



I MANUALI

Franco Gnoli
Iole Fagnoli

INSTITUTIONES IURIS ROMANI

— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

SOMMARIO

PREMESSA <i>Franco Gnoli e Iole Fagnoli</i>	9
1. NOZIONI INTRODUTTIVE	11
1. La denominazione del corso (p. 11) – 2. Le basi romanistiche del diritto (p. 11) – 3. Diritti soggettivi, diritto oggettivo, obblighi, rapporto giuridico (p. 13) – 4. Criteri per la composizione dei conflitti (p. 15) – 5. Le norme giuridiche (p. 19) – 6. Caratteri delle norme giuridiche (p. 21) – 7. Partizioni sistematiche del diritto oggettivo. Diritto privato e diritto pubblico (p. 25) – 8. Partizioni sistematiche del diritto oggettivo. <i>Iūs commūne, iūs singulāre, privilégium</i> (p. 28) – 9. Precisazioni terminologiche su ‘Stato’, ‘legge’, ‘norma’ (p. 30) – 10. Fonti del diritto. Premessa (p. 32) – 11. Il periodo antico e il <i>iūs civile</i> (p. 34) – 12. La giurisdizione del pretore e gli editti (p. 38) – 13. Il <i>iūs honorārium</i> nel sistema del diritto oggettivo (p. 40) – 14. <i>Iūs civile</i> e <i>iūs honorārium</i> (p. 44) – 15. Le norme romane di <i>iūs gēntium</i> (p. 45) – 16. Le norme consuetudinarie (p. 48) – 17. Le norme prodotte da fonti autoritative (p. 50) – 18. L’interpretazione del diritto (p. 55) – 19. <i>Interpretātio</i> e <i>iurisprudēntia</i> (p. 57)	
2. IL SOGGETTO DI DIRITTO	65
20. <i>Iūs personārum</i> (p. 65) – 21. Persone fisiche e persone giuridiche (p. 68) – 22. Esistenza dell’individuo umano (p. 69) – 23. Gli <i>stātus</i> (p. 70) – 24. Estinzione della persona (p. 72) – 25. I <i>sérvi</i> e la loro condizione giuridica (p. 74) – 26. Fonti della schiavitù (p. 78) – 27. Modi di acquisto dello <i>stātus libertātis</i> (p. 79) – 28. Lo <i>stātus civitātis</i> (p. 82) – 29. Persone escluse dalla cittadinanza romana (p. 84) – 30. Il matrimonio. Definizione e concetto (p. 87) – 31. Gli sponsali (p. 88) – 32. <i>Mānus</i> e <i>matrimōnium</i> (p. 88) – 33. Rapporti patrimoniali fra coniugi (p. 91) – 34. La <i>família</i> (p. 92) – 35. Natura della <i>família</i> (p. 95) – 36. Composizione della <i>família</i> (p. 97) – 37. Condizione dei componenti della <i>família</i> (p. 99) – 38. I liberti e il rapporto di patronato (p. 102) – 39. Condizioni limitatrici della capacità giuridica (p. 103) – 40. Condizioni limitatrici della capacità di agire (p. 104) – 41. La tutela (p. 106) – 42. La cura dei pazzi e	

dei prodighi (p. 109) – 43. La cura dei minori di 25 anni (p. 109) – 44. La persona giuridica. Concetti fondamentali (p. 110) – 45. Schema della persona giuridica (p. 114) – 46. Svolgimento storico della persona giuridica nel diritto romano (p. 116) – 47. Struttura della persona giuridica nel diritto romano (p. 118)

3. L'OGGETTO DEI DIRITTI. ACQUISTO E PERDITA DEI DIRITTI 121

48. Il patrimonio (p. 121) – 49. Definizione di cosa (p. 125) – 50. Criteri generali di classificazione delle cose (p. 128) – 51. Classificazione secondo la condizione giuridica fondamentale (p. 129) – 52. Le *res divini iuris* (p. 131) – 53. *Res publicae, res universitatis, res communes omnium* (p. 135) – 54. Cose di prevalente importanza sociale o meramente di importanza individuale (p. 138) – 55. *Res máncipi* e *res nec máncipi*: comprensione e regime (p. 140) – 56. Origine della distinzione (p. 142) – 57. Decadenza della distinzione. Cose immobili e mobili (p. 144) – 58. Caratteristiche delle cose nella funzione economico-sociale (p. 145) – 59. Cose fungibili, cose consumabili (p. 146) – 60. Cose divisibili e cose indivisibili (p. 148) – 61. Cose semplici, cose composte e cose collettive (p. 149) – 62. Parti di cosa e cose accessorie (p. 152) – 63. Frutti e cosa produttiva (p. 153) – 64. Acquisto e perdita dei diritti soggettivi (p. 154) – 65. Successione (p. 155) – 66. Concetto di fatto giuridico (p. 158) – 67. Particolarità relative agli effetti dei fatti giuridici (p. 159) – 68. Classificazione dei fatti giuridici (p. 162) – 69. Concetto e definizione di negozio (p. 166) – 70. Critica delle altre definizioni (p. 169) – 71. Elementi del negozio (p. 170) – 72. Presupposti del negozio (p. 172) – 73. La manifestazione di volontà: suoi aspetti (p. 173) – 74. La forma (p. 175) – 75. Significato della manifestazione (p. 177) – 76. Nozione di causa (p. 178) – 77. Distinzione della causa dai motivi e dall'oggetto del negozio; causa prossima e causa remota (p. 179) – 78. Il contenuto (p. 181) – 79. Contenuto del negozio e c.d. elementi accidentali (p. 182) – 80. La condizione. Concetto e apponibilità (p. 184) – 81. Requisiti (p. 186) – 82. Specie di condizioni (p. 188) – 83. Effetti della condizione (p. 190) – 84. Il termine (p. 194) – 85. Il modo (p. 196) – 86. Sostituzione nel negozio (p. 198) – 87. Figure di sostituzione (p. 198) – 88. Presupposti della sostituzione (p. 202) – 89. Classificazione dei negozi giuridici. A) Dal punto di vista della manifestazione della volontà (p. 204) – 90. B) Dal punto di vista del contenuto (p. 206) – 91. C) Dal punto di vista della causa (p. 207) – 92. L'interpretazione dei negozi e i suoi criteri (p. 209) – 93. Inefficacia dei negozi (p. 211) – 94. Invalidità dei negozi (p. 213) – 95. Cause di invalidità riguardanti i presupposti del negozio (p. 215) – 96. Cause di invalidità riguardanti gli elementi costitutivi del negozio (p. 216) – 97. Invalidità riguardanti la causa (p. 218) – 98. Errore ostativo (p. 222) – 99. Dissenso (p. 224) – 100. Errore nella determinazione del volere (p. 225) – 101. Dolo e violenza (p. 227) – 102. Fasi di invalidità del negozio: invalidazione, convalidazione (p. 231)

4. I DIRITTI REALI 235
103. La proprietà. Osservazioni generali (p. 235) – 104. Cenni sull'origine della proprietà (p. 237) – 105. Acquisto della proprietà. Acquisto a titolo originario (p. 238) – 106. Acquisto a titolo derivativo. *Mancipatio* (p. 241) – 107. *In iure cessione* (p. 243) – 108. *Traditio* (p. 244) – 109. Altri modi di acquisto della proprietà. Usucapione e prescrizione estintiva (p. 246) – 110. Perdita della proprietà (p. 249) – 111. Tipi di proprietà e loro tutela giuridica (p. 249) – 112. Comunione (p. 254) – 113. Il possesso. Nozioni ed elementi (p. 256) – 114. Acquisto e perdita del possesso (p. 258) – 115. Difesa del possesso (p. 259) – 116. Quasi possesso e possesso dei diritti (p. 260) – 117. Diritti reali su cosa altrui. Nozione (p. 261) – 118. Servitù prediali. Nozione e principi generali (p. 262) – 119. Le singole servitù prediali (p. 263) – 120. Costituzione, difesa ed estinzione delle servitù (p. 264) – 121. Usufrutto. Nozione e principi generali (p. 265) – 122. Usufrutto. Costituzione, tutela, estinzione (p. 266) – 123. Altri diritti affini all'usufrutto (p. 267) – 124. Enfitèusi. Nozione e precedenti storici (p. 268) – 125. L'enfitèusi giustiniana (p. 270) – 126. La superficie (p. 270) – 127. Diritti reali di garanzia. *Fiducia* e pegno (p. 272) – 128. Ipoteca (p. 273)
5. SUCCESSIONI E DONAZIONI 275
129. Successione e liquidazione nei rapporti giuridici (p. 275) – 130. Eredità ed erede (p. 276) – 131. Successione legittima e successione testamentaria (p. 277) – 132. Capacità di succedere, di acquistare, indegnità (p. 278) – 133. *Bonorum possessio* (p. 279) – 134. La successione *ab intestato* secondo il *ius civile* (p. 282) – 135. La successione intestata pretoria (p. 283) – 136. La successione testamentaria (p. 284) – 137. Contenuto del testamento. Istituzione di erede e sostituzioni (p. 287) – 138. Contenuto del testamento (segue). Altri negozi contenuti nel testamento: i legati (p. 289) – 139. Leggi limitative dei legati (p. 293) – 140. Contenuto del testamento (segue). I fedecommessi (p. 294) – 141. I codicilli (p. 295) – 142. L'acquisto dell'eredità (p. 296) – 143. La successione contro il testamento (p. 297) – 144. Tutela giudiziaria dell'erede e del *bonorum possessor* (p. 299) – 145. Donazioni. Concetto di *donatio* e sua disciplina (p. 300) – 146. *Donatio mortis causa* (p. 301)
6. LE OBBLIGAZIONI 303
147. Concetto di obbligazione (p. 303) – 148. Fonti delle obbligazioni (p. 304) – 149. Trasferimento di crediti e debiti (p. 306) – 150. Modi di estinzione delle obbligazioni in generale (p. 307) – 151. Singoli modi di estinzione *ipso iure* (p. 308) – 152. Singoli modi di estinzione *ope exceptionis* (p. 310) – 153. Inadempimento delle obbligazioni (p. 311) – 154. Obbligazioni generiche e obbligazioni alternative (p. 313) – 155. Obbligazioni con pluralità di soggetti (p. 314) –

156. Obbligazioni naturali (p. 315) – 157. Garanzie delle obbligazioni (p. 316) – 158. Contratti. Generalità (p. 317) – 159. Contratti verbali. *Spónsio* e *stipulátio* (p. 321) – 160. Altri contratti verbali (p. 323) – 161. I contratti letterali (p. 324) – 162. Contratti reali. Mutuo (p. 325) – 163. Deposito e comodato (p. 327) – 164. Pegno e *fidúcia cum creditóre* (p. 329) – 165. Contratti consensuali. Compravendita (p. 330) – 166. Locazione-conduzione (p. 334) – 167. Società (p. 335) – 168. Mandato (p. 336) – 169. La tutela dei *pácta* e le figure specificamente disciplinate dal pretore (p. 337) – 170. I contratti innominati (p. 339) – 171. Atti leciti non contrattuali. La *negotiórum géstio* (p. 342) – 172. *Indébiti solútio* (p. 343) – 173. Altre figure principali (p. 344) – 174. Atti illeciti. Nozioni generali: illecito civile e illecito pretorio (p. 345) – 175. Furto (p. 347) – 176. Rapina (p. 349) – 177. *Iniúria* (p. 349) – 178. *Dámnum iniúria dátum* (p. 350) – 179. Altri illeciti privati (p. 352)

7. LA DIFESA DEI DIRITTI

355

180. Concetti fondamentali (p. 355) – 181. Il processo (p. 357) – 182. Ragione, azione, rapporto processuale, rapporto litigioso (p. 359) – 183. L'autodifesa privata (p. 361) – 184. La giurisdizione. Definizione e concetto (p. 363) – 185. Il magistrato e il giudice (p. 365) – 186. Il concetto di competenza come misura della giurisdizione (p. 367) – 187. Caratteri generali dell'evoluzione del processo romano (p. 368) – 188. La regolamentazione legislativa del processo (p. 369) – 189. Il processo *per légis actiões*. Caratteri generali (p. 371) – 190. I singoli *módi lége agéndi*. Il processo di cognizione (p. 373) – 191. La *litis contestátio* nelle *légis actiões* e la costituzione del rapporto processuale (p. 379) – 192. I singoli *módi lége agéndi*: il processo di esecuzione (p. 380) – 193. Genesi del processo formulare (p. 383) – 194. Caratteri del processo formulare (p. 386) – 195. *Iudícia legítima* e *iudícia quae império continéntur* (p. 389) – 196. Congegno e parti della formula (p. 391) – 197. Varii tipi di formule (p. 396) – 198. Altre clausole della formula (p. 402) – 199. Classificazione delle azioni. *Actiões in rem* e *actiões in persónam* (p. 407) – 200. *Actiões poenáles* e *actiões reipersecutóriæ* (p. 409) – 201. *Actiões civíles* e *actiões honoráriæ* (p. 413) – 202. *Iudícia stricta* e *iudícia bonae fidei* (p. 414) – 203. Il rapporto processuale. Inizio e presupposti (p. 416) – 204. Effetti della *litis contestátio* (p. 418) – 205. Il concorso delle azioni (p. 420) – 206. Lo stadio *in iudicio* e la sentenza (p. 421) – 207. La *res iudicáta* (p. 422) – 208. L'appello (p. 424) – 209. Il processo di esecuzione (p. 427) – 210. Altri provvedimenti magistratuali. La *restitútio in integrum* (p. 430) – 211. Le *stipulatiões praetóriæ* (p. 431) – 212. Le *missiões in possessionem* (p. 433) – 213. Gli interdetti (p. 434) – 214. La *cognítio éxtra ordinem* (p. 436)

PREMESSA

Sotto il titolo *Institútionēs Iúris Románi* presentiamo una trattazione didattica elementare del diritto privato romano classico. Il titolo in lingua latina vuole evidenziare il legame con la tradizione didattica romano-classica e, in particolare, con il più conosciuto manuale giuridico dell'antichità, quello del giurista romano Gaio.

È infatti quello delle *Institútionēs* gaiane il modello espositivo seguito per richiamare concetti, principi e istituti necessari per comprendere, da giurista, il diritto romano e quindi i fondamenti del diritto privato. Dopo le nozioni introduttive, su modello del *prooemium de ómni iúre* gaiano, con le notizie relative alle fonti di cognizione del diritto romano, la trattazione comincia con un capitolo dedicato al soggetto di diritto e, quindi, al diritto delle persone e di famiglia che corrispondono a quanto affrontato da Gaio nel primo libro sulle *pérsonae*. Seguono, tra le *res*, i diritti reali e il diritto ereditario.

La materia successoria viene quindi anticipata, nella sequenza, rispetto alla posizione di coda che ha abitualmente nei moderni manuali istituzionali; era del resto un tema di grande interesse per i giuristi romani, se, del Digesto, quasi un terzo delle testimonianze pervenute riguarda il diritto ereditario. Del libro gaiano delle *res* facevano parte poi le obbligazioni che dunque anche qui vengono trattate dopo il diritto ereditario.

Infine compare la materia della difesa dei diritti che corrisponde al terzo e ultimo libro gaiano dedicato alle *actiónes*.

Sconfina dalla ripartizione gaiana solo il terzo capitolo del manuale dedicato all'oggetto dei diritti in generale e riguardante tutto ciò che è stato inserito nella moderna categoria del negozio giuridico dalla sistematizzazione dottrinale successiva a partire dalla scienza pandettistica del XIX secolo. Pur riuniti in una logica diversa da quella dei giuristi romani, si tratta di concetti e istituti che sono imprescindibili per la comprensione del diritto patrimoniale nel suo complesso.

Questo corso di Istituzioni di diritto romano si arricchisce anche dell'esperienza didattica di Gaetano Scherillo. Le sue dispense furono

prese a modello, soprattutto per la parte relativa al negozio giuridico, da Franco Gnoli già nel volume *Diritto romano. Lezioni istituzionali*, edito nel 2011 con CUSL (Cooperativa Universitaria Studio e Lavoro) e nel 2005 con LED Edizioni. La nuova veste del manuale, oltre a riproporre la materia con la sistematica gaiana, vuole ora fornire agli studenti uno strumento volto – al passo con i tempi – ad un apprendimento più dinamico e tenere conto, al contempo, della formazione delle nuove generazioni, per esempio facilitando il lettore che non abbia conoscenza della lingua latina tramite l'accentazione dei termini latini e la loro traduzione in italiano.

Milano, agosto 2018

Franco Gnoli
Iole Fargnoli

1.

NOZIONI INTRODUTTIVE

1. LA DENOMINAZIONE DEL CORSO

La materia oggetto di questo manuale costituisce – nell'intendimento degli autori – la base culturale sulla quale deve fondarsi la comprensione sia del fenomeno giuridico in generale, sia in particolare dei diversi insegnamenti tecnici della facoltà giuridica, a cominciare dall'insegnamento di Istituzioni di diritto privato.

Una spiegazione dei termini che costituiscono la locuzione 'Istituzioni di diritto romano' può essere di aiuto per la comprensione dei motivi di quanto si è affermato in esordio. Sarà bene precisare, preliminarmente, che per 'istituzioni' si intendono le basi, i fondamenti di una conoscenza; per 'diritto' si intende l'insieme organizzato di regole di comportamento nei rapporti fra le persone; per 'romano' si intende relativo a un periodo storico, caratterizzato dalla sovranità dell'antica Roma sull'Europa e su porzioni significative dell'Asia e dell'Africa. Vediamo ora in modo più approfondito il contenuto dei tre termini che compongono la locuzione in oggetto.

2. LE BASI ROMANISTICHE DEL DIRITTO

In primo luogo la materia trattata è il diritto romano, vale a dire il diritto che resse, organizzandone i rapporti interni fra i membri, la comunità facente riferimento a Roma nel periodo che intercorse tra la sua fondazione, verso la metà dell'VIII secolo avanti Cristo, e la conclusione del regno dell'imperatore Giustiniano Augusto, avvenuta nel 565 dopo Cristo. Il motivo per cui il diritto praticato durante quei tredici secoli di storia è oggetto di studio nelle facoltà giuridiche risiede nel fatto che esso ha condizionato e tuttora condiziona culturalmente gli ordinamenti

**Perché
diritto
romano**

giuridici di gran parte del mondo, tra i quali in primo luogo quello italiano. La ragione, ad esempio, per la quale noi oggi diciamo che fra Tizio e Caio ‘è stato stipulato un contratto di locazione’, e così esprimendoci intendiamo affermare che l’uno ha messo a disposizione dell’altro una cosa, consentendogliene un certo uso durante un periodo concordato, in cambio del pagamento di un canone, anch’esso risultante da un accordo fra i due, consiste nel fatto che ‘stipulare’, ‘contratto’, ‘locazione’ sono concetti e termini di derivazione romanistica; conoscendone il significato e l’uso, così come costruiti dai giuristi di Roma antica, siamo posti in grado di comprenderne appieno il significato odierno nel diritto italiano in vigore. Eviteremo in tal modo due rischi: il primo, di dover studiare a memoria concetti e termini senza averli compresi a fondo; il secondo, di addentrarci – ogni volta che saremo posti di fronte all’uso delle parole con valenza tecnico-giuridica – in lunghe e non sempre efficaci spiegazioni circa la loro applicazione nei casi concreti nei quali esse si trovano utilizzate.

Un esempio ulteriore: ‘Tizio, commettendo un errore di guida, ha investito Caio con il veicolo da lui condotto; Caio, che nell’incidente ha riportato lesioni fisiche, ha diritto di chiedere a Tizio il risarcimento del danno subito, ma Tizio, in sovrappiù, potrà essere destinatario di un procedimento rivolto a infliggergli una pena per il reato di lesioni colpose’. Nell’esempio, che si richiama al diritto vigente, le due distinte prospettive del risarcimento del danno e della sanzione penale per il reato commesso coesistono e trovano ambedue applicazione, dal momento che sono dirette a conseguire scopi diversi, entrambi perseguiti dall’organizzazione della comunità di persone di cui Tizio e Caio fanno parte. Come si spiega il sovrapporsi – per il medesimo fatto: l’investimento di Caio a opera del veicolo condotto da Tizio – della conseguenza duplice: il risarcimento, che si applica in diritto civile, e la pena, che si applica in diritto penale? E perché la conseguenza del risarcimento, essendo prevista dal diritto civile, è contemplata da norme che noi chiamiamo ‘di diritto privato’, mentre la conseguenza della pena, che è comminata dal diritto penale, fa parte della previsione di un insieme di norme che noi denominiamo ‘di diritto pubblico’?

Il fatto che a seguito dell’incidente esemplificato discendano, nel diritto vigente oggi in Italia, due differenti tipi di conseguenza non è di per sé inevitabile e assoluto, né dipende necessariamente da un ‘ordine naturale delle cose’; esso è viceversa esito di una scelta, operata dalla comunità di persone della quale fanno parte Tizio e Caio, che ha in un certo momento stabilito di applicare in parallelo ambedue i tipi di reazione all’unico fatto illecito commesso da Tizio nei confronti di Caio: i criteri e i motivi che si trovano all’origine di tale scelta sono di carattere storico, risiedendo in decisioni che risalgono a periodi non recenti delle

vicende della vita associata. Essi sono per l'appunto il frutto di determinazioni dei giuristi dell'antica Roma, i quali preferirono mantenere distinti i profili della pena e del risarcimento del danno, in considerazione dei differenti scopi dagli stessi perseguiti: evitare e sostituire la vendetta di Caio, per ciò che riguarda la pena; rimediare allo squilibrio economico ingiustificato, sopravvenuto fra i patrimoni di Tizio e di Caio, per quanto attiene al risarcimento.

In sostanza i principi informatori, i concetti, le terminologie del diritto moderno sono di formazione romana antica; risalire entro certi limiti a tale formazione, chiarendo quali sono le basi culturali del diritto vigente, è il fine del presente corso.

Una cultura giuridica di livello universitario, destinata a preparare operatori del diritto consapevoli della formazione di esso nel tempo e capaci di comprenderne criticamente i fondamenti scientifici, contraddistingue i giuristi in confronto alle persone le quali, rinunciando a cercare risposta al quesito: perché il diritto, e perché così? finiscono con l'essere relegate in ruoli sociali subalterni, di carattere sostanzialmente esecutivo di decisioni altrui.



2.

IL SOGGETTO DI DIRITTO

20. *IUS PERSONARUM*

I concetti già posti di diritto subbiettivo (inteso come potere conferito a taluno dal diritto obbiettivo a tutela di un proprio interesse) e di rapporto giuridico (inteso come correlazione tra potere e vincolo corrispondente) presuppongono necessariamente il concetto di soggetto del diritto. È soggetto del diritto colui al quale il diritto obbiettivo può conferire un potere per la tutela di un proprio interesse, o in capo al quale può costituirsi un rapporto giuridico. Se poi il potere viene effettivamente conferito, si parla di titolare del diritto subbiettivo: la qualità di soggetto del diritto denota perciò piuttosto l'attitudine al conferimento del potere, quella di titolare l'effettivo conferimento.

La condizione di colui al quale l'ordinamento giuridico riconosce l'attitudine al conferimento di un diritto subbiettivo, o in capo al quale riconosce che possano costituirsi rapporti giuridici, in altri termini di chi l'ordinamento giuridico riconosca come soggetto di diritti, si dice 'personalità giuridica'. Poiché il costituirsi, il modificarsi o l'estinguersi di un rapporto giuridico in capo a un soggetto è l'effetto di una norma giuridica, e nessun rapporto giuridico – come risulta da quanto si è qui detto – può costituirsi in capo a un soggetto se non ha la personalità giuridica, ne segue che la personalità giuridica è il presupposto necessario del prodursi di certi effetti giuridici in capo a un soggetto.

Personalità
giuridica

Dall'aver sopra rilevato il collegamento tra personalità giuridica e diritto subbiettivo, e da quanto si è detto a suo luogo della correlazione tra diritto subbiettivo e diritto obbiettivo, discende che la personalità giuridica non è qualcosa di innato, di preesistente al diritto (il quale si limiterebbe a riconoscerla), ma in tanto esiste in quanto il diritto obbiettivo la riconosce (come abbiamo messo in vista nella definizione). In tale senso insegna l'esperienza, perché non solo si danno enti diversi dall'umano individuo (le c.d. 'persone giuridiche'), che hanno la personalità

giuridica solo se il diritto obbiettivo la conferisce, ma si danno anche ordinamenti (tra cui il romano, come vedremo) che non attribuiscono la personalità giuridica a ogni essere umano in quanto tale, ma solo col concorso di determinate condizioni. Discende ancora che il problema del conferimento della personalità giuridica è problema di organizzazione, in quanto l'ordinamento giuridico ritiene che la costituzione di rapporti giuridici in capo a un soggetto e l'attribuzione di un potere per la tutela dei propri interessi sia funzione socialmente utile, e pertanto è risolto da norme di organizzazione. Discende infine, che ogni ordinamento giuridico risolve il problema per conto proprio, secondo criteri suoi, secondo la sua valutazione dell'attitudine dei singoli e dei gruppi a essere soggetto di rapporti giuridici. Non si possono perciò dare regole *a priori* per dire quando un individuo o un gruppo abbiano la personalità giuridica.

Persona

Chi abbia la personalità giuridica è detto 'persona'. Il termine si trova nelle fonti romane, ma ivi esso non ha il significato tecnico di soggetto di diritti, bensì quello di individuo umano (che può non essere soggetto di diritti); per indicare il soggetto di diritti sembra che i Romani preferissero *cáput*, benché anche tale termine non abbia significato univoco (si parla per esempio di *servile cáput*, e lo schiavo non ha personalità giuridica).

Capacità
giuridica

L'attitudine a essere soggetto di diritti o a essere soggetto attivo o passivo di rapporti giuridici (cioè a essere titolare del potere o gravato dal vincolo corrispondente) prende il nome di 'capacità giuridica'. Quando essa è attitudine generica si identifica con la personalità giuridica; ma può assumere atteggiamenti particolari, come capacità specifica, relativa a determinate categorie di rapporti giuridici e di diritti subbiettivi: per esempio la capacità di avere eredi, di succedere, di acquistare per testamento, di avere o di acquistare il *domínium ex iúre Quiritium*, ecc. Tali capacità specifiche non sono però altrettante capacità particolari, distinte dalla capacità giuridica, ma solo aspetti particolari e parti integranti di essa, e pertanto emanazioni della personalità giuridica, che presuppongono: onde potrà accadere che uno o più manchino (e si parla allora di limitazioni della 'capacità giuridica', ma non potranno esistere ove manchi la personalità giuridica che è attitudine, ripetiamo, generica).

Capacità
di agire

Dalla capacità giuridica deve tenersi ben distinta la 'capacità di agire', che è l'attitudine a porre in essere fattispecie generatrici di effetti giuridici, cioè a compiere atti giuridici. Fondamento ne è la 'capacità di intendere e di volere' – si comprende, giacché l'atto presuppone la determinazione della volontà del soggetto –, valutata però dall'ordinamento giuridico, giacché anche la capacità di agire in tanto esiste, in quanto l'ordinamento giuridico la conferisca: l'ordinamento giuridico, ogni qualvolta ritiene che un essere umano sia dotato di capacità di intendere e di volere in grado sufficiente (sufficiente secondo i criteri suoi propri che possono variare), gli riconosce la capacità di agire. Dalle proposte definizioni

appare la differenza fra capacità giuridica e capacità di agire. La prima riguarda gli effetti della norma, è l'attitudine, il presupposto a che gli effetti della norma si producano in capo a qualcuno; la seconda invece riguarda l'attività necessaria a promuovere la produzione degli effetti di una norma; la prima è una qualità conferita indipendentemente dalla volontà del soggetto, la seconda è un'attitudine conferita alla volontà del soggetto.

Differenza

Da altro punto di vista, i due concetti si possono distinguere nel senso che la capacità giuridica è l'aspetto statico della soggettività (per esempio: se mio padre muore, io che ne sono il figlio divento suo erede, gli succedo senza nulla fare né volere, automaticamente); invece la capacità di agire ne è l'aspetto dinamico (per esempio: soltanto se io voglio e attivandomi faccio, posso, con un contratto di compravendita, apportare cambiamenti a rapporti giuridici che a me fanno capo, o estinguerne, o costituirne di nuovi).

Poiché sono concetti distinti, si comprende come essi non concorrono insieme e quindi come possano aversi soggetti muniti di capacità giuridica, ma privi della capacità di agire, e per converso individui privi di capacità giuridica, ma dotati di capacità di agire. Così nel diritto romano l'infante o il minorato mentale *sui iuris* hanno capacità giuridica, ma, essendo privi di capacità d'intendere e di volere in grado sufficiente, mancano della capacità di agire; invece lo schiavo è privo di sua capacità giuridica, ma, se dotato di capacità di intendere e di volere, ha capacità di agire (diverso problema è vedere in capo a chi si produrranno gli effetti giuridici degli atti dello schiavo, essendo escluso, per la mancanza di personalità giuridica, che si producano in capo a lui).

Anche la capacità di agire può essere intesa in senso generico e in senso specifico: in senso generico come attitudine a compiere atti giuridici, in senso specifico con riferimento a determinate categorie di atti e negozi giuridici (per esempio la capacità di fare testamento, la capacità di iniziare un matrimonio [*connúbium*], di compiere un negozio *per aes et libram* [*commércium*], ecc.). Anche qui vale l'avvertenza già fatta che non si tratta di altrettante capacità particolari, distinte dalla capacità di agire, ma solo di aspetti particolari e parti integranti di essa. Un aspetto particolare della capacità di agire è la 'capacità di disporre', la capacità cioè di compiere 'atti di disposizione', quegli atti che abbiano per effetto l'estinzione, la limitazione o la destinazione *mórtis cáusa* di un diritto subbiettivo.

La capacità di disporre deve essere tenuta distinta dalla facoltà di disporre, che ha riguardo al potere dei soggetti di prescrivere un regolamento ai propri interessi in un negozio giuridico. Altro aspetto particolare della capacità di agire è infine la capacità di compiere atti illeciti, cioè gli atti riprovevoli all'ordinamento giuridico in quanto lesivi di un diritto subbiettivo altrui: anche qui l'ordinamento giuridico valuta la capacità di

Capacità di disporre

Imputabilità

intendere e di volere dell'agente, allo scopo di stabilire se l'atto illecito sia a lui addebitabile come suo autore, cioè se egli ne sia imputabile.

Va a questo punto precisato che tali concetti, pur presenti presso i romani, non furono da essi formulati in modo generale ed esplicito, mancando loro l'interesse per quella che noi chiamiamo parte generale del diritto privato. Nelle sue lezioni istituzionali, Gaio presentava il diritto delle persone, il *iūs personarum*, semplicemente distinguendo gli uomini in liberi e servi, dedicandosi poi subito alle classificazioni dei liberi, che erano ai suoi tempi, senza bisogno che egli lo precisasse, gli unici soggetti di diritto.



3.

L'OGGETTO DEI DIRITTI

Acquisto e perdita dei diritti

48. IL PATRIMONIO

Dalle definizioni proposte di interesse, di diritto subbiiettivo e di rapporto giuridico discende la nozione di 'oggetto' dei diritti subbiettivi e dei rapporti giuridici. Oggetto di diritti sono i beni cui si riferiscono gli interessi che l'ordinamento giuridico tutela, o gli stessi interessi tutelati dall'ordinamento giuridico.

A suo luogo abbiamo definito 'bene' tutto ciò che presenta una utilità per l'individuo in quanto serve a soddisfare un suo bisogno: questa è la definizione dei beni in senso generico. Ma i beni sono presi in considerazione dall'ordinamento giuridico (e pertanto divengono beni in senso giuridico) quando a causa del loro numero limitato vi è la possibilità che sorgano conflitti di interessi rispetto a essi: e sono presi in considerazione in quanto a essi si riferiscono tanto norme di composizione dei conflitti, allo scopo di assicurarne la distribuzione tra i consociati secondo i criteri che l'ordinamento giuridico ritiene più opportuni, quanto norme di organizzazione, giacché la funzione dei beni di soddisfare bisogni umani è funzione socialmente utile, che come tale deve essere regolata dall'ordinamento giuridico. Norme di organizzazione sono quelle – e di esse ci occupiamo in questa sede – con cui l'ordinamento giuridico determina le caratteristiche che i beni debbono avere affinché li prenda in considerazione, e con cui li classifica, attribuendo loro le qualifiche meglio rispondenti all'adempimento della loro funzione economico-sociale.

Il complesso dei beni che fanno capo a una persona ne costituisce il 'patrimonio'. Il termine è connesso in modo evidente col concetto di *páter*, e in prima approssimazione designa tutto ciò che appartiene al *páterfamilias*. Di esso nelle fonti troviamo la seguente definizione:

D. 50,16,49 Ulpianus, lib. 59 *ad edictum*: '*Bonorum*' appellatio aut naturalis aut civilis est. naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt: beare est prodesse. in bonis autem nostris sciendum est

I beni

I beni sono classificati da norme di organizzazione

Definizione di patrimonio

non solum, quae domínii nóstri sunt, sed et si bóna fide a nóbis possideántur (vel superficiária sint). aéque bónis adnumerábitur étiam, si quíd est in actiónibus petitióibus persecutióibus: nam haéc ómnia in bónis ésse vidéntur (La qualifica di 'beni' può essere naturale oppure civile. Da un punto di vista naturale sono detti 'beni' perché beano, cioè rendono felici: beare equivale a giovare. Bisogna sapere che nei beni nostri sono ricompresi non soltanto quelli che sono di nostra proprietà, ma anche quelli di cui abbiamo il possesso in buona fede o in base a un diritto di superficie. A ragione è annoverato tra i beni anche ciò che è oggetto di azioni processuali volte al loro recupero: tutte queste cose si ritengono fare parte dei beni).

Il testo pone nettamente la distinzione tra beni in senso economico (*naturáliter bóna*) e beni in senso giuridico: i beni in senso giuridico comprendono ciò che è soggetto al nostro potere, sia esso garantito dal *iús civile* (*éa quae domínii nóstri sunt*), sia dal pretore (*éa quae bóna fide a nóbis possidéntur*); le parole *vel superficiária sint* sono indubbiamente interpolate; a nostro avviso Ulpiano parlava della proprietà provinciale, la cui menzione Giustiniano doveva sopprimere, poiché nel diritto giustiniano di proprietà provinciale non si parla più) e ciò che non è attualmente soggetto al nostro potere, ma rispetto a cui abbiamo un'azione per conseguirlo (*quód est in actiónibus petitióibus persecutióibus*), cioè le aspettative a conseguire altri beni. Dal testo si può quindi ricavare la seguente definizione del patrimonio: patrimonio (*bóna*, anche *patrimónium, substántia, facultátes, pecúnia*, ecc.) è il complesso dei beni spettanti a una persona sotto la protezione del diritto e delle aspettative dirette a conseguirne altri, concepito come facente capo a un centro comune, il titolare, e suscettibile di spostarsi da una persona all'altra.

Nelle fonti troviamo due serie di testi, che hanno dato occasione agli interpreti di costruire due altri concetti di patrimonio, ed anche di fantasticarvi alquanto:

Il patrimonio
non
include
i debiti

a) Dai testi della prima serie (D. 37,1,1 e 3 pr.; D. 50,16,208; D. 50,16,119; D. 29,2,37) si suole desumere il concetto dei *bóna coniúctis incómodis* (beni comprensivi delle passività), secondo cui il patrimonio sarebbe un tutto unico, una *univérsitas*, risultante dalla somma di diritti e di debiti considerati quale parte integrante, e precisamente partite negative, del tutto. Ma tutti i testi sono interpolati. L'interpolazione loro dipende da una non felice innovazione dogmatica di Giustiniano, il quale concepisce la *succéssio* (v. oltre, § 65) non più come subingresso nella posizione giuridica di un'altra persona, ma come acquisto derivativo, e la distingue perciò in due sottospecie, *succéssio in rem* (successione in una cosa), o *in síngulas res* (in singole cose) e *succéssio in univérsum iús* (successione nel complesso dei diritti), a seconda che si tratti dell'acquisto di cose singole o di un pa-

trimonio in blocco. Ma non avendo egli eliminata dalla *succéssio in univérsum iús* una conseguenza della *succéssio* classica, cioè il trapasso dei debiti (in quanto inerenti alla posizione giuridica di una persona), è costretto a considerare i debiti come elementi del patrimonio. Con questo però non riteniamo che Giustiniano abbia inteso introdurre un nuovo concetto di patrimonio: i testi in questione si riferiscono tutti alla materia ereditaria, e pertanto l'interprete dovrà limitarsi a dire che nel diritto giustiniano rispetto alla successione ereditaria (e soltanto qui) il patrimonio comprende anche i debiti.

- b) Dai testi della seconda serie (D. 50,16,39,1; D. 50,16,83; D. 23,3,72 pr.; D. 33,2; D. 37,6,2,1; D. 37,7,9; D. 5,1,50,1; D. 49,14,11; D. 35,2,11,3; D. 35,2,15,3; D. 35,2,32 pr.; D. 35,2,69; D. 35,2,73,3; C. 6,50,7; C. 6,61,8,4; ecc.), si è voluto ricavare il concetto, opposto al precedente, che patrimonio è quanto residua dopo aver sottratto il passivo dall'attivo (*bóna dedúcto áere aliéno*, beni escluse le passività). Ma i testi – non interpolati – non pongono in realtà alcun concetto di patrimonio: essi esprimono soltanto un criterio contabile, un criterio per determinare il valore economico netto del patrimonio, nei casi in cui è opportuno tenerne conto.

Si dicono patrimoniali i diritti subbiettivi (e i rapporti giuridici) che si riferiscono al patrimonio: tali sono i diritti reali, i diritti di eredità e i diritti di obbligazione; questi ultimi tutelano il dover avere i beni, cioè le aspettative, gli altri tutelano l'avere, cioè la signoria sui beni. Dal testo riferito e dalla definizione proposta, risulta l'esistenza di due classi di elementi patrimoniali: una comprende ciò che è attualmente sottoposto alla signoria, cioè le cose, l'altra comprende le aspettative. Per designarle le fonti (quando non scendano a esemplificazioni concrete) parlano spesso di *córrpora*, e talvolta di *cáusae*, e, rispettivamente di *iúra*.

Da ciò – e dalla esemplificazione – discende che gli elementi della prima classe non solo sono possibile oggetto di signoria, ma sono anche entità materiali, aventi esistenza obbiettiva e autonoma, porzioni di materia che la coscienza sociale concepisce come isolate; mentre quelli della seconda classe sono diritti su elementi del patrimonio di altre persone. Onde vi è opposizione concettuale tra le due categorie, che hanno questo solo di comune, di essere elementi del patrimonio: non è possibile unificarle in un concetto di cosa ampio al punto da comprenderle ambedue, perché gli elementi della seconda categoria (*iúra*, diritti) non sono oggetto di signoria, ma sono essi stessi signorie su cose comprese nel patrimonio altrui.

I diritti
patrimoniali

Cose e
aspettative
(*córrpora* e
iúra)



4.

I DIRITTI REALI

103. LA PROPRIETÀ OSSERVAZIONI GENERALI

L'espressione 'diritto reale' designa il rapporto, tutelato dal diritto (inteso quest'ultimo in senso oggettivo) che esiste fra un soggetto titolare e una cosa (*res*, da cui 'reale'), in virtù del quale è imposto ai terzi un obbligo puramente negativo di astenersi dall'interferire nella relazione intercorrente tra il titolare e la cosa stessa. A seconda del tipo di tale relazione, che può essere più o meno stretta o onnicomprensiva, si è venuta storicamente costituendo una pluralità di diritti reali tipici, che si distinguono a seconda del rispettivo contenuto. Così il diritto reale per eccellenza, che s'inquadra perfettamente nella definizione di diritto reale che comunemente si dà, è il diritto che noi chiamiamo di proprietà, nel quale l'obbligo di astensione e non ingerenza degli estranei ha per i Romani un contenuto generale, almeno nella sua forma più tipica che è il *dominium ex iure Quiritium*; mentre si distinguono per il loro contenuto più limitato i cosiddetti diritti reali su cosa altrui (*iura in re aliena*), distinguendosi a loro volta in diritti reali di godimento (come le servitù prediali, l'usufrutto, l'enfiteusi, la superficie) e diritti reali di garanzia (come il pegno e l'ipoteca).

Reale da *res*

Si deve avvertire che queste partizioni dei diritti reali in diverse categorie, corrispondenti a una dogmatica moderna, possono avere nello studio del diritto romano soltanto una funzione di sussidio, di promemoria, ma non trovano quasi mai una rispondenza consapevole nelle fonti. Queste ultime, che considerano espressamente la contrapposizione fra diritti reali e diritti di obbligazione dal punto di vista dei mezzi di tutela che ne assicurano la realizzazione (*actio in rem* e *actio in personam*), ci dicono che mentre il diritto di obbligazione implica un obbligo (*oportere*) di cooperazione a carico del soggetto passivo per la realizzazione di un interesse del soggetto attivo, nei diritti reali il soggetto passivo è tenuto a un *non facere*; e soltanto se si verifica la violazione di tale dovere

giuridico di astensione, l'autore della violazione sarà costretto a svolgere suo malgrado un'attività, un *restituere*, per rimettere la situazione come si trovava anteriormente alla violazione. Perciò, come si è visto studiando il processo privato, nella *inténtio* di un'azione *in rem* chi si assume titolare di un diritto reale violato non invocherà l'esistenza di un dovere giuridico altrui, ma affermerà, a seconda dei casi, semplicemente l'appartenenza a sé della cosa, o il proprio diritto di fare con essa una determinata utilizzazione esclusiva, o la non appartenenza al convenuto di un diritto corrispondente. Inoltre in detta *inténtio* non si farà menzione del soggetto passivo contro cui l'azione è diretta, mentre il destinatario dell'azione si determinerà soltanto come convenuto nella *condemnatio*, la quale diverrà operante solo dopo che il giudice avrà accertato la sopravvenuta incompatibilità tra l'obbligo di astensione imposto dal diritto reale e il comportamento posto in atto dal convenuto.

Da queste considerazioni si evince come sia molto più agevole identificare il più importante dei diritti reali, cioè il diritto di proprietà, da un punto di vista negativo (obbligo assoluto, per chi non sia proprietario, di non ingerenza nella cosa oggetto del diritto), che dal punto di vista positivo, rivolto a determinarne l'effettivo contenuto, non potendosi, ovviamente, per fare ciò, enumerare tutte le infinite (almeno in teoria) facoltà che spettano al proprietario. Queste ultime sogliono oggi riassumersi empiricamente nelle due attività designate con i termini di godimento (uso del bene) e disposizione (alienazione del bene).

Godimento
e
disposizione

È d'altra parte evidente che se un bene mi appartiene in proprietà, io potrò goderlo e disporne in modi tali da non ledere gli interessi di altri soggetti e della comunità in quanto tale: se sono proprietario di un veicolo, non potrò condurlo in modo da mettere in pericolo le cose e la persona altrui; se sono proprietario di un immobile, non mi sarà consentito di sopraelevarlo in modo da oscurare la vista di chi usa l'immobile contiguo; se sono proprietario di un terreno su cui è costituito un diritto di passaggio per accedere a un altro fondo, non sarà mio diritto scavare un fossato che interrompa il percorso su cui il passaggio avviene. Insomma l'assolutezza del diritto di proprietà non esclude che ad esso possano essere apportati dei limiti; ma una sua caratteristica peculiare è che tutte le limitazioni che possono eventualmente restringerne l'esercizio (costituite, per esempio, da altri diritti reali aventi ad oggetto la stessa cosa e facenti capo a soggetti diversi dal proprietario), e che possono al limite ridurre il diritto stesso a un mero titolo, vuoto di effettivi contenuti (*nú dum domínium*), non sono mai considerate definitive, e anzi, ogni volta che qualcuna di esse viene ad estinguersi, il proprietario subentra di nuovo, immediatamente e automaticamente, nell'esercizio delle facoltà sottrategli. Tale caratteristica viene oggi definita come 'principio dell'elasticità del dominio', e sta a conferma dell'assolutezza del diritto

Elasticità
del dominio

di proprietà in confronto a tutti gli altri diritti reali, che sono infatti denominati 'diritti reali parziari' e non possono mai arrivare a giustapporsi al diritto principale, che è quello spettante al proprietario. Limitazioni all'esercizio del diritto di proprietà possono d'altra parte sembrare i divieti, che anche l'ordinamento romano riconosceva, ad attività del proprietario sulla sua cosa che fossero tali da costituire un turbamento, una 'immissione' nei confronti della proprietà del vicino; ma i Romani erano ben consci che tali divieti (per esempio, di utilizzare materiali o tecniche di lavorazione suscettibili di invadere, con residui o con fumi, l'altrui fondo) erano intesi piuttosto a che fosse rispettato da ciascuno il corrispondente diritto di proprietà del vicino o confinante. La terminologia impiegata dai Romani per indicare la proprietà (*dominium* sul piano del diritto sostanziale, *méum esse áio* sul piano del diritto processuale) denota il carattere di assoggettamento totale, di signoria da parte del proprietario (*dóminus*, il signore della *dómus*, la casa) su un bene, in analogia col concetto di sovranità impiegato nell'odierno diritto pubblico a proposito dello Stato.

*Domínium,
méum
esse áio*

È peraltro da tenere presente – come dianzi si accennava – che oltre alle limitazioni di diritto privato determinate dalla concorrenza dell'altrui diritto, di cui si è detto, la convivenza di più proprietari in uno stesso ordinamento giuridico ha sempre imposto la necessità di ulteriori limitazioni, poste dall'ordinamento medesimo nell'interesse comune; così per i Romani fin dall'ultima età repubblicana le ragioni di interesse pubblico acquistarono rilevanza sempre maggiore nel porre limiti all'esercizio del diritto a quei proprietari i cui fondi si trovassero in prossimità di corsi d'acqua pubblici, strade o pubblici edifici; mentre la costruzione di opere pubbliche dovette fin da epoca antica interferire nei diritti dei proprietari dei terreni interessati, sino ad ammettersi, nell'impero, l'espropriazione forzata per pubblica utilità dietro indennizzo.

Limitazioni
di interesse
pubblico

104. CENNI SULL'ORIGINE DELLA PROPRIETÀ

Qualche cenno merita in questa sede il problema storico della origine del diritto di proprietà, che abbiamo finora enunciato dogmaticamente nei suoi tipici contenuti e limiti. Gli studiosi che si sono occupati del tema hanno tentato di risolverlo in modi e con metodi differenti, a seconda dei punti di vista di matrice ideologica e con speciale riguardo alle fonti di cognizione in cui hanno di conseguenza voluto intravedere significati più determinanti a tale fine. Chi ha posto maggiormente l'accento su considerazioni di ordine economico e sociologico, mettendo a profitto quanto vi è di comune nella storia degli istituti delle civiltà primitive, ritiene che

Da potere
collettivo
a potere
individuale

la proprietà sia stata concepita dopo un più antico periodo nel quale i beni sarebbero stati in uso collettivo ai gruppi politici della fase precivica (tribù, *géntes*, *famíliae*). Nello stesso diritto romano, sopravvivenze di tale regime si troverebbero particolarmente nell'antico *consórtium ércto non cíto*, una sorta di regime di indivisione dei beni nell'ambito della *família*, che è ancora ricordato da Gaio. Da una primitiva forma di proprietà collettiva si sarebbe passati alla proprietà individuale, incentrata sul *patérfamíliae* come uno degli aspetti della signoria assoluta di carattere politico, che gli era esclusiva, contemporaneamente al diminuire della coesione e della importanza politica delle collettività preesistenti alla *cívitas*. Altri, prescindendo da considerazioni prevalentemente extragiuridiche, hanno visto il formarsi del concetto di proprietà da una più generica situazione di rapporto tra l'individuo e la cosa, una sorta di possesso materiale della cosa (*habére rem*), che assurgeva a un diritto più esclusivo e consapevole soltanto nei rapporti con altri che avessero determinato il possessore a dichiarare l'esclusiva pertinenza a sé dell'oggetto, il *méum ésse* che si riscontra sia nella *vindicátio* che nella *mancipátio* storiche. A parte molte altre considerazioni, incompatibili con i limiti della presente trattazione, sembra probabile che il diritto di proprietà quiritaria, quale ci è illustrato dalle fonti relative all'età repubblicana, sia stato in precedenza un semplice aspetto in relazione a oggetti particolari, di un più generico potere indifferenziato del *patérfamíliae* (che secondo alcuni coinciderebbe col *mancípium* originario, da cui la *mancipátio* come negozio solenne di trasferimento dell'appartenenza delle cose di più rilevante importanza socioeconomica, le *res máncipi*) su tutto il complesso del nucleo familiare, costituito sia dalle persone che dalle *res*; da tale potere omnicomprendente si sarebbe a poco a poco distaccata la signoria su queste ultime (che prima formava un tutt'uno con le potestà familiari), contemporaneamente alla sempre maggiore importanza e ricorrenza di situazioni nelle quali si rendeva necessaria la precisa determinazione, davanti alla *cívitas*, dell'appartenenza della *res* a un determinato titolare, che assumeva di averla come sua pertinenza esclusiva.

Da potere
indifferenziato
a potere
sulle cose



5.

SUCCESSIONI E DONAZIONI

129. SUCCESSIONE E LIQUIDAZIONE NEI RAPPORTI GIURIDICI

Succedere, nel linguaggio dei giuristi, significa subentrare, occupare il posto di un altro soggetto; *succéssio* è il fatto giuridico di prendere il posto di un'altra persona nella totalità dei suoi rapporti giuridici trasmissibili. La *succéssio*, successione, può essere *inter vivos*, tra vivi, o *mórtis cáusa*, in occasione della morte di qualcuno. A sua volta la successione *mórtis cáusa* può essere intestata (*ab intestáto*), ossia regolata automaticamente dalle norme del diritto oggettivo, oppure testamentaria, cioè regolata da un testamento.

La
succéssio

Quando un soggetto di diritto si estingue, i rapporti giuridici che a lui facevano capo possono venire interrotti e i suoi beni alienati a nuovi proprietari: si parla in tal caso di liquidazione dei rapporti giuridici del soggetto estinto. Ma detti rapporti possono invece anche venire proseguiti, e l'appartenenza dei beni può essere continuata, da un altro soggetto subentrante: si parla allora di successione.

Successione
e
liquidazione

Facciamo per esempio il caso dell'*adrogátio*, adozione di un *súi iúris* da parte di un altro *súi iúris*: i debiti dell'*adrogátus* si estinguono (si applica il principio della liquidazione), mentre i suoi beni passano in proprietà dell'arrogatore, che quindi diviene un successore *inter vivos*. Poniamo ancora il caso di un soggetto che muoia senza avere fatto testamento: i suoi rapporti transitano a uno o più altri soggetti, determinati secondo una graduatoria dalle norme giuridiche; si ha così una *succéssio mórtis cáusa* nei rapporti attivi e passivi. Poniamo infine l'ipotesi in cui un soggetto muoia avendo fatto un testamento nel quale abbia designato erede Tizio e abbia disposto un legato di 100 a favore di Caio: Tizio, in quanto erede, diventa successore, cioè continuatore del morto, mentre Caio, legatario, diviene nuovo proprietario di 100, che sono a lui liquidati senza che egli – a differenza dell'erede – sia chiamato a subentrare nei rapporti che facevano capo al defunto. Ciò significa che all'erede si

applica il principio della successione nei rapporti trasmissibili, mentre al legatario si applica il principio dell'estinzione e liquidazione dei rapporti.

130. EREDITÀ ED EREDE

La più importante branca del diritto delle successioni è costituita dalla successione ereditaria, incentrata sulla figura dell'erede, *héres*. I giuristi romani hanno dedicato la maggior parte della loro attività interpretativa al diritto ereditario, conseguendo livelli scientifici mai raggiunti altrove e in altre epoche.

Heréditas Il diritto ereditario concerne la *heréditas*, che è intesa dai Romani in due accezioni. Un primo significato, verosimilmente di origine più antica, indica l'insieme dei beni e rapporti che facevano capo a un defunto, e che sono destinati a uno o più eredi: si dice a tale proposito che la *heréditas* di Tizio perverrà a Caio e a Sempronio, suoi eredi. In un secondo significato, recenziere, la *heréditas* coincide con l'istituto giuridico della successione: si dice allora che con la morte di Tizio si è aperta la *heréditas* di lui, a favore di Caio e di Sempronio.

Héres Il sostantivo *heréditas* proviene dal nome concreto *héres*, che sembra derivato da segni di lingue indoeuropee indicanti colui al quale è morto il padre, quindi l'orfano. È infatti di tutta evidenza che se si applica il principio della successione, al padre subentrino i figli che egli aveva in potestà al momento della morte: i figli superstiti, divenuti *herédes*, riceveranno la *heréditas* del padre defunto.

È però anche possibile che il soggetto si trovi nella prospettiva di morire senza lasciare figli: in tale evenienza, per evitare che i suoi beni vengano liquidati ad altri parenti o a estranei, e quindi allo scopo di garantirsi una successione, il *patérfamilias* può ricorrere all'istituto dell'adozione. Con la *adóptio* egli può adottare un *aliéni iúris*, facendolo passare dalla famiglia originaria nella propria; mediante l'*adrogátio* può far entrare un altro *páter, súi iúris*, sotto la propria *pátria potéstas*: in ambedue i casi ai figli naturali, che mancano, vengono sostituiti dei figli legali, che raccoglieranno la successione in qualità di *herédes*.

A cominciare da epoca imprecisata – comunque durante l'età repubblicana – al *patérfamilias* diviene altresì possibile destinare la propria successione a parenti collaterali o anche a soggetti non legati a lui da alcun vincolo di parentela, indicandoli come *herédes* in un apposito negozio giuridico *mórtis cáusa*, il *testaméntum*.

Viceversa se il *páter* ha dei discendenti in linea retta che sono sotto la sua potestà al momento della sua morte, e che vengono denominati

súi, egli può fare ricorso al *testaméntum* per sceglierne uno solo o alcuni soltanto come successori (*súi herédes*), ed escludere gli altri mediante il negozio dell'*exheredátio*, la diseredazione. Si chiamano *súi* gli eredi sottoposti all'immediata potestà del *patérfamílias* al tempo della morte di lui (i figli, tanto naturali quanto adottivi, la moglie *in mánu* sua e dei figli, i nipoti in linea retta cui sia premorto il padre); tutti gli altri dal punto di vista dell'eredità si chiamano *extránei*, nel senso che non fanno parte della famiglia *próprio iúre* posta sotto la sua immediata sovranità.

I *súi* sono anche – come vedremo – *herédes necessárii*, perché ereditano comunque, a meno che non siano stati diseredati nominativamente in un testamento.

I *súi herédes*
e *extránei*



6.

LE OBBLIGAZIONI

147. CONCETTO DI OBBLIGAZIONE

Nelle fonti romane l'obbligazione viene definita come segue: *obligatio est iuris vinculum, quò necessitate adstringimur, alicuius solvèndae rei, secundum nostrae civitatis iura* (l'obbligazione è un vincolo giuridico, in forza del quale siamo tenuti a compiere una prestazione, in conformità con le norme di diritto oggettivo del nostro Paese).

Questa definizione pone specialmente l'accento sul concetto di vincolo personale, e – pur essendo variamente criticata – può essere messa a profitto per delineare una nozione più generale dell'obbligazione: rapporto obbligatorio è quel rapporto giuridico relativo a due o più soggetti determinati, atteggiandosi in modo tale che l'interesse giuridicamente protetto di uno dei soggetti (creditore) trova la sua concreta attuazione soltanto tramite la cooperazione della controparte (debitore). Oggetto dell'obbligazione può essere qualsiasi comportamento idoneo al soddisfacimento di un interesse: i tre termini latini usati al riguardo sono *dáre* (trasferire la proprietà di una cosa), *fácere* (compiere qualsiasi altra attività, non esclusa quella di consegnare una cosa senza trasmetterne la proprietà), *praestáre* (termine forse da rimettersi allo *stáre praés*, garantire un evento dipendente da altri soggetti o da eventuali fattori esterni, e comunque utilizzato dai giuristi al fine di meglio completare il quadro dei possibili atteggiamenti di ciò che oggi chiamiamo prestazione).

*Dáre,
fácere,
praestáre*

Naturalmente il concetto romano di *obligatio* non fu mai enunciato, sul piano dogmatico, nei termini usati oggi dalla dottrina, e probabilmente neppure vi corrispose sempre in sede storica.

Basta pensare alla terminologia latina, per accorgersi che in tema di obbligazione molte espressioni sembrano riportarci ad un'idea originaria di legame materiale insistente sul debitore: *vinculum*, *obligáre*, *sólvere* (che significa, in epoca classica, pagare, adempiere, ma che in origine voleva dire slegare); e l'elenco potrebbe continuare: d'altro canto, l'idea

della *obligatio* come legame materiale ripugna non poco alla funzione economica stessa dell'istituto, e non vi sono precise prove in merito, tanto più che troppo spesso si tende a trovarne nella prigionia materiale del debitore che conseguiva all'inadempimento dell'obbligazione, senza avvedersi che, così argomentando, si tenta di inquadrare il momento sano, o fisiologico, del rapporto sulla falsariga del momento patologico di esso, cioè del momento in cui al precetto primario (che impone la cooperazione del debitore) si sostituisce il precetto secondario (che, visto che tale cooperazione non c'è stata, autorizza il creditore ad assumere lui l'iniziativa, fino ad ottenere per equivalente la realizzazione del proprio interesse).

Oportére Un altro problema sorge sempre dalla terminologia relativa alla *obligatio* e ci riporta alla natura di essa: le fonti romane, almeno in netta prevalenza, riservano il termine *obligatio*, ed il parallelo verbo *oportére* – che indica l'intima sostanza del dovere giuridico di obbligazione – ai rapporti sorti sul terreno del *iús civile*, e dal *iús civile* tutelati (anche se per il tramite dell'editto pretorio, il che, in epoca classica, è conseguenza inevitabile della generalizzazione del processo formulare). Di contro, vi sono rapporti giuridici, nati al di fuori del *iús civile*, e disciplinati dal diritto onorario, che tuttavia si atteggiano, dal punto di vista del contenuto, in modo identico alle *obligationes*, e rispondenti alla nozione generale di obbligazione sopra proposta: per essi le fonti romane tendono (in coerenza con la natura stessa del *iús honorarium*, §§ 13 e 14) a porre l'accento unicamente sopra l'aspetto della tutela processuale, parlando perciò di *actióne tenéri* (essere tenuto da un'azione). Per questo motivo, può anche essere considerata legittima l'esitazione a riconoscere l'esistenza di obbligazioni (nel senso rigorosamente tecnico del termine) al di fuori del *iús civile*, purché si sia con ciò consapevoli anche del fatto che comunque rapporti patrimoniali di identica struttura, corrispondenti alla nozione generale moderna di obbligazione, sorgono, in diritto romano, sia sul terreno del diritto civile che sul terreno pretorio.

148. FONTI DELLE OBBLIGAZIONI

Per fonte dell'obbligazione si intende qualunque atto o fatto giuridico cui l'ordinamento ricollegghi, come da causa ad effetto, il sorgere di un rapporto di obbligazione.

Anche qui, la nozione formulata in termini dogmatici apre la via, dal punto di vista storico, ad una notevole serie di problemi, destinati a restare, almeno in questa sede, senza una soluzione definitiva. Primo fra essi il problema della priorità storica, nell'ambito delle fonti delle ob-

bligazioni, del contratto (o, in genere, dell'atto lecito) o del delitto (atto illecito in genere). Sono molti gli opposti argomenti adottati dai sostenitori delle due tesi, spesso anche in connessione con le diverse opinioni sulla natura originaria della *obligatio*. Per chi ritiene che essa implicasse un vincolo materiale della persona del debitore, è infatti agevole riconnettere tale vincolo allo scopo di vendetta, derivante dall'aver subito un atto illecito; chi, per contro, esclude tale ipotesi, preferisce vedere nella obbligazione da delitto il risultato di una evoluzione storica, che avrebbe avuto la tappa principale nel momento in cui la vendetta fu sostituita dalla pattuizione di una riparazione pecuniaria: si sarebbe, cioè, trasformato il delitto in fonte di obbligazione, ricorrendosi a una convenzione di tipo contrattuale, di cui quindi si dovrebbe ammettere la priorità storica e logica.

Limitiamoci, comunque, a prendere in esame qui le principali classificazioni delle fonti delle obbligazioni sviluppate dalla giurisprudenza romana.

In prima linea Gaio nelle Istituzioni ci propone la bipartizione contratto/delitto. Essa, peraltro, appare tutt'altro che esauriente, stante l'esistenza di fonti di obbligazione non suscettibili di esservi inquadrate; e di ciò fu consapevole lo stesso autore, che, trattando del pagamento d'indebitato come di un contratto reale, si rese conto dell'angustia di tale impostazione, osservando che chi paga per errore una prestazione non dovuta *mágis distráhere vult negótium quám contráhere*, cioè attua l'intenzione di estinguere un vincolo piuttosto che di formarne uno nuovo. È probabilmente in questa linea che va vista la comparsa, in quella riedizione tarda e forse postclassica delle Istituzioni di Gaio che va sotto il nome di *Res cottidiánae* (Argomenti di tutti i giorni), di una tripartizione delle fonti delle obbligazioni: accanto al delitto e al contratto essa raccoglie una serie di *váriae causárum figúrae* (vari tipi di cause), intesa come categoria generica e residuale di fattispecie da cui sorgono obbligazioni, unificate soltanto da un elemento negativo, e cioè dal fatto di non appartenere né ai contratti né ai delitti (e il termine di delitto va qui inteso in senso ristretto di illecito di *iús civile*: diversi illeciti repressi dal solo diritto onorario venivano infatti catalogati fra le *váriae causárum figúrae*).

La tripartizione diviene poi, nelle Istituzioni di Giustiniano, una quadripartizione, fra contratti, quasi contratti, delitti, quasi delitti. Questa classificazione quadripartita, pur risultando sostanzialmente ancora accolta nel codice civile italiano del 1865, è assai poco soddisfacente, soprattutto sotto il profilo della distinzione fra delitti e quasi delitti. Meno angusta appare per contro la tripartizione delle *Res cottidiánae*, che è stata sostanzialmente ripresa dal codice civile vigente, purché utilizzata con l'avvertenza di ricondurre qualunque atto illecito (sia civile che pretorio) a una sola categoria, e con la consapevolezza della funzione mera-

Contratto/
delitto

Váriae
causárum
figúrae

Quadriparti-
zione
giustiniana

mente didattica di essa, soprattutto relativamente al gruppo delle *váriæ causárum figúrae*, da intendersi come generico raggruppamento di tutti gli atti e fatti leciti, non contrattuali, a cui si ricollegli la nascita di una obbligazione. A questa tripartizione, pertanto, si atterrà la nostra esposizione successiva, che si articolerà nell'esame analitico delle singole fonti di obbligazione operanti nel diritto romano.



7.

LA DIFESA DEI DIRITTI

180. CONCETTI FONDAMENTALI

L'esercizio del diritto soggettivo consiste nella soddisfazione dell'interesse con esso tutelato, realizzando lo stato di fatto e di diritto ad esso corrispondente.

Di solito il soddisfacimento dell'interesse protetto dal diritto avviene pacificamente; talvolta però vi è da superare una resistenza da parte di chi, nel rapporto giuridico corrispondente, è il soggetto passivo. Quest'eventualità fa sorgere il problema di vincere la resistenza opposta all'attuazione di rapporti giuridici, tra quei soggetti che risultino trovarsi effettivamente in tali rapporti; difesa dei diritti soggettivi significa per l'appunto il superamento della resistenza opposta all'attuazione dei corrispondenti rapporti giuridici.

Assicurare la difesa del diritto soggettivo contro l'altrui resistenza e assicurarla soltanto a chi ne sia effettivamente titolare è esigenza logica e imprescindibile di ogni ordinamento giuridico: essa, del resto, discende dalla stessa natura delle norme giuridiche, giacché, come abbiamo visto a suo luogo, caratteristica delle norme giuridiche (tale da contraddistinguerle di fronte alle altre norme sociali) è la forza coattiva, ossia la possibilità dell'uso della forza per imporre l'osservanza del vincolo e per prevenirne, reprimerne o ripararne l'inosservanza. Abbiamo d'altra parte anche visto a suo luogo che il diritto soggettivo, ossia il potere conferito al singolo per la tutela di un interesse proprio, appunto perché conferito dal diritto obiettivo, contiene lo stesso comando della norma che lo conferisce, e per conseguenza è coercibile come la norma: onde anche di fronte al diritto soggettivo deve sussistere la possibilità dell'uso della forza per imporre l'osservanza del vincolo corrispondente e per prevenirne, reprimerne o ripararne l'inosservanza; pertanto l'esigenza della difesa del diritto soggettivo discende altresì dalla nozione di esso.

Autodifesa

In ogni ordinamento giuridico, la soluzione del problema così impostato oscilla tra due estremi: a) rimettere al singolo la difesa del proprio diritto soggettivo, rendendo legittima l'autodifesa così preventiva come reattiva, ovvero, al più, assoggettandola al controllo da parte della collettività per renderla rilevante di fronte a sé, o prescrivendo modalità all'esercizio di essa, o imponendo limiti entro i quali soltanto essa possa essere considerata lecita; b) mettere a disposizione dei singoli l'autorità e la forza degli organi della collettività, con esclusione dell'autodifesa privata. È ovvio che il primo sistema corrisponde, in sostanza, alla composizione di volta in volta arbitraria o volontaria dei conflitti di interesse, e il secondo sistema alla composizione autoritativa.

In pratica è possibile solo un temperamento del primo e del terzo sistema. Infatti, se un'attività del privato per la difesa del proprio diritto è sempre indispensabile (e nel diritto romano l'autodifesa è, come vedremo, ammessa in una sfera ben più ampia che nel diritto moderno, e tanto più altamente quanto più si risalga indietro nel tempo), d'altro canto in un ordinamento evoluto non sarebbe possibile lasciare libero campo all'autodifesa privata, giacché ciò potrebbe cagionare una serie infinita di conflitti, tale da mettere a repentaglio la convivenza sociale.

Il fine, che è il medesimo, giustifica appunto che si istituisca un parallelismo, il quale, a nostro credere, è più profondo di quanto a prima vista non appaia: basti pensare che l'oggetto, nell'uno e nell'altro, è il medesimo, gli interessi da regolare; che nell'uno e nell'altro si parla, nello stesso significato, di parti (sia in senso sostanziale sia in senso formale) e della loro posizione rispetto agli interessi da regolare, di legittimazione, di sostituzione. L'identità del fine, e il conseguente parallelismo, rendono ragione di istituti che potremmo dire intermedi fra il negozio e il processo; di istituti, in altri termini, nei quali è evidente il fine di una composizione di un conflitto di interessi ormai in atto, ma in cui la composizione avviene per volontà delle parti e non è imposta da un'autorità superiore; in cui, in altri termini, la composizione avviene mediante negozio e non mediante processo. E talvolta tali istituti – tale è per esempio il caso della transazione – hanno una mera natura negoziale, mentre per converso tal'altra – come è il caso della composizione arbitrale – essi presentano aspetti paraprocedurali; del resto le fonti dicono del compromesso arbitrale che esso *ad similitudinem iudiciorum redigitur*, è condotto a somiglianza dei processi (Paolo, D. 4,8,1), pur mancandovi comunque la pronuncia giurisdizionale.

**Negozio
e processo**

Poiché in nessuna collettività organizzata che sia una comunità politica può venir meno il fine di assicurare l'ordine e la pace all'interno, così si spiega come gli organi della collettività intervengano per evitare conflitti fra i consociati (o per comporli ove siano scoppiati), ponendosi quale autorità superiore, imparziale moderatrice dei conflitti medesimi.

Ogni ordinamento giuridico evoluto dà la preferenza al sistema di composizione autoritativa dei conflitti, lasciando quantunque sempre qualche spazio all'esercizio dell'autodifesa privata. Si ricorderà – a questo punto – che accanto alla composizione arbitraria e a quella autoritativa dei conflitti di interesse esiste anche la composizione volontaria. Trattando più sopra (§ 69) del negozio giuridico, avevamo istituito un parallelo fra quest'ultimo, che è il mezzo posto a disposizione dei privati per la composizione volontaria dei conflitti di interesse, e il processo, che è il mezzo posto a disposizione per la composizione autoritativa di essi.

