio se questo viene a coincidere nello stesso patrimonio col diritto-limite. Dove la confusione ha solo carattere temporaneo, già il diritto classico conosce dei rimedi per eliminarne l'efficacia. Su qualche punto vi era dissenso (fr. 98 § 3 D. 46, 3 etc.), ma qui il dissenso dipendeva appunto da ciò, se la distinzione dei soggetti (ad es. debitore e garante) fosse essenziale alla conservazione della duplice obbligazione. L'antico diritto romano non si opponeva neppure a che il debitore si facesse garante di sè medesimo (« manceps idem praes »): nelle mallevorie per stipulazione non si ammette per un'evidente economia di rimedi

Una distinzione fra diritti di obbligazione (tenuta presente l'importante avvertenza che abbiamo fatta) e diritti di altra natura è sotto questo aspetto inammissibile. Anche i diritti di famiglia rientrano nella regola comune.

giuridici che uno *spondeat*, *fidepromittat* o *fideiubeat* per sè stesso, ma si può dubitare se la fideiussione cada, quando il debitore succeda al fideiussore, potendo l'utilità dipendente dalla originaria distinzione patrimoniale conservarsi almeno in parte dopo la confusione tuttavia. Prevalse l'opinione negativa; ma tutto ciò spiega che non siamo nei puri termini del problema trattato nel testo.

REV15

ÚK PrF MU



3129S04816