

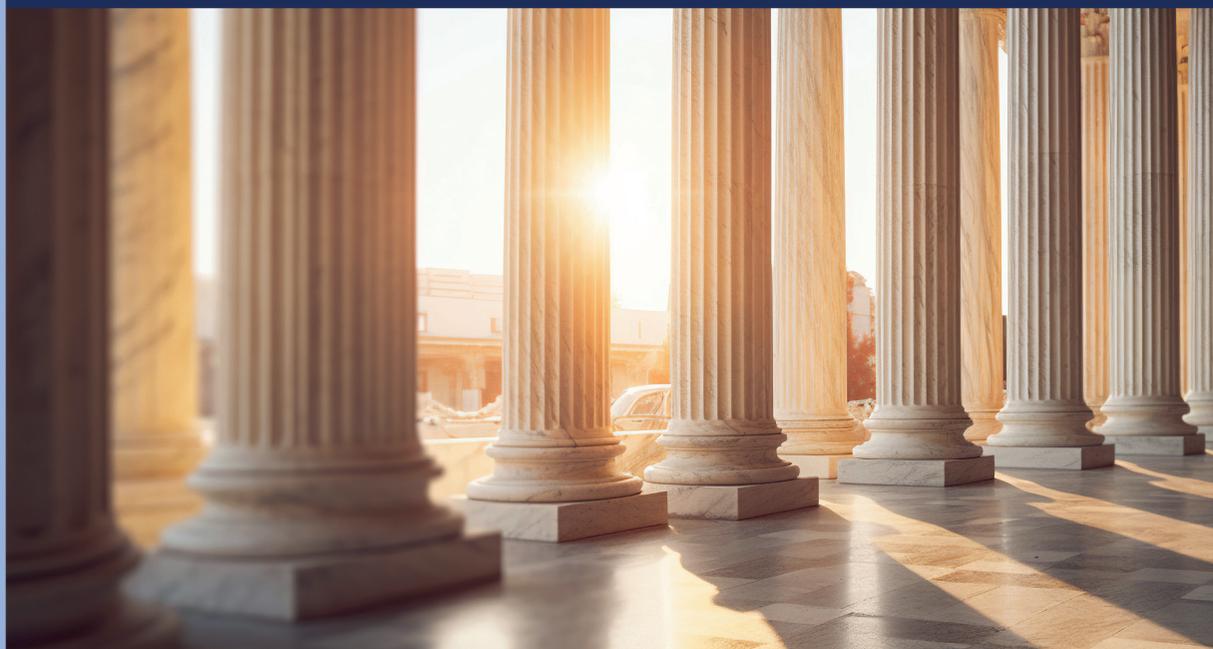
# Diritto romano e diritto attuale

Casi e regole

*a cura di*

Francesco Fasolino

Federico Fernández de Buján



**Giappichelli**

**DIRITTO ROMANO:  
PRINCIPALI STRUTTURE E CONTENUTI**



# DEL DIRITTO ROMANO

*Lucia di Cintio*

## 1. DIRITTO ROMANO E DIRITTO EUROPEO

«La conoscenza meramente oggettiva è una vecchia e ormai sfatata illusione dei positivisti, una conoscenza del diritto non è per noi possibile se non in quanto s'inquadri in quelle categorie scientifiche che millenni di esperienza hanno costruito»<sup>1</sup>.

Qualsiasi comunità, per poter esistere, deve contenere al proprio interno necessariamente delle regole, che, nel loro insieme organizzato in modo razionale, costituiscono un ordinamento giuridico, il diritto: *nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium*, leggiamo in D. 1.1.1.3. Naturalmente, non è sufficiente la semplice esistenza di regole, ma ne occorre anche la corretta formazione ed applicazione, elementi fondamentali per il buon e pacifico funzionamento della vita sociale e delle libertà individuali. Si ben intende, allora, quanto sia importante e arduo, al contempo, il compito dell'operatore del diritto di enucleare o applicare prescrizioni, dette tecnicamente norme, che incidono nella vita dei consociati. A tal fine, occorre sempre perseguire uno schema rigoroso, chiaro che sia conformato alla vita pratica, di modo che anche eventuali conflitti potranno essere prevenuti o risolti.

Lo studio del diritto, così, è considerato, a ragion veduta, una scienza che si manifesta in varie sfaccettature, a diversi livelli: formulare le norme, saperle interpretare, applicarle in modo corretto. Ciascun piano necessita di una competenza e di una tecnica precisa e tali fattori devono unitamente essere pervasi da una *ratio* che sia il più esatta possibile; poiché il diritto è una scienza 'umana', alla logica vanno accostati alcuni criteri, principi metagiuridici, ossia i valori che sono quelli riconosciuti dalla società, vista nella sua interezza. Ebbene, sia logica da seguire, sia la tessitura di principi su cui agire, financo i singoli istituti, sono

---

<sup>1</sup>V. ARANGIO-RUIZ, *La cosiddetta tipicità delle servitù e i poteri della giurisprudenza romana*, in *Il Foro Italiano*, 59, IV, 1934, 50, in merito alla posizione di Betti, dallo stesso condivisa, almeno su tale punto.

una creazione dell'esperienza romana, che costituisce la fonte da cui i moderni ordinamenti hanno attinto e attingono per esistere e resistere al tempo.

Conoscere il diritto romano, così, vuol dire apprendere la logica, al tempo le *rationes* alla base delle norme principali che non devono, tuttavia, risultare avulse dal contesto storico di riferimento.

Ripercorrere il lungo cammino dell'esperienza giuridica, passata e presente, analizzarne gli istituti è operazione essenziale per gli operatori del diritto.

*Prima facie*, a chi si approcci allo studio giuridico, potrebbe sembrare non immediato il legame tra gli attuali ordinamenti e un diritto che è nato migliaia di anni fa a Roma; a tal proposito, già dal breve *excursus* che si accinge a ricordare, si potrà capire quanto la *scientia iuris* giurisprudenziale sia viva.

Nell'XI secolo nella penisola italiana erano fiorenti alcuni centri ove si insegnava e creava il diritto, tra questi, primario rilievo riveste la Scuola di Bologna; in particolare un suo esponente, Irnerio, capì che le norme di cui abbisognava un sistema sociale evoluto erano già presenti e pronte, andavano adeguate certo, ma non riformulate, alla luce anche del loro percorso plurisecolare; ebbene, si trattava delle regole romane racchiuse in un'opera tramandata anche essa nei secoli, chiamata dagli stessi maestri della Scuola di Bologna, '*Corpus Iuris Civilis*', 'Corpo del Diritto Civile'.

Con tale espressione, si indica una raccolta organica composta da: un manuale di Istituzioni di diritto romano, un Codice che contiene le leggi imperiali, un Digesto, un'ulteriore raccolta di estratti di opere degli antichi giuristi romani, un aggiornamento del Codice precedente. La sua redazione è collocata tra il 529 e il 534 d.C., ed è dovuta all'imperatore Giustiniano, bizantino, che riuscì a unificare per l'ultima volta l'Impero Romano. Il *Corpus* giustiniano contiene leggi, letteratura giuridica, ed anche la trattazione sintetica degli istituti principali.

Così, attraverso un nuovo uso di questo materiale, *usus modernus Pandectarum*, il diritto romano, oltre che materia di studio, tornò ad essere diritto vigente fino al primo gennaio del 1900, quando negli stati dell'Impero Germanico, *Zweites Reich*, l'uso delle Pandette, altra denominazione del Digesto, fu sostituito da un Codice Civile, *Bürgerliches Gesetzbuch*. Tale Codice rappresentò un modello per i successivi codici nazionali europei; le norme in esso presenti sono il risultato di una lunga ricerca della scienza giuridica continentale basata sempre sul diritto romano. Così la storia, nei suoi ricorsi, riproponeva quanto era accaduto circa otto secoli antecedentemente, presso la Scuola di Bologna.

## 2. METODO CASISTICO E SCIENZA GIURIDICA EUROPEA

Al fine di poter usare al meglio il materiale giustiniano, gli studiosi tedeschi, tra cui ricordiamo Bernhard Windscheid, appartenenti alla Scuola denominata 'Pandettistica', usavano il *Corpus Iuris Civilis* come un insieme di norme che lo-

ro stessi uniformavano e interpretavano in senso contemporaneo, perseguendo l'idea di una *ratio*, una logica non solo armonica, ma uniforme.

Tale visione nasceva in contrapposizione ad un'altra scuola di pensiero, la Scuola Storica, il cui esponente principale fu Friedrich Carl von Savigny, il quale, ancorato alla tradizione medioevale, riteneva che il diritto romano andasse studiato nella sua formulazione consuetudinaria, come un prodotto della vita quotidiana che si svolgeva nel popolo, *Volksgeist*, 'spirito popolare', conferendo grande risalto al diritto romano-germanico.

Entrambi i metodi presentano pregi e limiti che devono essere valutati nel modo più obiettivo possibile, depurato da pregiudiziali ideologiche, unitamente ad alcuni parametri finalizzati a un corretto approccio allo studio dell'esperienza giuridica romana.

Il Digesto, in realtà, seleziona e riproduce il materiale giuridico di secoli precedenti alla sua redazione, esso è la risultante di un'operazione di scelta di opere passate e di un loro parziale adattamento a quello che era il diritto del VI secolo. Dunque, un lavoro, che segua un metodo scientifico, deve porsi come obiettivo la ricostruzione del testo originale e le sue modifiche. Si tratta di un approccio estremamente complesso, di tipo esegetico, storico e sistematico che compete agli studiosi dei diritti antichi e che non può prescindere dalla comprensione delle "tecniche e delle ideologie" dei giuristi passati.

Il diritto romano nasce come scienza sganciata da aspetti misterici, nel momento in cui, all'alba della Repubblica (450 a.C. circa), esso diviene pubblico, scritto e certo, attraverso l'emanazione e la pubblicazione delle cosiddette XII tavole, ossia un insieme di norme brevi, sintetiche che regolavano gli aspetti principali dei rapporti giuridici privati. Spettava ad esperti di diritto applicarle, interpretarle e innovarle in modo corretto, conforme; infatti, solo attraverso un *modus agendi* rigoroso, scientifico, il diritto poteva assicurare una certa equità, un concetto, fluido e polisemico, ma che si avvicina a quel senso comune di giustizia che tutti nutriamo in qualche misura.

### 3. METODO CASISTICO E TIPICITÀ

I giuristi, tuttavia, non affrontano lo studio del diritto in modo squisitamente teorico, come ad esempio operavano i filosofi greci, poiché essi risolvono casi concreti: devono confrontarsi con la realtà quotidiana.

I cittadini, i magistrati, che nell'espletamento delle loro funzioni dovevano in qualche modo occuparsi di regole di diritto, si rivolgevano a questi esperti che fornivano quella che, secondo la loro visione, sarebbe stata la soluzione migliore e, allo stesso tempo, confacente al diritto privato, *ius civile*, vigente. Così, all'aumentare dei casi, in modo corrispondente aumentano le soluzioni, le opinioni in merito. Nascono le scuole di diritto – ossia dei centri in cui gli esperti più auto-

revoli insegnavano e discutevano delle loro visioni con giovani aspiranti giuristi – nasce e si sviluppa così un *ius controversum*, ossia una dialettica interna ai giuristi sulle varie soluzioni possibili.

Non si pensi, tuttavia, che i *prudentes* agissero alla rinfusa, essi erano consapevoli del loro modo di agire, pragmatico ma razionale, e volutamente si diversificavano dai filosofi; seguono, così, un loro metodo, almeno sino al III secolo d.C.: il metodo casistico, scientifico, rigoroso e analitico. Tale *iter*, costellato da controversie interne nell'individuazione di casi simili tra loro e meritevoli di tutela, condusse alla creazione di una sorta sistema basato sulla tipicità. Già la scuola pandettistica aveva individuato questa caratteristica del sistema giuridico romano che consiste nella creazione non di categorie generali, ma di singole fattispecie, tipi. Si tratta di una tipicità che i pandettisti stessi definiscono forte, ossia una volta che la giurisprudenza abbia stabilito i vari tipi, i privati, ma potremmo dire i fruitori del diritto in generale, possono scegliere solo a quale tipo riferirsi nelle loro negoziazioni e relative forme di tutela.

Così, la scienza giuridica romana non elabora la categoria di contratto, ma i singoli contratti, le singole servitù e così via.

# ORGANIZZAZIONE DEL DIRITTO ROMANO

*Lucia di Cintio*

## 1. EDITTO PRETORIO

La *scientia iuris* è un prodotto della ragione, ma anche della storia; in funzione di tali coordinate, pertanto, anche la produzione giurisprudenziale muta e si arricchisce di nuovi generi letterari. Uno spartiacque può essere considerato la redazione dell'Editto Perpetuo.

L'editto era un atto che i magistrati o i funzionari addetti alla gestione della giustizia pubblicavano ad inizio dell'anno di carica e valeva per la durata della carica medesima. In esso erano contenuti, tra l'altro, i rimedi giudiziari alle varie situazioni, come elaborati dai giuristi. L'editto era presente a Roma, ma anche in provincia adattato al nuovo territorio. Con il consolidarsi del Principato – nel 130 d.C. circa –, l'imperatore Adriano decise che l'Editto doveva essere unico e stabile, predisponendo la redazione del cd. Editto Perpetuo da parte del giurista Salvio Giuliano. In tal modo il *princeps* otteneva più risultati: da un lato l'uniformità e la stabilità del diritto, almeno in linea tendenziale, dall'altro sottraeva potere ai magistrati e ai funzionari, che sino ad allora avevano amministrato la giustizia; anche l'attività creatrice della giurisprudenza, dunque, si adegua, forzatamente in parte, a questa esigenza di stabilità e si direziona verso l'organizzazione del diritto e la sua interpretazione adattativa a casi nuovi.

## 2. 'REGULAE IURIS'

Oltre ai tipi 'forti', i giuristi elaborano, in una fase evoluta del loro sapere, le cosiddette *regulae iuris*, 'regole di diritto', sintesi casistiche che assurgono a norme, pronte per essere usate ed anche facilmente memorizzate. Invero, occorre precisare che abbiamo numerosi papiri che attestano anche la diffusione di prontuari nelle province orientali, risalenti già al primo principato, ma si tratta, per lo più, di accorpamenti di norme, di brevii.

Diversamente, le *regulae* rappresentano un punto di approdo della specula-

zione giurisprudenziale importantissimo, poiché sono il frutto del metodo della tipicità unito all'uso di strutture di pensiero nate e impiegate dai filosofi che consentono ai *prudentes*, giuristi, di organizzare tutto quel diritto che era nato dalla prassi e iniziare a pensare al diritto come un sistema o come un ordine, un ordinamento. La loro importanza, nonché utilità, perdura nel tempo e nel Digesto è presente un'intera parte dedicata ad esse.

### 3. ISTITUZIONI DI GAIO

Durante il medesimo periodo della redazione dell'Editto perpetuo, la necessità di organizzare il diritto allora vigente si manifesta in un'altra opera; nasce, così, il Manuale di istituzioni di diritto romano ad opera del giurista C. *Gaius Noster*, Gaio.

Il Manuale è diviso in quattro parti chiamate libri o, in latino, *commentarii*, ognuna è divisa a sua volta in titoli e in capitoli, in base alle materie trattate. Il diritto è trattato in modo sintetico e chiaro, pronto per essere insegnato ed appreso nel seguente modo: *personae* (primo commentario), alle *res* sono dedicati il secondo e terzo commentario; occorre specificare che il termine *res*, che letteralmente significa 'cosa', riveste un senso ampio e residuale, ossia la *res* comprende tutto ciò che non può rientrare nella parte dedicata alle persone o ai processi, *actiones*. Dunque, *res* sono i beni materiali, e non, i rapporti patrimoniali, suscettibili di valutazione economica, le successioni. La quarta parte è dedicata a processi ordinari, '*actiones*'.

### 4. LO STUDIO DEL DIRITTO ROMANO COME 'SCIENTIA IURIS', TRA 'SISTEMA' E 'CASO CONCRETO'

Le Istituzioni di Gaio, e la letteratura giurisprudenziale ora ricordata, hanno costituito per secoli, senza soluzione di continuità, il diritto da insegnare, da applicare nei processi, negli atti privati, nelle negoziazioni. Si tratta di un materiale che in modo repentino fu selezionato, accorciato, in alcuni punti modificato, ad opera dei giuristi che si accingevano a redigere il *Corpus Iuris Civilis* per volere dell'imperatore Giustiniano. In esso troviamo, così, la risultante di un lavoro operato alla luce degli inevitabili mutamenti giuridici, anche se meno incisivi di quello che si potrebbe pensare, e della ideologia cristiana che da Costantino (con l'Editto di Milano del 313 d.C.) oramai caratterizzava tutti gli aspetti dell'ordinamento.

In definitiva, si può affermare che il diritto romano si svolge come una scienza viva alla base della comprensione e formazione delle norme attuali, e va considerato, sia entro le coordinate istituzionali, sistematiche, sia nella sua manife-

stazione concreta, quella casistica. Il diritto è, dunque, esperienza, ed è da questa che la *ratio* umana agisce per poter formulare concetti astratti. Allora, studiare i casi concreti significa approcciarsi al diritto in modo critico, rigoroso, al contempo, creativo, come in modo ineguagliato operavano gli antichi *prudentes*.

## 5. 'UBI SOCIETAS, IBI IUS'

Come ricordato in apertura. Anche i giuristi romani, nella loro riflessione sistematica, avevano osservato come anche i comportamenti animali fossero improntati a regole di cui non erano consapevoli, il diritto naturale. *Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium*, 'Il diritto non appartiene solo agli uomini, ma a tutti gli animali e ciò che la natura ha insegnato agli animali si chiama diritto naturale', così scriveva il giurista Ulpiano nel III sec. d.C.

Le regole sono dette tecnicamente anche norme, si caratterizzano per essere generali ed astratte, ma possono essere molto diverse ed afferire a vari aspetti del pensiero e dell'agire umano. Alcune di esse, infatti, enunciano principi, altre dettano regole di comportamento, altre ancora possono qualificare giuridicamente fatti o atti dell'agire umano.

Esse sono destinate all'ordinamento, producono diritto; pertanto, sono definite come fonti di produzione del diritto. Così l'ordinamento può essere pensato come un insieme di serie di norme, ciascuna caratterizzata da un settore dell'agire o del pensiero umano.

All'interno del medesimo ordinamento possono essere, dunque, collocati i vari istituti, ossia l'insieme delle norme che definiscono e regolano una classe, una categoria giuridica.

## 6. PARTIZIONI DELL'ORDINAMENTO ROMANO

L'ordinamento romano può essere pensato come un corpo composito, idealmente suddiviso in vari parti, ma occorre mai perdere di vista che si tratta di suddivisioni logiche, operate a scopo sistematico e organizzativo; esse 'dialogano' tra loro in costante e stretta connessione.

Innanzitutto, le regole, norme, possono essere sia scritte sia non scritte; in questo caso occorre una costante applicazione delle stesse nel tempo, fino a che, consolidate, si possano ritenere, non un mero accidente, bensì regole.

Si può, inoltre, operare una divisione in base al contenuto.

Così, le norme di principio e gli istituti, su cui si reggono la società e il suo ordinamento, formano un modello costituzionale.

Alla luce di tali brevi premesse, si può ricordare che con il termine *ius priva-*

*torum*, diritto privato, si indica quella parte dell'ordinamento che attiene ai rapporti tra soggetti privati.

Altresì, l'espressione *ius publicum* indica i rapporti tra il potere centrale e i singoli, o tra vari Stati.

Infine, il lemma *lex*, legge, indica una manifestazione di volontà, una dichiarazione, con valore vincolante per il destinatario e il suo senso varia con il variare del modello costituzionale; essa può essere un'emanazione del re, o della volontà popolare.

## 7. LE RELAZIONI NELL'ORDINAMENTO

Oltre ad essere organizzate nelle partizioni e classificazioni note, le norme all'interno di un ordinamento possono essere viste anche dal punto di vista della loro interazione, atta a risolvere o a prevenire i conflitti che inevitabilmente vengono in essere nelle interazioni.

I conflitti possono essere neutralizzati, ridotti a zero, riconoscendo e tutelando una posizione giuridica, ma, al contempo, delimitandola sia nell'esercizio concreto sia nella loro configurazione.

Tali posizioni, poteri dei singoli, riconosciuti dall'ordinamento giuridico, sono definiti diritti soggettivi.

# SOGGETTI

*Lucia di Cintio*

I titolari di diritti sono i soggetti di diritto.

Soggetto di diritto può essere la singola persona, ma può essere anche una collettività strutturata e organizzata.

Capacità giuridica: l'idoneità di un soggetto a essere titolare di diritti e di doveri.

Capacità di agire: l'idoneità a compiere atti giuridici.

## 1. 'STATUS'

Lo stato indica la posizione giuridica di un soggetto all'interno dell'ordinamento romano. Naturalmente, essendo un sistema complesso, per un medesimo soggetto si possono configurare diverse angolazioni con cui si concepisce lo *status*; così gli studiosi moderni (i Romani non elaborato in alcun modo una teoria degli *status*) hanno classificato i vari *status*, distinguendo lo *status*: 1) *civitatis*, 2) *libertatis*, 3) *familiae*.

1) *Status civitatis*: 1.a. cittadinanza piena

2.a. latinità con cui si godeva del *commercium*, *connubium* e si potevano compiere atti ove fossero previsti formalismi riservati ai *cives*, come la *mancipatio*.

Ai *peregrini*, stranieri che non godevano di alcuno *status civitatis* verso Roma, era applicato il diritto pretorio, ossia quel sistema di norme create dalla giurisprudenza e applicate dal pretore, che si pone accanto al sistema civilistico.

Occorre, tuttavia, tener ben presente che il sistema del diritto pretorio (*ius honorarium*, detto anche *ius gentium*) e quello del diritto cittadino (*ius civile*) comunicavano tra loro, essendo entrambi in continua evoluzione; così parte dell'uno permeava l'altro, ampliando di nuovi elementi il diritto civile.

2) *Status libertatis*: Si risolve, per ciò che interessa nel presente contributo, nella distinzione tra liberi, schiavi, liberti e, nel Tardo Antico, coloni.

*Status libertatis* e *status civitatis* sono concetti in relazione reciproca, in quanto per godere della piena cittadinanza era necessario, ma non sufficiente, essere liberi.

3) *Status familiae* consiste nella posizione giuridicamente riconosciuta all'interno della famiglia romana, come si vedrà ora.

## 2. 'PATER FAMILIAS', 'PADRE DI FAMIGLIA'

Caratteristiche: con tale espressione si indica un uomo libero, non sottoposto a poteri personali altrui di alcun genere; egli godeva sia della piena capacità giuridica sia della piena capacità di agire. Il *pater* non solo era libero, ma poteva anche esercitare dei poteri a sua volta, vincolando a sé altre persone. Sugli schiavi e servi esercitava la *dominica potestas*, era, inoltre, il custode dei culti famigliari e poteva trasmettere il suo patrimonio, o parte di esso, tra vivi e *mortis causa*.

Requisiti: per essere padri di famiglia non bastava essere liberi dalla schiavitù, ma occorreva essere svincolati anche dalla *patria potestas* di un altro *pater*, e godere di tutti quelli che noi oggi chiamiamo diritti civili.

Acquisizione: la *patria potestas* si acquisiva tramite la nascita, o anche il solo concepimento, da un matrimonio le cui caratteristiche lo rendevano '*iustum*', temine che non tanto significa giusto, quanto conforme al diritto dei *patres*. Si acquistava, inoltre, per adozione sia se aveva lo *status* di figlio di famiglia sia se era *sui iuris*, o *pater* di altre famiglie, in questo caso l'adozione si chiamava *adrogatio*, arrogazione.

Perdita: si perdeva per morte, per *capitis deminutio* a causa di tre tipi di *capitis deminutiones*, ossia la perdita o la diminuzione di uno *status*, di un livello di appartenenza alla comunità, *caput*, per volontà del padre di famiglia che doveva compiere determinati atti che variano nel tempo; tra questi i più importanti sono la *emancipatio* e la cd. *in iure cessio*, per disposizione legislativa.

L'*emancipatio* consiste in un atto solenne attraverso il quale il padre finge di vendere il figlio per tre volte, a seguito delle quali perde la *patria potestas* e il figlio diviene *sui iuris*, indipendente e libero.

La *in iure cessio* consiste nell'esecuzione di un finto processo in cui il padre cede fittiziamente il figlio che, anziché essere accettato dalla controparte, diviene *sui iuris*.

## 3. 'FILII FAMILIAS', 'FIGLI DI FAMIGLIA'

Con tale espressione si indicano i figli soggetti alla *patria potestas*. Non tutti i figli erano sottoposti a tale potere, ma solo quelli nati da *matrimonium iustum*.

I figli di famiglia erano liberi, ma godevano di una capacità di agire limitata. Potevano essere soggetti di diritto pubblico, ossia potevano godere dell'elettorato attivo e passivo, potevano compiere e rispondevano a titolo personale dei crimini.

Per quanto riguarda la capacità di agire in ambito negoziale, occorre operare una distinzione: in una fase iniziale della storia di Roma, i figli di famiglia non potevano obbligarsi senza l'assenso del *pater*, il quale rispondeva in giudizio per le obbligazioni del figlio.

Se il figlio avesse commesso un delitto, un illecito non contrattuale, allora il

padre poteva o risarcire il danneggiato o dare il figlio 'a nozza', ossia renderlo servo del creditore.

Già, pare, all'inizio dell'epoca mercantile, i figli potevano assumere obblighi patrimoniali senza il preventivo assenso del *pater*. I figli di famiglia non avevano un patrimonio proprio distinto da quello del padre, ma avevano in amministrazione una parte più o meno consistente di patrimonio, in genere denaro, detta peculio, il quale però restava in proprietà del padre.

Migliore era la posizione dei figli militari, poiché potevano tenere per sé il bottino di guerra o il salario, che componevano il peculio castrense, a partire da un'epoca non antecedente al Principato.

I figli di famiglia erano eredi *legitimi* dal punto di vista dell'antico diritto civile e potevano sposarsi, ma con l'assenso del padre che estendeva, in tal modo, la sua *patria potestas* alla nuora e ai nipoti.

#### 4. DONNE

Le donne, come gli uomini, potevano essere *sui iuris* o *filiae familias*, con delle differenze. A scopo di semplificazione, allora, basterà elencare le differenze: le donne non godevano della capacità di diritto pubblico, ove a pieno diritto, potevano compiere atti negoziali, ma avevano bisogno dell'assenso di un tutore nel momento in cui l'atto si potesse rivelare nocivo per il patrimonio.

Se concludevano un tipo di matrimonio specifico, formale, riservato ai cittadini romani, detto '*cum manu*', si sottoponevano a un potere del marito detto mano maritale, *manus maritalis*, che aveva valore patrimoniale. Se figlie di famiglia, diventano sottoposte come tali alla *patria potestas* del capo famiglia della nuova famiglia. Per antico diritto civile potevano ereditare solo dopo che aveva ereditato la linea maschile di eredi. Con il tempo, in epoca mercantile, acquisiscono anche una capacità di ereditare per effetto degli interventi pretori.

Nel tardo antico, per effetto delle leggi pervase dall'idea di potere assoluto, la loro posizione giuridica retrocesse, all'interno della famiglia e della società a struttura sempre più patriarcale.

#### 5. TUTELA MULIEBRE

Nel diritto romano le donne non potevano compiere in autonomia tutti gli atti giuridici, ma subivano delle limitazioni. Tecnicamente si afferma che godevano di una capacità di agire limitata. Dunque, occorre che gli atti giuridici esclusi dalla sua sfera di autonomia fossero integrati dalla interposizione di un soggetto che invece godesse della piena capacità di agire, ossia un maschio *sui iuris*, privo a sua volta della necessità di tutore.

La donna *sui iuris*, ossia non sottoposta a *patria potestas*, gode della piena capacità di agire per gli atti che le arrechino sicuramente vantaggi economici, di arricchimento, per gli atti negoziali di alienazione riguardanti *res nec Mancipi*. Per tutti gli altri atti, ossia assumere obbligazioni da contratto, alienare *res Mancipi*, di particolare valore, stare in giudizio, e così via..., occorre la compresenza di un tutore.

Il tutore poteva essere nominato in seguito a morte del soggetto avente su di lei la *potestas* per legge o per testamento, oppure poteva essere assegnato dal pretore.

L'autorizzazione del tutore era richiesta di volta in volta, egli non amministrava in via generale l'intero patrimonio della donna, come accadeva per i pupilli.

Nel tempo, questo istituto subisce delle modifiche volte a restringerne l'ambito applicativo, attraverso vari interventi legislativi; un esempio di ciò è la *Lex Iulia et Papia*, in forza della quale la donna era esentata dalla tutela in base allo *status* e al numero di figli.

## 6. SCHIAVITÀ

Con tale termine si delinea la sottoposizione giuridica di un soggetto verso un altro soggetto, con determinate caratteristiche: il potere, che è esercitato dal padrone, è denominato generalmente *dominium* o *dominica potestas*, ed è assimilabile al diritto di proprietà. Lo schiavo può essere venduto, acquistato, dato in prestito, come un oggetto di scambio. Così lo schiavo era assimilato a un oggetto anche negli altri rapporti giuridici, il suo rapimento era qualificato furto, le offese fisiche erano trattate come danneggiamenti a un oggetto altrui, lo schiavo poteva anche essere ucciso dal proprio padrone.

Il servo, però, poteva compiere atti negoziali in quanto utili al proprietario. Nei rapporti tra schiavo e padrone, poteva accadere che il servo ricevesse dal *dominus* una quantità di beni, variamente composta, denaro in genere, con cui concludere negoziazioni. Nella gestione di questi affari *in itinere* non risulta che lo schiavo dovesse render conto al *dominus*, ma gli effetti del negozio erano imputati al medesimo.

Dal punto di vista processuale, il *dominus* risponde per le obbligazioni dello schiavo con azioni 'di qualità aggiunta', '*adiecticiae qualitatis*', in base al tipo di autorizzazione, nel seguente modo:

a) se il servo avesse ricevuto un ordine o un'autorizzazione ben precisa per un singolo negozio, o affare composto magari anche da più negoziazioni, il proprietario ne avrebbe risposto per l'intero, con azioni dette rispettivamente '*exercitoria*', '*institoria*', '*quod iussu*'.

b) Se il servo avesse gestito il peculio in modo generico, allora il padrone ne avrebbe risposto nei limiti dell'attivo del peculio. Poteva accadere infatti che nelle dinamiche contrattuali, in modo momentaneo, il servo avesse incamerato guadagni superiori al peculio o li avesse persi magari perché anticipati per un investimento. In questo caso, ove si fosse incardinato un processo sarebbero stati in giudizio sia il servo sia il padrone e le relative azioni giudiziarie erano dette 'azioni di qualità aggiunta', *actiones adiecticiae qualitatis*.

c) Quando nessuna azione di quelle sopra elencate poteva essere esperita in modo efficace, allora vi era un'azione residuale, detta *quod iussu*, 'per un ordine', per cui il padrone rispondeva giudizialmente, ove avesse tratto un vantaggio ingiusto dal negozio concluso dal servo.

d) Qualora il padrone stesse in giudizio per un delitto, ossia un illecito extra contrattuale, allora avrebbe potuto liberarsi dando il servo alla controparte, il corrispondente istituto prende il nome di *noxae deditio*.



# DIRITTI REALI

*Lucia di Cintio*

## 1. PROPRIETÀ

Una delle prime necessità, a rigor di logica, degli antichi romani fu l'acquisizione di terreni, ove poter coltivare e costruire le proprie abitazioni in modo indisturbato. A tali fini, in quei tempi così risalenti, si poteva occupare un determinato fondo, terreno e delimitarlo con dei segni chiari che nessuno, privo di permesso, poteva oltrepassare. Il soggetto poteva fare ciò voleva all'interno del suo fondo, poteva anche cederlo, trasmetterlo ad altri, coltivarlo o meno, costruire, con i soli limiti generali imposti dall'ordinamento di appartenenza.

Si tratta di un diritto assoluto, poiché amplissimo e valevole verso tutti; ed è un diritto che non pone in relazione due soggetti, bensì un soggetto e un oggetto materiale, una *res* in latino che diviene *proprium* proprio del soggetto; da qui il nome diritto reale di proprietà.

Allora, per diritto romano, come per il diritto odierno, il diritto di proprietà 'è un diritto reale che ha per contenuto la facoltà di godere e di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo, entro i limiti e con l'osservanza degli obblighi previsti dall'ordinamento giuridico' (art. 832 cod. civ.).

Il diritto di proprietà piena è detto *dominium ex iure Quiritium*, pieno dominio per diritto dei Quiriti, ossia i cittadini più antichi di Roma.

## 2. TRASMISSIONE DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ

I metodi di trasmissione e acquisizione della proprietà variano in base a due coordinate essenziali, il periodo storico di riferimento e il tipo di bene.

Secondo il manuale di Gaio – siamo, dunque, in quella che gli storici chiamano epoca classica –, i beni, detti *res*, si dividono *mancipi* e *nec mancipi*, ai primi appartengono quelli di maggior valore, ai secondi quelli di minor valore economico.

*Mancipatio*: La proprietà dei beni di grande valore, (classificati come *res Mancipi*) schiavi, alcuni animali, immobili era trasmessa attraverso una procedura antica e formale il cui uso era concesso solo ai cittadini romani, detto *mancipatio*, lemma non traducibile. Tale schema negoziale prevedeva l'esecuzione di una forma per la sua validità. In base ad esso, un soggetto trasmetteva il bene ad un altro soggetto il cui valore era calcolato da un pesatore che usava una bilancia in cui era posto da un lato il bene, o forse un suo simbolo rappresentativo nel caso di immobili, e dall'altro il suo valore in metallo, bronzo. Lo schema si svolgeva alla presenza di cinque testimoni puberi e *cives* romani. L'acquirente pronunciava delle frasi solenni in cui dichiarava la cosa sua e l'alienante taceva.

Questo modello era impiegato per gli scopi economico-sociali, cause, più diverse. In questo senso, la *mancipatio* può definirsi come uno schema negoziale a causa astratta.

*In iure cessio*: è un finto processo in cui il soccombente fittizio cede la proprietà del bene che poteva essere *mancipi* o *nec Mancipi*.

*Traditio*: consiste nella trasmissione del bene, consegna. Il diritto trasmesso con la *traditio* varia nel tempo: all'inizio trasmetteva la proprietà solo per le i beni *nec Mancipi*, nel tardo antico, la *traditio* poteva essere anche simbolica e poteva essere idonea a trasmettere il diritto di proprietà di tutti i beni a seconda dalla causa con cui era effettuata.

### 3. USUFRUTTO

Quella della proprietà non l'unica forma di diritto reale. Nel tempo, infatti, sono emerse diverse situazioni che riguardavano sempre il rapporto tra soggetto e *res*, inquadrabili, dunque, come diritti reali, diversi dalla proprietà. Tra questi, uno dei meno risalenti è il diritto usufrutto, concepito per rendere stabile e certo proprio il diritto di usare, sfruttandolo, un fondo. Tale diritto, infatti, consiste nella possibilità, o potere, di usare un bene altrui e di far propri i frutti, rispettando la destinazione economico-sociale del bene stesso.

Il modello tradizionale di usufrutto riguarda l'esercizio di tale diritto su fondo altrui. L'usufruttuario può coltivare, apportare migliorie che non modifichino le caratteristiche essenziali del fondo, anche disporre del suo diritto, e può far propri i frutti. Il proprietario può solo disporre del suo diritto di proprietà che però è esercitato in modo parziale, in quanto chi usa e gode del fondo è l'usufruttuario.

Il diritto è limitato nel tempo, può durare al massimo quanto la vita dell'usufruttuario.

Il riconoscimento di tale diritto come reale comporta la tutela giudiziaria raf-

forzata prevista tramite la *vindicatio*, azione di rivendica, azioni generalmente arbitrarie, e le altre azioni previste dall'ordinamento romano per i diritti reali.

L'usufrutto si poteva costituire sia con i mezzi del *ius civile* solenni, sia con quelli riconosciuti dal diritto pretorio per tutelare stranieri che non potevano essere titolari di *dominium ex iure Quiritium*, stipulazioni in particolare. Si poteva estinguere, oltre che per lo spirare del termine previsto, anche per un non uso prolungato e ininterrotto di tale diritto. Il diritto poteva essere revocato se non si rispettava quanto previsto.

#### 4. POSSESSO

Il possesso nasce quale alternativa al diritto di proprietà dei *cives*. Come si è detto, il diritto di proprietà era una sorta di privilegio riservato ai cittadini romani; chi non avesse goduto di determinati requisiti, non sarebbe stato riconosciuto *dominus ex iure Quiritium* dall'ordinamento romano.

Allora, per ovviare a questo inconveniente di non poco conto, l'ordinamento romano tutela, con mezzi diversi da quelli riservati al *dominium*, chi si fosse trovato nella situazione di proprietario legittimo ma privo del titolo perché non cittadino romano. L'istituto tutelato in tal modo si chiama possesso, che non è concepito come un diritto vero e proprio, altrimenti sarebbe sovrapponibile proprietà, ma crea una situazione di fatto ad essa assimilabile. Si tratta, dunque, di un istituto ibrido, tanto è che nelle difficoltà teorica che comporta una sua concettualizzazione, sembra opportuno definire il possessore: È possessore chi si comporti da proprietario, con l'intenzione di avere il bene per sé.

Se invece ci si relaziona a un bene, se ne gode o lo si usa, ma sapendo o riconoscendo che sia di altri, allora si concretizza l'istituto della detenzione, come nel caso del deposito o del comodato.

Vi sono situazioni in cui il possesso in buona fede, protratto per un periodo di tempo normativamente previsto e ininterrotto, possa legittimare a richiedere il riconoscimento del titolo di proprietà ad un organo competente. In altri termini, il possesso si può trasformare in proprietà.

Ed è questo il meccanismo attraverso il quale anche i non cittadini riescono a commerciare con i romani. Attraverso il trasferimento o l'acquisizione del possesso e poi, a determinate condizioni, della proprietà.



## IL NEGOZIO GIURIDICO E IL CONTRATTO

*Lucia di Cintio*

Non risulta che un concetto generale e una definizione del negozio giuridico siano stati elaborati dalla scienza romana del diritto, anzi si dovranno aspettare secoli di evoluzione perché dalla Scuola Pandettistica emerga una teoria e una regolamentazione del negozio giuridico, recepite nel BGB. Nell'ordinamento italiano, ciò si deve non tanto alla codificazione quanto all'opera di Emilio Betti che così lo definisce: «Gl'interessi e i rapporti che il diritto privato disciplina, esistono nella vita sociale indipendentemente dalla tutela giuridica; l'iniziativa privata è il congegno motore di ogni consapevole regolamento di essi, in quanto si esplica non solo nell'aspirare a dati scopi pratici, ma anche nel foggarsi i mezzi corrispondenti, prima di qualsiasi intervento del diritto. Ora, mezzi di tal natura sono per eccellenza i negozi giuridici. Questi sogliono avere la loro genesi nella vita di relazione: sorgono e si sviluppano spontaneamente sotto la spinta dei bisogni, per adempiere svariate funzioni economico-sociali, fuori dall'ingerenza di ogni ordine giuridico. Sorgono e si sviluppano come atti con i quali i privati dispongono da sé, per l'avvenire, un regolamento d'interessi e rapporti lor proprî: come atti, cioè, di autonomia privata, diretti a dettare un regolamento, che dalla coscienza sociale è già considerato come impegnativo per le parti, prima ancora che gli atti stessi assurgano a negozi giuridici. Invero, l'inosservanza è accompagnata, nella vita sociale, da sanzioni più o meno energiche e sicure, così di carattere specifico (es.: misure di ritorsione e di autotutela) come di carattere generico (es.: perdita o diminuzione del credito sociale con conseguente impossibilità o difficoltà di concludere nuovi affari). Per il fatto di essere riconosciuti dal diritto, i negozi non cambiano la loro intima natura: solo, le sanzioni sociali sono in parte assorbite e sostituite, in parte fiancheggiate e rafforzate da una sanzione più energica e sicura: quella del diritto. La quale appare qualcosa di aggiunto e di logicamente posteriore: per essa l'autonomia privata si dimostra riconosciuta dal diritto e i negozi diventano negozi giuridici: strumenti che il diritto stesso mette a disposizione dei privati per dare vita e sviluppo a rapporti giuridici fra loro».

Il negozio giuridico può essere considerato, allora, come l'approdo dell'incontro della manifestazione di volontà di uno o più soggetti per creare, modifi-

care o estinguere una situazione patrimonialmente rilevante. Esso si può estrinsecare a livello sociale, o giuridico, sotto il profilo del diritto solo sostanziale, si pensi alle obbligazioni naturali, o anche giudiziario, si pensi alle obbligazioni tutelate da azioni processuali tipiche.

Se è vero che non sia stata elaborata la categoria di negozio giuridico, altresì i lessemi '*negotium*', o '*negotia*' al plurale, presso i Romani, sono largamente impiegati e indicano un affare, un rapporto commerciale che, nella maggior parte dei casi, sfocia in un accordo produttivo di obbligazioni reciproche che i giuristi chiamano '*contractus*', contratto.

# OBBLIGAZIONE E CONTRATTO: DALLA STORIA ALLA *DEFINITIO*

*Lucia di Cintio*

## 1. OBBLIGAZIONE

I concetti di contratto e di obbligazione possono essere considerati alla base, non solo del diritto codificato, ma dell'agire quotidiano di tutti, poiché, anche in modo inconsapevole, concludiamo ed eseguiamo atti sulla base di vincoli vari.

Dal punto di vista teorico, della costruzione dogmatica, come si vedrà, l'obbligazione discende dal contratto; ma, sotto il profilo storico, nell'esperienza giuridica romana, l'*obligatio* è elaborata precedentemente rispetto al contratto. Ripercorrere, pertanto, l'iter storico, come ricostruito dalla dottrina, potrà rendere più semplice cogliere i vari aspetti degli istituti in esame.

In un'epoca remota della storia di Roma, gli scambi di beni di prima necessità, come i prodotti agricoli, avvenivano manualmente. Poteva accadere, così, che si chiedessero anche in prestito degli oggetti, dei beni, con l'accordo di una restituzione futura. Se, chi si era impegnato, non avesse mantenuto l'obbligo alla restituzione, allora, in modo del tutto legittimo, colui che avrebbe dovuto riscuotere poteva legare in catene, asservendolo sino al saldo del debito, il debitore che diveniva, in tal modo, *obligatus*, ossia legato per una determinata causa, vincolato.

Con l'andare del tempo, l'aumento degli scambi commerciali, colui che doveva tenere un certo comportamento, ossia l'obligato, non subiva più il vincolo materiale delle catene e dell'asservimento, ma subiva una sanzione giuridica, sul piano pecuniario. Allora, il vincolo, ossia il comportamento dovuto, da materiale diviene giuridico, ossia *iuris*, ed è chiamato *obligatio*, obbligazione.

La causa in base alla quale ci si obbliga, da cui nasce l'obbligazione, è detta anche fonte dell'obbligazione.

Le fonti possono essere le più varie, tra queste particolare importanza assume l'accordo produttivo di obbligazioni reciproche, tutelato in via giuridica, ossia il *contractus*.

## 2. CONTRATTI

Come detto sopra, i contratti nascono in modo tipico, e non vi sono, ad oggi, attestazioni circa una definizione generale di contratto, assimilabile all'art. 1321 cod. civ.

I contratti si svolgono tra due soggetti, parti, ognuna delle quali assume un impegno, obbligo, verso l'altra. Alla base del contratto vi è il consenso reciproco, una funzione economico-sociale individuata dal tipo prescelto, detta 'causa'. La giurisprudenza romana ha, poi, aggiunto, in alcuni casi, altri requisiti, creando varie classi racchiuse nel manuale di Gaio (Gai. 3.89).

## 3. CONTRATTI CONSENSUALI

Sono quei contratti in cui il solo accordo, così come tipizzato dai giuristi, produce obbligazioni reciproche, opportunamente tutelate in via di azione e sono: 1) *emptio-venditio*, vendita; 2) *locatio-conductio*, locazione; 3) *societas*, società; 4) *mandatum*, mandato.

Nel manuale delle Istituzioni di Gaio, nostro punto di riferimento, il contratto, in una visione organica dell'intera opera, è concepito come atto lecito bilaterale produttivo di obbligazioni, una specificazione del più generico *negotium*, 'negozio'. I contratti (Gai. 3.88) sono trattati come fonti delle obbligazioni, in contrapposizione ai delitti. Quindi, attraverso un sistema classificatorio razionale, sono suddivisi in classi in base alle modalità con cui sono conclusi.

Sotto il profilo storico, essi nascono nel diritto romano grazie a una serie di fattori concorrenti; in particolare si basano sulla necessità di snellire e, allo stesso tempo, conferire un inquadramento giuridico alle contrattazioni interne ed esterne alla città di Roma e che coinvolgevano anche stranieri.

Quando Roma si espande, passando da un'economia rurale a una commerciale, occorre, inoltre, che queste negoziazioni fossero anche tutelate dal punto di vista giudiziario. Così i giuristi romani elaborano dalla prassi schemi giuridici atti a disciplinare le varie negoziazioni, procedendo caso per caso, addiventano a ideare, in tal modo, singoli contratti che potevano contenere varie fattispecie.

Nascono da prassi internazionali tra stranieri, ma possono essere impiegati anche dai cittadini romani. Si basano sul principio della buona fede, ossia sulla presunzione di correttezza di entrambe le parti nella conclusione e poi nello svolgimento pratico dell'accordo. L'applicazione di tale principio generale comportava la presenza di alcuni obblighi specifici, che consentivano lo svolgimento fisiologico del rapporto secondo la volontà delle parti.

### 3.1. Compravendita

La compravendita è il frutto di un accordo bilaterale che può essere concluso con il semplice consenso, senza formalità, anche tra assenti, e senza la necessità di documentazione scritta.

La funzione socio-economica, causa, del contratto di vendita consiste nello scambio di una cosa (*res*) in modo definitivo contro denaro. Il venditore si obbliga a trasferire la pacifica e definitiva disponibilità di un bene, il compratore si obbliga a pagare il prezzo concordato in denaro. Trattandosi di un negozio che nasce tra stranieri, peregrini, o tra Romani e stranieri, non poteva legittimare la trasmissione del *dominium ex iure Quiritium*, poiché solo i *cives* potevano essere titolari di tale diritto che equivale all'odierno diritto di proprietà.

Il cd. Dominio in base al diritto dei Quiriti, ossia i primi cittadini romani, poteva essere trasmesso tra vivi, attraverso atti formali ossia la *mancipatio* e la *in iure cessio*. La loro esecuzione era consentita solo a cittadini maschi non sottoposti ad altrui potestà. Diversamente la compravendita dava luogo all'obbligazione di trasferire il bene. La consegna dello stesso avveniva successivamente, ma non integrava il contratto nella sua essenza. L'oggetto del contratto poteva essere un bene mobile, immobile, un'eredità o un diritto, come l'usufrutto, l'enfiteusi, purché fosse commerciabile e dal carattere patrimoniale.

Poiché era necessario e sufficiente il semplice accordo, si poteva concludere un valido contratto anche per una cosa futura; in questo caso le parti possono sottoporre la realizzazione della vendita al venir in essere della *res*, ossia del bene oggetto del negozio. Questo tipo di contratto in particolare ricorreva nel caso di frutti che dovevano ancora crescere e maturare. Altrimenti si poteva concludere un contratto con un prezzo prestabilito, anche per una cosa futura a prescindere dalla quantità o qualità. Il prezzo deve essere determinato in denaro, altrimenti si configura un altro negozio giuridico, la permuta.

Il compratore assumeva l'obbligo di pagare il prezzo pattuito, mentre il venditore doveva trasmettere il bene, assicurandone il libero e pacifico godimento; ciò comportava che il bene dovesse essere conforme a quanto pattuito e che esso dovesse essere libero da diritti altrui. Entrambe le parti erano tenute al rispetto della buona fede.

Il venditore, generalmente, trasmetteva la *possessio*, possesso, protetta dal diritto pretorio, detto *Ius Honorarium*, attraverso le azioni predisposte e gli interdetti, ossia provvedimenti d'urgenza.

Se si compiva un atto idoneo, *mancipatio* o simile, poteva essere trasferito anche il *dominium*, la piena proprietà in astratto, a prescindere dal pagamento del prezzo.

A seguito della valida conclusione del contratto, se il bene perisce o si danneggia, la responsabilità passa al compratore; questa responsabilità che prescinde dalla condotta delle parti, tecnicamente si chiama *periculum*.