

ESTRATTI DA:

ALESSANDRO CORBINO,

*Diritto Privato Romano. Contesti, Fondamenti, Discipline*<sup>4</sup>,

Milano, Wolters Kluwer, 2019

74. *I fondamenti portanti della cultura giuridica romana. Ruolo del «diritto» e flessibilità dell'ordine giuridico.*

A) Il primo fattore di specificità della cultura giuridica romana ha riguardato la consapevolezza – da sempre coltivata, come sottolinea lo stesso linguaggio adottato – che il diritto non coincide con gli enunciati che lo fondano, ma con il significato normativo che viene loro attribuito.

Le regole sono espresse dalle *leges* e dai *mores* vincolanti (quali individuati dai *responsa prudentium*). Ma ciò che disciplina in concreto i fatti è il «*ius*» (espressione, come si vede, diversa dalle prime e con la quale i Romani indicano il diritto).

Le valenze di *ius* sono – nel linguaggio giurisprudenziale romano – molteplici ed abbracciano ogni possibile manifestazione di ciò che la regola determina: diritti dunque<sup>(1)</sup>, ma anche doveri<sup>(2)</sup>; atti<sup>(3)</sup>, ma anche procedure<sup>(4)</sup>; situazioni specifiche<sup>(5)</sup>, ma anche posizioni complessive<sup>(6)</sup>.

Ne incontriamo così l'uso, ad esempio (in una consolidazione e uniformità che ne denunciano il tecnicismo), per descrivere: il luogo nel quale l'aspirazione soggettiva trova affermazione solenne (*in iure*)<sup>(7)</sup> o anche il momento (locativo e comportamentale insieme) in cui una vicenda giuridica accade (*in iure cessio*)<sup>(8)</sup>; una situazione di soggezione come l'essere *in potestate patris* dei figli da lui procreati *iustis nuptiis*<sup>(9)</sup>; forme da osservare (la *confarreatio* e la *mancipatio* sono appunto *ius*<sup>(10)</sup>); il fondamento di una dichiarazione (come quando si dice, nella *vindicatio* processuale o nella *mancipatio*, che la situazione affermata è *ex iure Quiritium*)<sup>(11)</sup>; una situazione giuridica complessa (come quando si precisa che la condizione patrimoniale di una persona è di essere *sui iuris* ovvero invece *alieno iuri subiecta*)<sup>(12)</sup>.

All'ordinato svolgimento della vita collettiva concorrono dunque non solo le regole costituite *moribus et legibus*, ma anche i significati (*iura*) che ad esse si attribuiscono. Come perciò è importante che le regole vigenti appaiano espressione di un pensiero largamente condiviso, così è non meno importante che anche il diritto che da esse discende sia il più possibile espressione di valutazioni uniformi. La *interpretatio iuris* (il significato «giuridico» di una regola) non è insomma di minore interesse collettivo della creazione della regola. Da qui la preoccupazione (osservabile anch'essa da sempre nella esperienza romana) di assicurare strumenti di uniformità e stabilità anche nella interpretazione delle regole e, dunque, nella creazione del diritto. La *interpretatio iuris* fu considerata dai Romani un'attività che non poteva essere di chiunque, ma solo di specialisti di riconosciuta competenza. Le loro opinioni (*responsa*) sono vincolanti (vedremo meglio più avanti in che senso e con quali limiti) per coloro cui spetta di applicare le regole. Nella concezione romana, le regole sono insomma un essenziale presupposto del diritto, ma non ne costituiscono la immediata fonte. Il «diritto» è il prodotto della attività speculativa di chi delle regole guarda ai significati che esse racchiudono.

La coscienza della rilevanza del «diritto» e non solo delle «regole», spiega perché i Romani – al contrario degli altri popoli antichi, che ponevano ordinariamente l'accento su queste ultime ed esaltavano perciò la

---

<sup>(1)</sup> Ad esempio: Gai. 1.129, 2.60, 97. D. 1.3.41 (Ulpiano).

<sup>(2)</sup> Ad esempio: Liv. 1.32.10 (*ius persolvere*); Gai. 2.14, 31 (*ius non tollendi*); D. 1.1.10.1 (Ulpiano: *iuris praecepta*); D. 29.5.21.1 (Papiniano: *ius debiti*).

<sup>(3)</sup> Gai. 1.112 (*confarreatio*), 119 (*mancipatio*).

<sup>(4)</sup> Gai. 4.16 (*ius feci*).

<sup>(5)</sup> Ad esempio: Gai. 2.29 (*ius praedii*).

<sup>(6)</sup> Ad esempio: Gai. 1.55 (*in potestate esse*); 108 (*in manu esse*); 115 b (*iura filiae*).

<sup>(7)</sup> XII tav. 1.1; D. 1.1.11 (Paolo).

<sup>(8)</sup> Gai. 2.24.

<sup>(9)</sup> Gai. 1.54.

<sup>(10)</sup> Gai. 1.112, Gai. 1.119.

<sup>(11)</sup> Gai. 4.16 (cfr. anche 2.24); Gai. 1.119.

<sup>(12)</sup> Gai. 1.50.

saggezza dei «legislatori» – guardassero invece in primo luogo ai «giuristi», alla cui opera essi dovevano – come avrebbe osservato Cicerone<sup>(13)</sup> – il fatto di disporre di un ordinamento giuridico in confronto al quale ogni altro appariva «*inconditum ac paene ridiculum*» (disordinato – privo di un fondamento razionale – e quasi degno di derisione).

Ed è significativo constatare come sia sempre stata preoccupazione romana anche quella di mantenere costantemente alta (segno della rilevanza che la questione riceveva) la vigilanza sul problema della «continuità» del pensiero giurisprudenziale (e del mantenimento perciò in essere di condizioni fattuali predisponenti). La fluidità di questo – e dunque la capacità del sistema normativo di restare sempre aderente ai tempi – era già per natura assicurata dalla circostanza che il suo rinnovarsi nel tempo era favorito dal fatto di guardare, per la disciplina dei fatti, non solo alle «regole» (dunque a dati storicamente determinati e per necessità quindi stabili), ma anche – e anzi più immediatamente – al loro significativo normativo (*ius*), quale appunto individuato dall'*interpretatio* (un fatto attuale, e perciò mutevole nel tempo). E tuttavia essa non restò la sola preoccupazione. Con la fluidità, i Romani vollero anche assicurarsi una tendenziale «continuità» del pensiero giurisprudenziale, e dunque uno svolgersi di esso in costante riferimento con il pensiero pregresso e con quello dell'insieme attuale dei suoi cultori. Non può essere un caso che essi abbiano favorito in ogni modo la costante «concentrazione» (che agevolava la materiale possibilità di un costante diretto scambio e di una costante valutazione pubblica del loro operato) dei «giuristi» a Roma, non solo nel tempo in cui essi coincidevano con i membri dei collegi sacerdotali, ma anche ben più avanti: manca ogni traccia di attività «giurisprudenziale» laica in periferia [77] e non può dimenticarsi che, anche quando, questa divenne appannaggio di esperti di nomina imperiale (immessi dal principe negli uffici della relativa cancelleria) la sede propria dell'attività in questione restò sempre e soltanto (fino allo sdoppiamento dell'impero [53]) Roma.

B) Il secondo di questi fattori ha riguardato il rapporto tra autorità di governo e regole vigenti, sia dal punto di vista della loro produzione, che da quello della loro concreta applicazione.

Dal punto di vista della produzione delle regole, i Romani hanno da sempre, innanzitutto, ritenuto (ispirandosi poi, per lunghi secoli, a questo principio) che solo una minima parte delle regole vigenti dovesse essere espressione di una volontà di governo. Hanno perciò confinato ad un ruolo modesto le «leggi» non solo nei tempi nei quali il governo della città era nelle mani di un *rex* [6], ma lo hanno fatto anche quando esso risultava distribuito tra più organismi in concorso e la competenza legislativa risultava attribuita, in particolare, alle assemblee dei *cives* [8, 28]. Il diritto doveva derivare infatti da regole il più possibile condivise, come accade quando queste sono la spontanea espressione di consolidati «costumi» (*mores*). Per i Romani, anche la decisione di una «maggioranza» (comunque determinata, attraverso cioè un voto «egualitario», come accadeva, ad esempio, nei *concilia plebis* [15], o invece «ponderato», come accadeva invece nei *comitia centuriata* [33]) comportava pur sempre un atto di imperio, che, come tale, era opportuno contenere nelle sue possibilità di espressione: pur essendo un comando della collettività – *iussum populi*<sup>(14)</sup> – la *lex* non perdeva per questo il suo carattere impositivo nei confronti del singolo.

Ciò spiega, probabilmente, la ragione per la quale una grande parte della legislazione di diritto privato è affidata, nella media repubblica, ai *plebiscita*, piuttosto che alle *leges comiziali*. Lo suggeriva la opportunità politica. Trattandosi di materia di interesse diffuso, appariva sicuramente preferibile fare esprimere su di essa quella parte della popolazione (numericamente assolutamente prevalente) che era anche la più direttamente interessata alle questioni in discussione ed il cui consenso era dunque essenziale a mantenere alto il livello della *concordia civium*, costantemente perseguita [59].

Essi hanno anche ritenuto di più.

Hanno previsto procedure per l'approvazione delle *leges* (quando queste, nella repubblica, erano di competenza popolare) che comportavano il concorso di un insieme di consensi (religiosi e politici) in grado di assicurare (per la loro provenienza) un sottostante esteso consenso generale ai loro contenuti.

La proposta di legge (ma lo stesso valeva per le *leges* diretta espressione di volontà normativa autorizzata: *leges datae*<sup>(15)</sup> [38, 105]) poteva venire solo da soggetti investiti di una funzione di governo (come i magistrati)<sup>(16)</sup> e poteva essere portata al voto solo in assenza di eventuali atti interdittivi di

---

<sup>(13)</sup> *de orat.* 1.197.

<sup>(14)</sup> Gai. 1.3; Gell. 10.20.2.

<sup>(15)</sup> Cic. *verr.* 2.2.49.121; Liv. 45.31-32; Tab. Her. (Fira. 1<sup>2</sup> n. 13) linn. 159-161.

<sup>(16)</sup> Gell. 10.20.2.

magistrati di pari o più elevato rango del proponente<sup>(17)</sup> (oltre che di quelli eventualmente avanzati da un tribuno della plebe, secondo le consuete regole per altro della collegialità<sup>(18)</sup> [19]). Essa poteva arrivare al voto solo dopo un congruo intervallo di tempo<sup>(19)</sup>, che ne assicurasse la valutazione approfondita dei suoi contenuti, e in presenza di auspici favorevoli (o almeno in assenza di contrari<sup>(20)</sup>). Il voto assembleare era raccolto con modalità manifeste (almeno in origine<sup>(21)</sup>, fino cioè all’emanazione – sul finire del II sec. a.C. – delle *leges tabellariae*<sup>(22)</sup> [33]). Esso non si esprimeva, inoltre, simultaneamente ma progressivamente, e la votazione si arrestava perciò con il raggiungimento della maggioranza (la cui dimensione relativa non era dunque nemmeno normalmente accertata)<sup>(23)</sup>. La efficacia della approvazione assembleare era subordinata infine al consenso sulla legge espresso dal senato [7, 26].

Ma la distanza dei Romani da ogni idea della legge come fonte esclusiva (o anche solo principale) del diritto è resa manifesta soprattutto da un’ulteriore circostanza.

I Romani non hanno mai ritenuto che la vigenza delle *leges* (come per altro dei *mores*) ne comportasse un’applicabilità indefettibile. Nel loro ordinamento costituzionale, l’autorità di governo che avesse la funzione di consentire lo svolgimento di un processo (e dunque l’accertamento della conformità o meno a diritto della pretesa fondata su un fatto o su un comportamento) ha sempre avuto anche il potere di dichiarare preventivamente (*ius dicere*) il diritto astrattamente applicabile al caso concreto. Il che significava, in pratica, sia riconoscere che esso era quello fondato sui *mores* e le *leges* vigenti, sia anche però stabilire che esso dovesse ritenersi invece quello dettato per le circostanze del caso da chi ne avesse il potere (il magistrato giudicante appunto).

Come meglio vedremo, gli *edicta*, le regole cioè espressione della *iurisdictio* [287], hanno avuto a Roma (in modo sempre più esteso ed incisivo, a misura che crebbe la complessità delle relazioni da considerare) un ruolo politico non meno rilevante delle regole create secondo le procedure ordinarie previste.

La differenza tra il diritto fondato *legibus* o *moribus* e quello fondato invece *ex edictis* dei magistrati forniti di *iurisdictio* stava fundamentalmente nella sua diversa stabilità temporale: eterna (nel senso romano di: indefinita nel tempo) quella del diritto fondato su *mores* e *leges*, limitata alla durata della carica del magistrato quella del diritto fondato sulla *iurisdictio*. Mentre il diritto che discende dai *mores* e dalle *leges* è il diritto della città (ne è il suo *ius civile*), il diritto che discende dagli editti non è «civile», ma solo «onorario» (legato, com’è, solo all’onore magistratuale di chi ne fonda la sua esistenza [290])<sup>(24)</sup>.

Ma la differenza non si fermava a questo. La distinzione tra diritto civile e diritto onorario aveva un rilievo pratico rilevante sul piano della concreta efficacia dei rimedi processuali che i due ordinamenti assicuravano.

Le azioni a tutela di situazioni riconosciute dal *ius civile* hanno una disciplina diversa da quella delle azioni riconosciute *iure honorario* [301]. Le prime si possono esercitare senza limiti di tempo, le seconde, di norma<sup>(25)</sup>, solo nell’anno di carica del magistrato che le accorda. Il *iudicium* che deve essere emesso in forza delle prime deve concludersi in un tempo diverso da quello nel quale deve concludersi quello fondato sulle seconde (non siamo informati sulla situazione più antica, ma sappiamo che, con le riforme di Augusto [47, 300] gli *iudicia legitima* – che non coincidevano con quelli civili, ma che tuttavia li comprendevano – dovevano giungere alla decisione entro 18 mesi, mentre quelli *quod imperio continentur*, fondati cioè sull’editto, dovevano concludersi entro l’anno di carica del magistrato che li aveva autorizzati). Le azioni civili (almeno quelle *in personam*<sup>(26)</sup>) rientravano tra quelle che davano luogo (ancora nella legislazione augustea) ad un *iudicatum* la cui efficacia (come fatto preclusivo della riproponibilità della lite) non coincideva con quella del *iudicatum* nascente da un’azione fondata sull’editto del magistrato. Mentre il giudicato nascente da tali azioni comportava infatti una preclusione *ipso iure* (l’azione riproposta sarebbe stata giudicata inammissibile direttamente dal giudice), quello derivante da un’azione onoraria ne comportava invece una *ope exceptionis* (in presenza cioè di una eccezione di parte che avesse trovato accoglimento nella formula [301]).

---

<sup>(17)</sup> Gell. 13.16.1-3.

<sup>(18)</sup> Liv. 2.44.3; Sen. *contr.* 1.5.3.

<sup>(19)</sup> Cfr. Macr. *sat.* 1.16.34; s.c. de bacch. (Fira. 1<sup>2</sup> n. 30) 22; lex lat. tab. Bant. (Fira. 1<sup>2</sup>) pen. lin.

<sup>(20)</sup> Varr. *r.r.* 3.2; Cic. *fam.* 7.30.1, Cic. *Phil.* 2.32.80.

<sup>(21)</sup> Cic. *de leg.* 3.15.33 s.

<sup>(22)</sup> Cic. *de leg.* 3.16.35: *lex Gabinia* del 139 a.C. (comizi elettorali), *Cassia* del 137 a.C. (comizi giudiziari), *Papiria* del 131 a.C. (comizi legislativi).

<sup>(23)</sup> Liv. 1.43.11.

<sup>(24)</sup> D. 1.7.1.1 (Papiniano).

<sup>(25)</sup> Gai. 4.110-111.

<sup>(26)</sup> Gai. 4. 107.

Avere tutela *iure civili* e avere tutela *iure honorario* non era insomma un fatto che riguardava solo la fonte di tale tutela, né soltanto la stabilità nel tempo della stessa. La circostanza investiva l'intera situazione disciplinata e si sostanziava nell'applicazione alla stessa di regole che – pur nell'ambito di una procedura comune (in particolare quella *per formulas* [300]) – si differenziavano per aspetti non secondari, determinando una conseguente diversa intensità della tutela assicurata.

Diritto civile e diritto onorario convivevano in un equilibrio nel quale al primo era assegnato il compito di dare stabilità al sistema, fissandone i cardini destinati a definirne la continuità. Al secondo era assegnato quello di mantenere costantemente aperta la possibilità di derogare al primo in funzione di ragioni politiche contingenti (perciò rimesse alla discrezionale valutazione dell'autorità di governo, che ne assumeva – esponendosi – la responsabilità politica [287]), fattualmente prevalenti al momento, ma non per questo capaci di travolgere la esistenza del primo (che, ancorché derogato o addirittura disapplicato) non per questo perdeva di vigenza.

A differenza di altre concezioni, quella romana è stata dunque una concezione flessibile e pragmatica, anche quanto alla adozione delle regole di riferimento. Benché tutte fondate su un atto politico – espressione cioè immediata (*mores*) della volontà collettiva (ancorché come specificata dagli esperti con i loro *responsa*) o mediata (perché demandata alla determinazione di organi della comunità: *leges* ed altri atti normativi a questa nel tempo equiparati, come *plebiscita* [15], *senatusconsulta* [7, 26], *constitutiones principum* [48, 81])<sup>(27)</sup> – esse non avevano tuttavia un valore assoluto. Si applicavano se e in quanto l'autorità di governo alla quale tale applicazione era richiesta lo ritenesse opportuno. Il che proponeva, come vedremo, problemi importanti di controllo del corretto esercizio di tale potere, ma assicurava anche una capacità straordinaria del diritto di essere sempre al passo con le esigenze del tempo in cui cadeva l'occasione della sua applicazione.

Per approfondimenti: P. Cerami, *La concezione celsina del ius. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*, Palermo 1985; U. Paananen, *Legislation in the comitia centuriata. Senatus populusque romanus. Studies in Roman Republican Legislation*, Helsinki 1993; M. Talamanca, *Il «corpus iuris» giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi Mazziotti* 2 (Padova 1995) 771-807; D. Mantovani, *Praetoris partes. La iurisdictio e i suoi vincoli nel processo formulare: un percorso negli studi*, in M.G. di Renzo Villata (cur.), *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e Giuristi nella storia della giustizia civile*, Napoli 2003; G. Santucci, *La legge nell'esperienza giuridica romana*, in U. Vincenti (cur.), *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico*, Torino 2005; F. Gallo, *La verità: valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in *Dirittostoria* 7 (2008); idem, *La definizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti in concezioni e dottrine del presente*, in *TSDP*. 3 (2010) 1-85; R. Fiori, *Bonus vir. Politica, filosofia, retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011; G. Nicosia, *Ex iure Quiritium*, Catania 2018.

## 89. *L'interpretatio tecnica e i suoi strumenti.*

In origine, in assenza di una articolazione delle funzioni connesse alla istruzione e risoluzione delle liti, anche l'*interpretatio* (come, del resto, le altre funzioni connesse alla applicazione del diritto: *iurisdictio* e *iudicatio*) spettò al *rex*<sup>(28)</sup>.

Presto però essa se ne distaccò per concentrarsi, per molti secoli, nei collegi sacerdotali. Più avanti ancora se ne riconobbe la competenza anche a «laici». Ma non per questo essa cessò di essere un'attività «qualificata»: l'*interpretatio* produttiva di *ius* era solo quella che veniva da un *iuris consultus* (dunque da un soggetto di notoria competenza, riconosciuta nei fatti dalla pubblica opinione [78] e poi più avanti, nel principato, anche da una pubblica attestazione [81]).

L'affidamento istituzionale della *interpretatio iuris* a degli specialisti portò alla conseguenza di considerare l'opinione da essi espressa (il *ius* da essi enunciato) come il «diritto» vigente nella comunità e dunque come il criterio di orientamento dei comportamenti e di soluzione delle liti che doveva essere da tutti osservato.

Il filtro della *interpretatio* qualificata, necessario per definire il diritto che la regola esprimeva, comportò la conseguenza che nessun giudice romano potesse – senza violare i doveri del suo *officium* [304] – decidere

---

<sup>(27)</sup> Gai. 1.2-7.

<sup>(28)</sup> D. 1.2.2.1 (Pomponio).

una lite a lui sottoposta discostandosi dal *ius* fissato dai competenti e ritenuto perciò quello «civile» (in quanto appunto di riferimento per la città).

In coerenza con le ragioni per le quali essa era stata istituzionalizzata, la *interpretatio iuris* assunse un carattere sempre più spiccatamente «tecnico». Divenne un'attività che presupponeva la esistenza, tra coloro che la professavano, di una cultura e di strumenti di lavoro comuni, in grado di esaltare la speciale abilità che essi erano chiamati ad esprimere.

La cultura richiesta fu inizialmente quella che derivava dalla esperienza legata all'aver rivestito funzioni di governo o all'aver comunque dedicato una parte importante della propria vita alla osservazione attenta dei comportamenti sociali e delle pratiche religiose, divenendo in tal modo esperti nella mediazione tra gli uomini e tra gli uomini e la divinità. La cultura richiesta fu insomma la stessa di quella richiesta per l'attribuzione di funzioni sacerdotali. Più avanti, allentatisi i costumi e attenuatosi il rilievo della religione, fu sufficiente anche una esperienza puramente «laica» delle pratiche di mediazione sociale.

Quanto agli strumenti, trattandosi di un'attività spiccatamente intellettuale, essi furono visti nella creazione di un «vocabolario», sia terminologico che concettuale, in grado di consentire una «comunicazione» tra gli addetti (sempre chiara nei presupposti e nei suoi possibili esiti), e nella speciale capacità di osservare i fatti sotto il profilo dei loro elementi costitutivi, esaltandone ogni differenza, allo scopo di individuarne una disciplina «equa» [91], la più attenta possibile dunque a tutti gli interessi in essi coinvolti.

### 134. *Interessi delle persone, diritti soggettivi e loro oggetto.*

Le persone nutrono interessi. Hanno cioè aspirazioni che – per realizzarsi – presuppongono la possibilità di dirigersi in concreto verso altre persone o entità del mondo esterno (concettualmente distinte da esse). L'aspirazione ad avere una discendenza si realizza in quanto esista un figlio, una persona cioè legata da una relazione naturale che le dia attuazione. Allo stesso modo, l'aspirazione a vivere in un certo ambiente (dotato delle caratteristiche di spazio, di decoro, di accessori strumentali, che ne consentano la sua identificazione come *domus*<sup>(29)</sup> del soggetto) si può realizzare solo quando vi sia una *aedes*, un luogo fisico concretamente disponibile. E così via. I bisogni insomma delle persone non possono trovare risposta se non vi è un «oggetto» (un che cioè di distinto dalla persona) in grado di soddisfarli.

Non tutte le aspirazioni hanno, naturalmente, lo stesso grado di rilevanza e soprattutto la stessa possibilità di realizzarsi.

Nella sfera della vita privata (che la persona dunque ordina secondo proprie indipendenti ed insindacabili valutazioni), occorre vedere se le aspirazioni nutrite siano ritenute dalla collettività lecite (e dunque non contrastabili) e rilevanti (e dunque degne anche di ricevere assicurazione della loro realizzazione, in presenza di presupposti che lo giustifichino). Solo in questo secondo caso, esse diventano «diritti» (che possiamo, sposando il nostro linguaggio moderno, chiamare soggettivi) e come tali sono trattate: godono di una protezione collettiva che si sostanzia nella possibilità che il soggetto ha di respingere (con l'assistenza appunto della collettività medesima) ogni turbativa esterna.

Oggetto di un diritto privato può essere una «persona» (il figlio, se pensiamo, ad esempio, alla *patria potestas*), una «qualità personale», concepibile come possibile oggetto di una aspirazione specifica (per esempio, l'integrità morale che ciascuno desidera vedersi riconoscere dagli altri), una entità infine che non è né persona, né qualità personale, ma che è «altro da essa»: una cosa, una *res* nella lingua dei Romani.

Come si è però già sottolineato [101], quest'ultima espressione (*res*) è stata utilizzata dai Romani anche in un senso molto più ampio e comprensivo. Essa ha indicato – nel loro linguaggio, comune e giuridico – ogni fatto pratico, ogni «affare» di interesse privato. Anche una aspirazione soggettiva che abbia come oggetto di essa una persona libera (per es.: la dipendenza delle persone *in mancipio* [118] o delle donne *in manu* [129]) è dunque una *res privata*, come tale trattata – giuridicamente – alla stessa stregua delle aspirazioni che si rivolgono sulle cose materiali (*res*, in questo senso più specifico).

La natura dell'oggetto non è stata tuttavia considerata influente dai Romani nella disciplina dei relativi diritti. E, in particolare, quanto alla sanzione della loro violazione, per la possibilità che solo i diritti relativi a *res* materiali hanno di essere misurati dal valore economico del loro oggetto.

Tra le *res* (affari) di interesse privato, quelle che riguardano solo o anche (come accade per le successioni [154], sia *mortis causa*, che *inter vivos*<sup>(30)</sup>) *res* materiali (o almeno suscettibili di provocare benefici materiali, come le *operae* che una persona può mettere a disposizione di altri [243]) sono dunque oggetto di

<sup>(29)</sup> Sulla pregnanza dell'espressione: Cic. *de domo* 41.109; D. 2.4.18 (Gaio). Vedi per altro: Cic. *off.* 1.138-140.

<sup>(30)</sup> Gai. 3.82-84.

una attenzione giuridica specifica. Quella stessa che indusse Gaio a circoscrivere agli affari relativi alle cose materiali la sua trattazione delle *res* in questo senso più ampio [101].

Solo i diritti che hanno ad oggetto «cose» o pretese relative ad esse possono portare alla condanna dell'autore della lesione ad una somma di denaro quale corrispettivo della lesione patrimoniale (*damnum* <sup>(31)</sup>) [280] provocata <sup>(32)</sup>. Solo la lesione di tali diritti giustifica insomma una «*rei*» *persecutio*.

I diritti di natura personale non ammettono tale possibilità. La loro lesione espone l'autore a conseguenze diverse. Queste possono anche consistere nella condanna ad una somma di denaro. Ma quando ciò avviene (come accade, ad esempio, nelle offese alla persona che ne ledono l'integrità, dando luogo al delitto di *iniuria* [248]), tale condanna costituisce misura non della lesione arrecata, ma della afflizione patrimoniale che l'autore è tenuto a subire in conseguenza di essa. La lesione arrecata giustifica insomma, in questo caso, non una *rei-persecutio*, ma una *poena*, che, in quanto patrimoniale, è comunque *res* in senso materiale.

La pena non è tuttavia una sanzione esclusiva delle lesioni personali. Essa è possibile infatti anche con riguardo a lesioni patrimoniali (come avviene, ad esempio, nel delitto di furto [247]). Il che accade quando la lesione arrecata appaia meritevole di essere sanzionata non con la *rei-persecutio*, ma (anche o solo) con la previsione di una conseguenza afflittiva.

#### 145. *Proprietà*. Iura in re aliena. *Obligationes*.

La possibilità delle *res* di rispondere ai bisogni umani deriva dalle loro caratteristiche e dalla loro funzione, ma il modo nel quale esse lo fanno dipende anche dalla relazione che esiste tra la persona e la cosa.

Il diritto che assicura al soggetto la più ampia possibilità di soddisfazione dei propri bisogni è la «proprietà»: l'appartenenza di una cosa, giuridicamente fondata su un titolo che la riconosce [202, 203]. Colui che è proprietario (che può dire cioè che la *res*, nella sua percepibile esistenza corporale, è «sua») <sup>(33)</sup> ha un diritto il cui esercizio dipende solo dalla sua volontà: egli può liberamente usare o conservare la propria cosa, trasformarla in una diversa, trarne direttamente i vantaggi che essa consente, metterla a disposizione di altri per averne un corrispettivo benefico; e così via. La sua è dunque una posizione giuridica indipendente. Essa si esprime (come dicevano i Romani) «*in rem*»: si attua immediatamente sulla *res* che ne è oggetto.

Il soggetto può ricavare benefici anche dai diritti che può vantare su una cosa di altri.

Ciò può avvenire tuttavia in due modi diversi.

Può accadere che il soggetto vanti (in forza di un titolo giuridico) su una cosa di altri un diritto che egli può attuare da se stesso (*ius in re aliena*). In questi casi, la posizione del titolare è immediata come quella del proprietario (non ha bisogno per realizzarsi di collaborazione: il titolare di una servitù di acquedotto dedurrà l'acqua attraverso il fondo altrui quando lo riterrà utile; l'usufruttuario userà e percepirà i frutti della cosa altrui, nei modi e nei tempi per lui opportuni). Se ne distingue per il suo contenuto limitato (permette infatti solo l'esercizio di facoltà determinate), ma è anch'essa una posizione giuridica *in rem* (ancorché questa sia ora una *res aliena*).

Il soggetto può avere però una posizione giuridica vantaggiosa di altro tipo. Ciò accade quando egli si trovi nella condizione (sempre per effetto di un titolo giuridico che glielo consenta) di potere nutrire solo una «aspettativa» al conseguimento della *res* (o anche al mantenimento di questa nella disponibilità eventualmente ottenuta). Egli è, in questo caso, «creditore» nei confronti di una persona che è (in ragione del titolo giuridico in questione) «*obligata*» verso di lui. La sua non è una situazione di vantaggio indipendente (che ne assicuri perciò una pretesa direttamente *in rem*) ma è una situazione di vantaggio *in personam*. Egli non può «attuare» il suo diritto (realizzare la propria aspirazione) senza la collaborazione dell'obbligato: il compratore avrà la cosa quando il venditore gliene farà consegna e il venditore avrà a sua volta il prezzo quando il compratore glielo pagherà; colui al quale è stata consegnata una cosa perché la utilizzi, potrà farlo finché dura l'obbligazione di colui che gliela ha messa a disposizione (in comodato, ad esempio, o in locazione).

Le *res* consentono di ricavare utilità dunque non solo a colui al quale esse appartengono, ma anche ad altri soggetti, che possano vantare diritti su di esse. La diversa struttura di questi (*in rem/in personam*) determina una corrispondente tipologia duale delle situazioni soggettive, che si riflette, nell'esperienza

---

<sup>(31)</sup> D. 39.2.3 (Paolo).

<sup>(32)</sup> Gai. 4.6-9; Inst. 4.6.16-17.

<sup>(33)</sup> Gai. 1.119; 4.16.

romana, nel regime della loro protezione giuridica. Le azioni che il titolare può esperire per fare valere (in caso di violazione) il proprio diritto hanno forma, presupposti ed effetti diversi, coerenti con la tipologia del diritto vantato: si distinguono perciò da sempre in *actiones in rem* e *actiones in personam* [296].

#### 146. Segue. *Tipologia dei diritti e possibilità di possesso.*

La distinzione delle situazioni di vantaggio in situazioni *in rem* e situazioni *in personam* determina una importante conseguenza pratica. Mentre le seconde non permettono altra evenienza fattuale che un loro esercizio attraverso la richiesta giudiziale rivolta dall'interessato alla persona *obligata* che spontaneamente non tenga il comportamento atteso, le prime possono dare luogo anche ad un fatto diverso. Esse fanno sorgere infatti una relazione immediata tra il soggetto e l'oggetto del suo diritto (che – come sappiamo – può essere una «cosa», ma talora anche una «persona») che prescinde per attuarsi dalla necessità di un giudizio. Può accadere così che la loro costituzione – e comunque il loro esercizio – possa essere anche solo conseguenza di un titolo «apparente» o in realtà «inesistente»: il soggetto ha ottenuto, ad esempio, la consegna della cosa dal venditore, ma l'atto di trasferimento non è valido; ovvero anche: il soggetto non ha alcun titolo giuridico a realizzare la sua relazione con la cosa e tuttavia si trova nella condizione di fatto di poterla realizzare (occupa, ad esempio, una cosa altrui credendola di nessuno o commette un furto). Ne consegue che – con riferimento alle situazioni *in rem* – l'ordinamento non può limitarsi a considerare la loro esistenza giuridicamente fondata, ma deve tenere in conto, e disciplinare, anche la loro eventuale esistenza apparente e fattualmente affermata.

Di ciò i Romani hanno mostrato di avere coscienza sin da età risalente dando rilievo, nelle situazioni *in rem*, anche a fatti come *possessio* (appartenenza in fatto della *res* a qualcuno) e *usus* (esercizio in fatto, senza valido titolo giuridico di acquisto, di un diritto). E ciò sia allo scopo di valutarne la possibilità di una loro rilevanza come tali, sia a quello di valutare la loro possibile trasformazione nel tempo in situazioni aventi a fondamento un riconoscimento giuridico.

Il rilievo di *possessio* e di *usus* non è stato costante nel tempo. In particolare, mentre in epoca risalente si incontra un rilievo dell'*usus* come fatto che può determinare acquisto di un diritto anche con riferimento a situazioni diverse dalla «proprietà» (si possono acquistare *usu* la posizione di *heres*<sup>(34)</sup> [266] e le servitù prediali rustiche<sup>(35)</sup> [204]; e la donna *nupta* può pervenire *in manum mariti* [129] anche *usu*<sup>(36)</sup>, più avanti tale possibilità si circoscrive alla proprietà (le altre applicazioni incorrendo in desuetudine o in divieti)<sup>(37)</sup>. E, d'altro lato, mentre in origine la tutela assicurata alla *possessio* si circoscrive alla «appartenenza» delle cose<sup>(38)</sup> [179], nelle fonti di età più recente emerge una considerazione a tal fine anche della *possessio* «*iuris*»<sup>(39)</sup> (che molto fa discutere in ordine al tempo della sua considerazione, se cioè già in quello della giurisprudenza imperiale<sup>(40)</sup> o se solo invece in quello dell'età tarda-antico o addirittura giustiniana).

È discusso anche se le due situazioni (*possessio* e *usus*) siano state da sempre oggetto di una disciplina distinta o se non siano state prese piuttosto in considerazione in origine nell'ambito di una unica disciplina. Di certo, il ricordo che si è conservato della disposizione decemvirale che regolava la trasformazione di tali situazioni in situazioni di diritto con il decorso del tempo accomuna, utilizzando la terminologia «*usus*» per entrambi, i due fatti<sup>(41)</sup> (e, altrettanto di certo, ciò si osserva anche più avanti nel tempo: l'acquisto del diritto legato al decorso del tempo sarà sempre considerato *usucapio*, anche quando a fondamento di esso vi sia *possessio* e non appunto *usus*). Ma altrettanto di certo risulta l'uso antico della terminologia *possessio* per indicare solo quella relazione immediata tra soggetto e oggetto del diritto (anche quando questo è una *persona*, come accade per il figlio)<sup>(42)</sup> che può dare luogo ad una sua tutela provvisoria (la posizione di *heres* non si acquista «possedendola», ma come conseguenza della *possessio* di cose del compendio

---

<sup>(34)</sup> Gai. 2.52 ss.

<sup>(35)</sup> Cfr. D. 41.3.4.28(29) (Paolo).

<sup>(36)</sup> Gai. 1.111.

<sup>(37)</sup> V. appunto Gai. 2.57, 111; D. 41.3.4. 28((29) (Paolo). V. anche: PS. 1.17.1; D. 8.1.14 pr. (Paolo).

<sup>(38)</sup> D. 41.2.3 pr. (Paolo). Cfr. D. 43.1.1 ((Ulpiano).

<sup>(39)</sup> D. 7.6.3 (Giuliano), 8.4.2 (Ulpiano).

<sup>(40)</sup> Gai. 4.139. Cfr. anche: D. 37.1.3.1 (Ulpiano).

<sup>(41)</sup> Cic. *top.* 4.23. Gai. 2.54.

<sup>(42)</sup> Gai. 2.89-90.

ereditario<sup>(43)</sup>, le servitù si usucapiscono, ma non si «posseggono»<sup>(44)</sup>, la donna conviene *in manu*, ma non è oggetto essa stessa di *possessio*<sup>(45)</sup>.

Per approfondimenti: A. Burdese, v. *Possesso (diritto romano)*, in *ED. 34* (Milano 1985) 452-467; I. Piro, «*Usus*» in *manum convenire*, Napoli 1994; P. Pichonnaz, *Res incorporales et possession iuris. Questions choisies sur les relations entre chose et droits*, in *Orbis Iuris Romani* 9 (2004) 105-131; M. Humbert, *Il valore semantico e giuridico di usus nelle XII tavole*, in M. Humbert (cur.), *Le Dodici Tavole. Dai decemviri agli umanisti*, Pavia 2005; V. Mannino, *Il possesso dei diritti nell'esperienza romana e secondo alcune «soluzioni» codicistiche*, in *Studi Labruna* 5 (Napoli 2007) 3163-3179; G. Nicosia, *Il possesso I*, Catania 2008; M. Varvaro, *La definizione della possessio nel Festo Farnesiano fra tradizione manoscritta, edizioni e interpretazione storiografica*, in *Scritti Corbino* 7, Tricase 2016, 401-434.

### 178. Le forme giuridiche dell'appartenenza.

L'appartenenza di una cosa (nel senso prima chiarito [145]) non ebbe nel mondo romano una configurazione unitaria.

La sua disciplina fu influenzata da fattori molteplici. Essa si configurò variamente in relazione alla persona di colui al quale era riconosciuta, a ciò che ne formava oggetto, alla intensità della protezione che assicurava.

Non si trascuri che il riconoscimento ai singoli della possibilità di “appartenenza” esclusiva di un bene comportava correlati oneri di “cura” e di “responsabilità”. Dal primo punto di vista, si definiva, con l'appartenenza, il soggetto tenuto a contrastare il naturale degrado al quale la realtà materiale è esposta (così rispondendo anche all'interesse collettivo di una distribuzione equilibrata dei carichi di conservazione e miglioramento dell'ambiente materiale storicamente maturato). Dal secondo punto di vista, si definiva il soggetto tenuto a rispondere dei danni che la mancata cura delle cose avrebbe potuto comunque arrecare ad altri (si pensi alla evenienza del crollo di edifici o a quella di un incendio che estendesse i suoi effetti oltre il bene distrutto).

1. Sin dall'età più antica – e poi a lungo sino alla più tarda – influirono sulla disciplina dell'appartenenza la natura dell'“oggetto” (l'appartenenza “privata” di porzioni dell'*ager publicus* riceveva, ad esempio, una disciplina diversa da quella che riguardava invece quella delle altre *res*), la condizione giuridica del “soggetto” (ai *non cives* era riconosciuta un'appartenenza delle cose che aveva un regime diverso da quello che valeva per i *cives*), le ragioni che stavano a fondamento della relazione del soggetto con la cosa (vi era un'appartenenza disciplinata dallo *ius civile* e una che riceveva invece tutela solo pretoria). Ma influirono anche i fatti che le davano fondamento. Di questi solo alcuni avevano l'effetto di costituire una relazione di appartenenza indipendente – ai fini del suo riconoscimento giuridico – dalla sua attuale esistenza materiale. La quale per altro – a sua volta – riceveva considerazione per il solo fatto di esistere (ancorché non nello stesso intenso senso della prima).

2. Tale varia e complessa situazione determinò differenze anche terminologico-descrittive.

Si distinsero presto, in particolare, una appartenenza denunciata da elementi di evidenza fattuale (*possessio*) e una appartenenza invece che prescindeva da questi (che poteva però essere – in dipendenza per altro anche di situazioni storiche non sempre coesistenti – ora “*dominium ex iure Quiritium*”, ora invece “*in bonis habere*”, ora ancora attuazione di un “*uti frui habere licere possidere*”).

3. Solo in età tardo-antica la situazione si semplificò con la riduzione (o forse il ritorno) a due sole tipologie di appartenenza: quella “titolata” (dunque riconosciuta per il particolare fondamento giuridico che riceveva) e quella invece “di evidenza fattuale” (e dunque riconosciuta nei limiti di tale circostanza, oltre che

---

<sup>(43)</sup> Gai. 2.52, 55.

<sup>(44)</sup> Cfr. D. 43.19.1 pr. (Ulpiano: fondamento «*usus*» e non «*possessio*») – cfr. D. 43.17.1 pr. [Ulpiano], 43.31.1.1 [Ulpiano] – della tutela interdittale).

<sup>(45)</sup> Gai. 1.111; Gai. 2.90.



disciplinata tenendo conto anche del suo specifico fondamento). La prima denominata ora “*proprietas*” e l’altra denominata – come era stato per altro da sempre – “*possessio*”.

Non si trattò tuttavia di un puro ritorno alle origini, né di un semplice fatto formale e terminologico. La lunga vigenza della complessa esperienza precedente lasciò importanti esiti sostanziali. La “*proprietas*” tardo-antica costituisce l’unica forma titolata di appartenenza, ma non coincide (nei contenuti e nella natura) con il “*dominium*” delle origini (che, pure, era stato anch’esso la sola forma originaria titolata).

Per approfondimenti: L. Solidoro Maruotti, *Abstraktes Eigentum e forme di appartenenza fondiaria nell’impero romano*, in *SDHI*. 67 (2001) 135-201; M. Fuenteseca Degeneffe, *La formación romana del concepto de propiedad*, Madrid 2004; S. Romeo, *L’appartenenza e l’alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano 2010.

SOMMARIO – Sulle cose si possono costituire «*iura in re aliena*» (n. 203), diritti reali cioè che insistono su cose appartenenti ad un diverso soggetto: servitù relative sia a fondi rustici che a fondi urbani (n. 204); usufrutto (n. 205), cui poi si ispirano nel tempo (distinguendosene) ulteriori diritti di contenuto più specifico (uso, abitazione, opere di schiavi ed animali: n. 206); superficie (n. 207); enfiteusi (n. 208). Costituisce, da età risalente, *ius in re aliena* anche il diritto che attribuisce al creditore la facoltà di soddisfarsi, in caso di inadempimento, su beni del debitore (dei quali abbia già ricevuto il possesso o che siano stati comunque anche solo vincolati a quello scopo, benché mantenuti nel possesso del debitore): *pignus* (n. 209).

### 203. *Premessa.*

Come già sappiamo [145], le cose corporali si prestano a rispondere agli interessi dei privati non solo attraverso le possibilità offerte dalla loro “proprietà” (nelle varie sue possibili configurazioni giuridiche, storicamente vigenti [178]), ma anche attraverso quelle che derivano dalle facoltà che possono essere attribuite a soggetti diversi da coloro ai quali esse appartengono. Sulla cosa concorreranno in questo caso le aspirazioni di chi le fa valere in considerazione del suo diritto di proprietà e quelle di chi le nutre come titolare di un “*ius in re aliena*”.

1. Si tratta di una possibilità che il diritto romano conobbe da epoca elevata e tuttavia non da sempre. In origine, non si concepì altra possibilità di relazione giuridica “qualificata” tra persona e “cosa” diversa dalla “appartenenza”. Solo in prosieguo di tempo – per assecondare gli sviluppi dell’economia ed il conseguente moltiplicarsi delle esigenze – i Romani elaborarono la possibilità che una medesima “cosa” materiale potesse rispondere alle esigenze di soggetti diversi non più tra loro in posizione paritaria, come avveniva nel caso di contitolarità del diritto (evenienza questa considerata da sempre come naturale e possibile), ma in posizione differenziata. La cosa – in termini di “proprietà” – era di un soggetto, ma sulla stessa gravava una posizione diretta ed immediata anche di un soggetto diverso, che la realizzava senza necessità di collaborazione alcuna da parte del proprietario. Il diritto di quest’ultimo ne restava condizionato, limitato perciò nelle sue concrete possibilità di esercizio, e tuttavia non privo di contenuto economico attuale.

2. La esistenza di *iura in re aliena* compare per la prima volta con il riconoscimento – in età probabilmente di poco successiva a quella decemvirale (ma la questione è incerta e discussa) – al proprietario di un fondo rustico di facoltà *in rem* (dunque direttamente esercitabili sulla cosa) per esigenze legate ad un più utile sfruttamento del proprio fondo (al quale si assicuravano, in particolare, più favorevoli condizioni dal punto di vista del suo collegamento con le vie di comunicazione o con le fonti di approvvigionamento delle acque).

3. Essa si svilupperà nel tempo attraverso il moltiplicarsi di tali possibilità, sia nel senso del progressivo riconoscimento di un sempre più arricchito numero di specifiche figure di *iura praediorum rusticorum* (di struttura giuridica analoga a quella delle figure primigenie), sia nel senso della estensione della possibilità a diritti analoghi, ma di struttura giuridica differenziata. Nacquero via via così – in una relazione temporale tra le stesse (di precedenza/successione cioè) non sempre pienamente ricostruibile – una serie di nuove figure di

diritti su cosa altrui (*iura in re aliena*) attributivi di facoltà che rispondevano ad esigenze varie di utilità immediata del titolare (e tali, per configurazione giuridica, da comportare anche una varia compressione del diritto del proprietario): *iura praediorum urbanorum* (regolavano anch'esse relazioni tra immobili vicini, ma ora urbani), confluiti con gli *iura praediorum rusticorum* nella più generale e comprensiva categoria delle *servitutes*<sup>(46)</sup>; *usufructus* (e poi figure di contenuto più circoscritto: *usus*, *habitatio*, *operae servorum et animalium*); *superficies*; *ius in agro vectigali* e *ius emphiteuticum*. E nacque anche una figura diretta ad attribuire al titolare un diritto rivolto ad assicurargli una posizione che non mirava più a facoltà di immediato esercizio, ma di esercizio piuttosto legato ad una evenienza futura: il mancato conseguimento di un credito. A differenza delle altre figure di *iura in re aliena* (che attribuivano facoltà di godimento del bene), il *pignus* (nella sua alternativa possibile configurazione di *pignus datum* e *pignus conventum*) attribuiva al titolare solo una garanzia (vincolava la cosa altrui per rendere più probabile il conseguimento del credito per il quale il *pignus* era stato costituito).

4. Il numero di tipologie di *iura in re aliena* si andò allargando senza altro limite che la loro compatibilità con la perdurante rilevanza economica dell'appartenenza della cosa al suo titolare.

Esse potevano dunque apparire giustificate sia se costituite in perpetuo sia se costituite temporaneamente. Se costituite in perpetuo, esse potevano esserlo però in quanto il proprietario conservasse la possibilità di trarre attuali utilità economiche dalla propria cosa. Se esse erano invece tali da privare il proprietario di ogni beneficio economico, potevano essere costituite solo se lo erano per un tempo limitato. Ciò spiega la ragione per la quale il loro numero si configurò – nella fase ultima della esperienza romana – come un numero ormai “chiuso”. Oltre le figure emerse, nessun'altra appariva possibile (tutte quelle in qualche modo compatibili con la proprietà altrui della cosa essendo state ormai individuate, sino al limite estremo di una compatibilità costituita dal riconoscimento al proprietario di un mero canone perpetuo).

Il limite estremo raggiunto con superficie ed enfiteusi – compatibilità della proprietà “altrui” con il suo estrinsecarsi nel mero diritto al canone – ha reso fragile la giustificazione politica di tali così intensi vincoli al diritto di “proprietà” e aperto sempre perciò al dubbio – negli ordinamenti giuridici che assumono la possibile “proprietà” privata delle cose come un diritto qualificante del loro modo di concepire le relazioni economiche tra gli individui – della opportunità di continuare a dare ancora riconoscimento a quelle figure. Superficie ed enfiteusi erano legate oltretutto, nell'esperienza romana, solo alla sua età più tarda: quella dell'affievolirsi anche dell'antica visione della proprietà, concepita, più che come “espressione”, come “presupposto” della libertà dei singoli (per l'ovvia considerazione del suo legarsi, in concreto, alle possibilità loro offerte dalla disponibilità di mezzi economici – in particolare di quelli assicurati dai più importanti, come gli immobili – e dunque dalla conseguente libertà delle opzioni di vita rese da essi possibili). La loro sorte non è stata però pienamente comune. Mentre il diritto di enfiteusi ha visto restringere progressivamente il proprio rilievo sino ad essere caduto praticamente in disuso, quello di superficie (che già in età romana – quando acquistato ad esempio per compravendita o per cause liberali – non si distingueva di fatto, nei contenuti [207], dalla proprietà) ha ceduto piuttosto il passo alla possibilità di una proprietà edilizia separata dal suolo e perciò concepibile anche per piani.

## Sezione Prima

### STRUTTURA E VICENDE DEL RAPPORTO OBBLIGATORIO

SOMMARIO – Gli interessi patrimoniali possono realizzarsi anche attraverso la creazione di un vincolo che leghi giuridicamente una persona ad un'altra (*obligatio*: n. 210). Le obbligazioni comportano una tutela che si realizza in forme diverse, in dipendenza dell'ordinamento che le riconosce (n. 211). Esse prevedono una disciplina che tiene conto anche della condizione soggettiva delle parti e della eventuale natura accessoria che esse assumono rispetto al rapporto obbligatorio principale (nn. 212-217). Ogni obbligazione si caratterizza per la prestazione alla quale è esposto il debitore (n. 218); di essa sono elementi influenti sulla disciplina: l'oggetto, le modalità della sua determinazione e quelle della sua prevista consegna (n. 219). L'obbligazione si estingue con l'adempimento (n. 220), ma può estinguersi

---

<sup>(46)</sup> Gai. 2. 14.

anche per il verificarsi di fatti diversi, operanti sia *ipso iure* (per volontà dei soggetti o anche oggettivamente: nn. 221-223), sia come conseguenza invece di effetti processuali resi operanti da un'*exceptio* vittoriosamente esperita (n. 224). Il ritardo nell'adempimento (*mora*) ha conseguenze (n. 225), che si aggravano con il verificarsi del definitivo inadempimento (n. 226).

## 210. *L'obligatio*.

I diritti patrimoniali possono, come sappiamo [145], consistere non solo nell'appartenenza di cose corporali (*dominium* e figure assimilate [178]) o nella esistenza di una durevole ed indipendente posizione di vantaggio su cose corporali appartenenti ad altri (*iura in re aliena* [203]), ma anche nel vantaggio che deriva al soggetto dal potere nutrire "attese tutelate", tali perché assicurate, nella loro realizzazione, dal vincolo giuridicamente rilevante che lega nei suoi confronti un altro soggetto, che è appunto *obligatus* a lui.

A differenza di ciò che possiamo sperare di conseguire per effetto di un evento naturale nel quale confidiamo (una pioggia che ci esima dall'irrigare il nostro campo) o anche di un comportamento che altri ha promesso di tenere (e dal quale trarremo un beneficio: una vacanza, ad esempio, in una villa di campagna), le attese di cui parliamo sono caratterizzate dal dovere giuridicamente rilevante che la loro esistenza pone a carico di qualcuno. Promettere qualcosa può essere un fatto libero e spontaneo e può anche comportare in colui che promette un sentimento di impegno (morale) alla osservanza di esso assoluto (una stretta di mano, un cenno di assenso, una esplicita dichiarazione possono avere per la persona che li pone in essere un valore estremo). E tuttavia se l'impegno in questione non è anche "giuridicamente" rilevante, la eventuale mancata osservanza di esso non produrrà altra conseguenza che una delusione ed un giudizio di riprovazione morale della persona risultata inaffidabile. Altra cosa quando il dovere che grava su una persona ha rilevanza "giuridica". L'attesa che esso genera potrà anche essere nei fatti delusa. Ma – ove questo accadesse – l'interessato avrebbe ora (proprio perché il vincolo che legava a lui un diverso soggetto era "giuridico") rimedi. Avrà un'azione con la quale potrà reagire all'evenienza e ottenere assistenza pubblica, collettiva [294]: accertato il mancato "adempimento", graveranno sul soggetto responsabile le conseguenze di esso.

Ciò che dunque connota la situazione di cui ci occupiamo (*obligatio*) è il suo consistere in un "vincolo giuridico" che lega il "debitore" al "creditore". Celebre la definizione che, in questi termini, se ne legge nelle istituzioni imperiali: "*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*"<sup>(47)</sup> (l'obbligazione è un vincolo giuridico, in forza del quale siamo tenuti dalla necessità di adempiere a qualche cosa, secondo le norme del nostro ordinamento).

1. Il vincolo generato dalla *obligatio* potrà comportare tanto il diritto ad ottenere un bene materiale (una cosa, un servizio, una prestazione sostitutiva di una dovuta e mancata), quanto anche quello di mantenere (per un tempo e/o una ragione definita) la disponibilità materiale di una cosa (si pensi, ad esempio, al diritto del conduttore ad avere con sé la cosa locata, o a quello, analogo, del creditore pignoratizio o del comodatario). Esso crea dunque una soggezione, che non ha tuttavia carattere reale. Il creditore né farà sua la cosa *obligata* eventualmente ottenuta (negli esempi: in locazione, in pegno o in comodato), né potrà compiere atti imperativi nei confronti del debitore. Come precisava Paolo<sup>(48)</sup>, "*obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum autem servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*" (la sostanza delle obbligazioni non consiste nel rendere nostro un *corpus* o nel creare una dipendenza servile a nostro favore, ma è rivolta a vincolare un altro a noi affinché dia, faccia o presti). Il creditore potrà ottenere ciò a cui ha diritto solo attraverso i mezzi "giuridici" – predisposti a suo favore – da lui esperibili nei confronti del debitore, in forza del "vincolo" che grava su di lui. Ma senza la sua collaborazione (spontanea o giuridicamente coatta) egli non potrà, in alcun modo, realizzare il proprio materiale interesse. La sua è una pretesa *in personam* [145].

2. Il rapporto "obbligatorio" vede, come propri soggetti, un "creditore" (colui che ha diritto) ed un "debitore" (colui che è vincolato nei suoi confronti). Ed ha come proprio contenuto doveroso quello di eseguire una "prestazione".

3. La prestazione può rendere necessari comportamenti vari. Essa può comportare un dovere di *dare* (espressione con la quale si indica il trasferimento civile di proprietà<sup>(49)</sup>) che il debitore è tenuto a realizzare

---

<sup>(47)</sup> Inst. 3.13 pr.

<sup>(48)</sup> D. 44.7.3 (Paolo).

<sup>(49)</sup> Gai. 4.4. Cfr. D. 45.1.91 pr. (Paolo).

in favore del creditore), un dovere di *facere* (di tenere un'attività: la quale potrà, a sua volta, consistere, più precisamente, nella consegna di una cosa o in un comportamento, positivo o negativo) ovvero infine un dovere di *praestare*, di sostituire cioè, con la propria, la mancata prestazione di un diverso debitore.

Le ragioni per le quali la denominazione generale comprende non solo ciò che costituisce strettamente un *praestare* (lo “stare” invece di altri), ma anche ciò che costituisce *dare* o *facere* (anche nel senso di *non facere* o *pati*<sup>(50)</sup>) non sono chiare. L'opinione comune è nel senso che essa sia la conseguenza di una originaria rilevanza del “vincolo” solo in quanto assunto per assicurare un comportamento altrui, della cui inosservanza colui che lo assumeva diveniva perciò, giuridicamente, il solo responsabile.

Per approfondimenti: G. Falcone, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino 2009; V. Giuffrè, *La definizione di “obligatio” nelle “Gai Institutiones”*. Un'isola che non c'è?, in *Ivra* 64 (2016) 101-126.

## 211. *Obbligazioni civili e obbligazioni onorarie.*

Il vincolo generato dall'*obligatio* è “giuridico” perché fa nascere a favore del creditore il diritto ad esercitare – ove il debitore non compia la prestazione dovuta – un'*actio* [294]. La facoltà dunque di sollecitare una procedura pubblica per fare accertare la mancata osservanza del dovere e porre le conseguenti premesse (*iudicatum* [212]) per ottenere la sanzione prevista.

Una precisazione è tuttavia necessaria.

1. Come sappiamo, l'ordinamento romano fu presto (da quando in particolare crebbe il rilievo della *iurisdictio* magistratuale [87]) caratterizzato dalla coesistenza di tutele previste da regole stabili (*mores e leges* [85]) – che davano fondamento al *ius civile* [74] – e di tutele che trovavano invece fondamento nella statuizione (*edictum*) di un magistrato fornito di *iurisdictio* ed attuavano perciò un diritto solo *honorarium* [287].

2. Le azioni fondate sul *ius civile* e quelle fondate sul *ius honorarium* non avevano la medesima regolamentazione (ancorché le une e le altre si esprimessero, dagli ultimi secoli almeno della repubblica, attraverso le stesse forme processuali (quelle della procedura *per formulas* [298]).

In età precedente, queste si erano invece differenziate. Le *legis actiones* erano state riservate infatti alle sole azioni civili<sup>(51)</sup>. Le azioni relative alle altre pretese erano state affidate ad una procedura diversa, di cui tuttavia conosciamo solo la esistenza, non le forme specifiche: anche chi mancava della condizione soggettiva di cittadinanza (*hostis*) ed era perciò privo di accesso alle *legis actiones* godeva tuttavia – già nelle XII tavole – di una tutela processuale cittadina<sup>(52)</sup>.

Le azioni civili erano esperibili senza limiti di tempo. Quelle onorarie subivano invece il limite di essere legate alla *iurisdictio* del magistrato che le aveva accordate<sup>(53)</sup>.

Ma differenze importanti si registrano anche quanto agli effetti preclusivi [304] del “giudicato” (sia pure secondo una logica non del tutto parallela<sup>(54)</sup>).

3. Tralasciando qui – per ovvie ragioni – ogni approfondimento, possiamo fissare comunque un punto certo: disporre di un'azione civile e disporre di un'azione pretoria non era la medesima cosa. Non era insomma irrilevante – per la disciplina delle obbligazioni – considerare anche il fondamento (civile o altro) della loro causa.

E ciò nonostante la intervenuta affievolita importanza del ruolo della *iurisdictio* magistratuale, quale effetto della nuova politica giudiziaria promossa dai principi [32]. Anche dopo la redazione dell'editto perpetuo, per iniziativa di Adriano [90] – ed il conseguente inaridirsi dell'editto come strumento vivo di

---

<sup>(50)</sup> Gai. 4.131.

<sup>(51)</sup> Cfr. Gai. 4.11.

<sup>(52)</sup> XII tav. 2.2, 6.4.

<sup>(53)</sup> Gai. 4.110.

<sup>(54)</sup> Gai. 4.103-109.

produzione normativa – restarono nondimeno attuali le differenze storicamente legate alla origine della tutela. Ciò che aveva avuto fondamento “pretorio” continuava a considerarsi (la cosa rileva persino per Giustiniano<sup>(55)</sup>) distinto da ciò che aveva avuto fondamento civile. E continuava perciò a ricevere conseguente coerente diversa disciplina.

La circostanza non riguardò, naturalmente, solo i rapporti obbligatori, dal momento che importanti differenze si registravano anche nelle altre materie, come quelle relative alle situazioni reali ed ai rapporti successori. Ma in materia obbligatoria, la cosa aveva incidenza maggiore, considerato il molto più ampio ventaglio di possibilità che essa offriva alla individuazione di possibili cause di vincolo (e la conseguente più larga possibilità di incertezza – in regime di giurisprudenza laica [78] – circa il riconoscimento della rilevanza giuridica di esse).

È possibile (come sottolineato da una larga dottrina) che il differente fondamento (civile o onorario) della *obligatio* fosse formalmente rimarcato dal fatto che solo quella civile avrebbe comportato l'esistenza di un *oportere* a carico del debitore, di un vincolo denominato appunto nel modo in cui esso veniva affermato nelle *legis actiones*, nelle quali l'attore dichiarava solennemente (agendo nelle loro forme *in personam* [166-167]) l'esistenza appunto di un *oportere*, di un dovere inderogabile (*oportere* appunto) a carico dell'avversario<sup>(56)</sup>. Per l'*obligatio* avente fondamento pretorio, si sarebbe parlato piuttosto dell'esistenza di un dovere meno intenso, di un “*teneri*”, sostenuto da una soggezione più fattuale (tale perché legata ad una causa che trovava riconoscimento solo nell'editto).

Per approfondimenti: R. Cardilli, *Damnatio e oportere nell'obbligazione*, Napoli 2016.

---

<sup>(55)</sup> Inst. 4.12 pr. Cfr. anche: Inst. 3.13.1-2.

<sup>(56)</sup> Gai. 4.17a, Prob. 4.1.