



Roberto De Ruggiero Salvatore Riccobono Filippo Vassalli

Lezioni 1930-1932

Scuola di Diritto Romano e Diritti Orientali
raccolte da Károly Visky

a cura di Gábor Hamza

introduzione di Oliviero Diliberto

trascrizione e note al testo di Livia Migliardi Zingale



Jovene editore
Napoli 2015

LEZIONI 1930-1932
SCUOLA DI DIRITTO ROMANO
E DIRITTI ORIENTALI
RACCOLTE DA KÁROLY VISKY

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA «LA SAPIENZA»

1. LEOPOLDO TULLIO (a cura di), *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999*, 2006.
2. FABIO VECCHI, *Gli accordi tra potestà civili ed autorità episcopali*, 2006.
3. ANDREA LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica. Problemi e ipotesi*, 2007.
4. BEATRICE SERRA, *Arbitrium et aequitas nel diritto amministrativo canonico*, 2007.
5. GIANLUCA BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, 2007.
6. LUIGI COLACINO CINNANTE, *Pubblica amministrazione e trasformazioni dell'ordinamento*, 2007.
7. G. CASSANDRO - A. LEONI - F. VECCHI (a cura di), *Arturo Carlo Jemolo. Vita ed opere di un italiano illustre. Un Professore dell'Università di Roma*, 2007.
8. ROBERTA CALVANO (a cura di), *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, 2007.
9. LAURA RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, 2007.
10. VINCENZO CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, 2007.
11. FABIO FRANCESCHI, *La condizione degli enti ecclesiastici in Italia nelle vicende politico-giuridiche del XIX secolo*, 2007.
12. SILVIA SEGNALINI, *L'editto Carboniano*, 2007.
13. VINCENZO MARINELLI, *Studi sul diritto vivente*. Prefazione di Augusto Cerri, 2008.
14. PAOLA COCO, *L'imputazione del contributo concorsuale atipico*, 2008.
15. MAURA GARCEA, *I gruppi di società di persone*, 2008.
16. FRANCO MODUGNO - PAOLO CARNEVALE (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa. IV. Ancora in tema di fonti del diritto e rapporti Stato-Regione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, 2008.
17. MARCO GAMBARDELLA, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, 2008.
18. GIUSEPPE CRICENTI, *I diritti sul corpo*, 2008.
19. DONATELLA BOCCHESI, *L'ipoteca sulla nave in costruzione*, 2008.
20. ELEONORA RINALDI, *Legge ed autonomia locale*, 2008.
21. LUCIA GIZZI, *Il getto pericoloso di cose*, 2008.
22. GIANLUCA CIAMPA, *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, 2008.
23. ROMOLO DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, 2008.
24. ELENA TASSI SCANDONE, *Leges Valeriae de provocatione. Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, 2008.
25. ALESSANDRO ZAMPONE, *Il rischio dell'impossibilità della prestazione nel contratto di passaggio*, 2008.

26. FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, 2008.
27. VALERIO MAIO, *Contratto collettivo e norme di diritto*, 2008.
28. LUIGI PRINCIPATO, *La pubblicità commerciale. Fondamento costituzionale e limiti*, 2008.
29. MASSIMILIANO PACIFICO, *Il danno nelle obbligazioni*, 2008.
30. FRANCO MODUGNO (a cura di), *Attuazione e integrazione della Costituzione*, 2008.
31. LEOPOLDO TULLIO (a cura di), *Nuovi profili di responsabilità e di assicurazione nel diritto aeronautico - Nuevos enfoques de la responsabilidad y del seguro en el derecho aeronáutico*, 2009.
32. ANDREA BARTOCCI, *Ereditare in povertà. Le successioni a favore dei Frati Minori e la scienza giuridica nell'età avignonese (1309-1376)*, 2009.
33. GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Francesco Santoro-Passarelli e l'autonomia collettiva. Prima e dopo*, 2009.
34. DANIELE PICCIONE, *Libertà costituzionali e giudice amministrativo*, 2009.
35. ROBERTA PELEGGI, *La compensazione: profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, 2009.
36. BERARDINO LIBONATI (a cura di), *Giuseppe Ferri e il legislatore*, 2009.
37. ALESSANDRA MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, 2009.
38. EMILIANO MARCHISIO, *Usi alternativi del gruppo di società. La regolazione dei gruppi tra disciplina del «governo» delle società e diritto settoriale delle imprese*, 2009.
39. AA.VV., *Studi in memoria di Gian Antonio Micheli*, 2010.
40. INES CIOLLI, *Il territorio rappresentato. Profili costituzionali*, 2010.
41. DOMENICO MEZZACAPO, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, 2010.
42. ALESSANDRO ODDI, *Il «giusto processo» dinanzi alla Corte dei conti*, 2010.
43. NICOLA VICECONTE, *La forma di governo nelle regioni ad autonomia ordinaria. Il parlamentarismo iper-razionalizzato e l'autonomia statutaria*, 2010.
44. GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Rappresentanza sindacale e contratto collettivo*, 2010.
45. MARIA CHIARA GERMANI, *La tutela penale delle dichiarazioni «testimoniali» rese nel corso di un procedimento penale*, 2010.
46. ROBERTA APRATI, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, 2010.
47. LINDA CERASO, *I servizi di interesse economico generale e la concorrenza «limitata». Profili interni, comunitari e internazionali*, 2010.
48. LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI, *Scritti scelti*, 2010.
49. SILVIA SPINACI, *Libertà di circolazione, cittadinanza europea, principio di eguaglianza*, 2011.
50. IRENE SIGISMONDI, *Il principio del buon andamento tra politica e amministrazione*, 2011.
51. BARBARA MASTROPIETRO, *Destinazione di beni ad uno scopo e rapporti gestori*, 2011.

52. ROMOLO DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, 2011.
53. APAC (a cura di), *Prospettive per un governo dell'aviazione civile in Italia. Quale veste giuridica per l'ENAC* (Roma, 26 maggio 2010), 2011.
54. ERNESTO APA, *La pubblicità commerciale. Struttura, natura e referenti costituzionali*, 2011.
55. SIRO DE FLAMMINEIS, *Forme e specie della partecipazione nel medesimo reato*, 2011.
56. ANDREA MIGLIONICO, *La tutela del risparmio fra intervento pubblico e gestione privata*, 2011.
57. MARIA TERESA NAPOLI, *La Regia Monarchia di Sicilia. «Ponere falcem in alienam messem»*, 2012.
58. NICOLA MADÍÁ, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, 2012.
59. AA.VV., *Per Gaetano Lo Castro. Omaggio degli allievi*, 2012.
60. AA.VV., *Il lavoro nei call center: profili giuridici*, 2012.
61. DANIELA DI OTTAVIO, *Ricerche in tema di «querela inofficiosi testamenti». I. Le origini*, 2012.
62. ERSI BOZHEKU, *L'infanticidio. Spunti e rilievi di parte generale*, 2012.
63. GIOVANNI BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, 2012.
64. PASQUALINA FARINA, *L'aggiudicazione nel sistema delle vendite forzate*, 2012.
65. ROBERTA CALVANO, *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, 2012.
66. PAOLA COCO, *La tutela della personalità individuale nel nuovo sistema 'antistalking'*, 2012.
67. FULVIO COSTANTINO, *Autonomia dell'amministrazione e innovazione digitale*, 2012.
68. FRANCESCO COMPAGNA, *Illecito penale ed insindacabilità parlamentare*, 2012.
69. MARIA CHIARA ROMANO, *Autonomia comunale e situazioni giuridiche soggettive. I regolamenti conformativi*, 2012.
70. MARCO PIERDONATI, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. "pregnanti"*, 2012.
71. FRANCO VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani. I. La struttura giuridica*, 2012.
72. FRANCO VALLOCCHIA, *Studi sugli acquedotti pubblici romani. II. L'organizzazione giuridica*, 2012.
73. LIVIO SCAFFIDI RUNCHELLA, *Il riconoscimento delle unioni same-sex nel diritto internazionale privato italiano*, 2012.
74. ANGELO SCHILLACI, *Diritti fondamentali e parametro di giudizio. Per una storia concettuale delle relazioni tra ordinamenti*, 2012.
75. MARIA GRAZIA DELLA SCALA, *Società per azioni e Stato imprenditore*, 2012.
76. ANTONIO FIORELLA - ALFONSO MARIA STILE (a cura di), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. First Colloquium*, 2012.
77. LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI - GIOVANNI FINAZZI (a cura di), *Ricordo di Mario Talamanca*, 2012.

78. LAURA ZOPPO, *La soluzione delle controversie commerciali tra Stati tra multilateralismo e regionalismo*, 2013.
79. LAURA MOSCATI (a cura di), *Dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, 2013.
80. ELISA OLIVITO, *Le finzioni giuridiche nel diritto costituzionale*, 2013.
81. GUIDO ALPA - ALESSANDRO SCHIESARO (a cura di), *Teoria e prassi della giustizia. Un dialogo tra Accademia Magistratura e Avvocatura*, 2013.
82. ANGELO CASTALDO - FRANCESCA CERNUTO, *Essential Facility Doctrines: tra evoluzione e nuovi orizzonti. Alla ricerca di un test sistematico*, 2013.
83. MARIA CHIARA ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, 2013.
84. LUCA DI DONNA, *Gentlemen's agreements. Notazioni sulla fenomenologia degli accordi*, 2013.
85. ALFONSO MARIA STILE - VINCENZO MONGILLO - GIOVANNI STILE (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti collettivi: a dieci anni dal d.lgs. n. 231/2001. Problemi applicativi e prospettive di riforma*, 2013.
86. GIOVANNI MARCHIAFAVA, *La natura giuridica dei Protecting & Indemnity Clubs inglesi*, 2013.
87. ELENA TASSI SCANDONE, *Quodammodo divini iuris. Per una storia giuridica delle res sanctae*, 2013.
88. GABRIELLA TOTA, *Individuazione e accertamento del credito nell'espropriazione forzata presso terzi*, 2014.
89. MARIO CARVALE e FRANCESCA LAURA SIGISMONDI (a cura di), *La Facoltà giuridica romana in età liberale. Prolusioni e discorsi inaugurali*, 2014.
90. LUIGI PACIFICI, *Riflessi penalistici del principio di separazione tra politica e amministrazione*, 2014.
91. RACHELE HASSAN, *La poesia e il diritto in Orazio. Tra autore e pubblico*, 2014.
92. ALFONSO M. STILE - ANTONIO FIORELLA - VINCENZO MONGILLO (a cura di), *Infortuni sul lavoro e doveri di adeguata organizzazione: dalla responsabilità penale individuale alla «colpa» dell'ente*, 2014.
93. GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Una fattispecie in via di trasformazione?*, 2015.
94. DONATELLA BOCCHESI, *I diritti aeroportuali. Dalle origini ai nostri giorni*, 2015.
95. ORAZIO LICANDRO, *L'irruzione del legislatore romano-germanico. Legge, consuetudine e giuristi nella crisi dell'Occidente imperiale (V-VI sec. d.C.)*, 2015.
96. ANTONIO FIORELLA - ANNA SALVINA VALENZANO (a cura di), *La responsabilità dell'ente da reato nella prospettiva del diritto penale 'globalizzato'*, 2015.
97. ROBERTA TISCINI (a cura di), *Il processo del lavoro quarant'anni dopo: bilanci e prospettive*, 2015.
98. ANTONIO FIORELLA - ROBERTO BORGOGNO - ANNA SALVINA VALENZANO (a cura di), *Prospettive di riforma del sistema italiano della responsabilità dell'ente da reato anche alla luce della comparazione tra ordinamenti*, 2015.

99. ANGELO LALLI, *I beni pubblici. Imperativi del mercato e diritti della collettività*, 2015.
100. ANTONELLA MARANDOLA - KATIA LA REGINA - ROBERTA APRATI, *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014, al d.lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, 2015.
101. ROBERTO DE RUGGIERO - SALVATORE RICCOBONO - FILIPPO VASSALLI, *Lezioni 1930-1932. Scuola di diritto romano e diritti orientali raccolte da Károly Visky*, 2015.

ROBERTO DE RUGGIERO SALVATORE RICCOBONO
FILIPPO VASSALLI

LEZIONI 1930-1932
SCUOLA DI DIRITTO ROMANO
E DIRITTI ORIENTALI

RACCOLTE DA KÁROLY VISKY

CON IN APPENDICE

IL CRISTIANESIMO E IL REGOLAMENTO DEL DIVORZIO
NEL DIRITTO DELLE NOVELLE

TESI DI DIPLOMA 1932

DI KÁROLY VISKY

a cura di GÁBOR HAMZA

Introduzione di

OLIVIERO DILIBERTO

Trascrizione e note al testo di

LIVIA MIGLIARDI ZINGALE



JOVENE EDITORE
NAPOLI 2015

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2015

ISBN 978-88-243-0000-0

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli - Italia

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

OLIVIERO DILIBERTO

Introduzione p. 1

GÁBOR HAMZA

Károly Visky, Nota biografica (1908-1984) » 9

FILIPPO VASSALLI

Diritto greco-romano (bizantino) (a.a. 1930-31) » 17

ROBERTO DE RUGGIERO

Papirologia giuridica (a.a. 1931-32) » 37

SALVATORE RICCOBONO

Esegesi di diritto romano (a.a. 1931-1932) » 75

APPENDICE

CARLO VISKY

*Il Cristianesimo e il regolamento del divorzio nel diritto delle
Novelle. Tesi per il diploma in diritto romano* » 135

OLIVIERO DILIBERTO

INTRODUZIONE

1. Quando Károly Visky incomincia a frequentare a Roma la “Scuola di Diritto Romano e Diritti Orientali”, tra il 1930 e il 1932, ha solo ventidue anni: ma si è già distinto nel suo Paese, l’Ungheria, per la brillantezza negli studi¹. Seguiranno, per lui, decenni operosissimi sia in campo scientifico giusromanistico, sia nella vita pubblica: sino ad essere chiamato a ricoprire, nel 1973, l’altissimo incarico di Presidente della Corte Suprema di Cassazione del suo Paese.

Del valente giusromanista ungherese, l’allievo Gábor Hamza ha tratteggiato magistralmente la figura nella *Nota biografica* che segue: mi limiterò, pertanto, semplicemente, a svolgere poche considerazioni allo scopo di raccontare la genesi di questo volume.

Pubblichiamo, infatti, in questa sede gli appunti che Visky prese – e diligentemente, accuratamente trascrisse su appositi quaderni – durante la frequenza delle lezioni della Scuola romana: prima, tuttavia, di parlare di quei quadernetti, giova premettere qualche breve, necessaria osservazione sulla Scuola medesima.

La “Scuola di Diritto Romano e Diritti Orientali”, sin dalla sua nascita, faceva istituzionalmente parte – come recitava lo Statuto dell’Università romana “La Sapienza” – della Facoltà di Giurisprudenza²: non era stato così pacifico come potrebbe sembrare, poiché non pochi erano stati, agli esordi della Scuola, i

¹ Cfr. *infra* la *Nota biografica* di Károly Visky, a cura di Gábor Hamza.

² Sulle vicende e la storia della Scuola, v., per i primi, essenziali riferimenti: M. TALAMANCA, *Diritto romano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia* (Conve-

contrasti con la Facoltà di Lettere, presso la quale esisteva sin dal 1903 una Scuola Orientale³.

La “Scuola di Diritto Romano e Diritti Orientali” sorse, dunque, nell’a.a. 1919-1920, quale “Sezione orientale” della Facoltà giuridica romana. L’impresa coloniale libica e la conseguente attenzione politica ed economica all’area del Mediterraneo erano state certo funzionali alla sua nascita: e, con una buona dose di spregiudicatezza e un notevole margine di ambiguità, la Scuola era stata anche presentata come occasione per la “formazione dei quadri dei funzionari coloniali”: sono parole di Mario Talamanca⁴.

La Scuola, peraltro, era stata “progettata e voluta” da uno studioso alquanto bizzarro (ed intrinsecamente modesto, come ricorda lo stesso Talamanca) quale Evaristo Carusi⁵, che godeva dell’autorevole protezione di Pietro Bonfante.

Negli anni in cui la frequentò Visky, la Scuola era di durata biennale e conferiva tre diversi livelli di diploma finale: I. *Diritto romano*; II. *Diritti orientali*; III. *Diritto romano e diritti orientali*. Per conseguire il diploma, oltre al positivo superamento dei diversi esami di profitto, di cui dirò appresso, occorreva presentare, al termine degli studi, una dissertazione scritta “fondata su ricerche originali” e una tesi orale di materia diversa.

gno Messina - Taormina, 1981), Milano 1982, 701 ss.; M. TALAMANCA, *Un secolo di «Buletino»*, in *BIDR*, XCI, 1988, LXXIII ss.; G. FERRI, *Origine e sviluppo dei Corsi di perfezionamento in diritto romano dell’Università di Roma «La Sapienza»*, in *BIDR*, CV, 2011, 437 ss.; O. DILIBERTO, *Mario Talamanca e il corso di perfezionamento in diritto romano. Il ricordo di un allievo*, in *Ricordo di Mario Talamanca* (L. Capogrossi Colognesi - G. Finazzi cur.), Napoli 2012, 39 ss.; A. FIORI, *Le prolusioni storico-giuridiche e romanistiche della Facoltà di Giurisprudenza (1871-1922)*, in *La Facoltà giuridica romana in età liberale*, M. CARVALE e F.L. SIGISMONDI cur., Napoli 2014, 463 ss.

³ Per tutti, v. ora A. FIORI, *Le prolusioni storico-giuridiche*, cit., 464.

⁴ M. TALAMANCA, *Un secolo*, cit., LXXIV.

⁵ M. TALAMANCA, *Un secolo*, cit., LXXIII. Sulla figura di Carusi, v. anche la documentata ricerca di L. ATZERI, *La «Storia del diritto antico» e una lettera inedita di Paul Koschaker*, in *Iuris Antiqui Historia*, II, 2010, spec. 200 ss. e, ultimamente, C. SIMONETTI, s.v. “Carusi Evaristo”, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)* (I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletto dir.), I, Bologna 2013, 471 s.; A. FIORI, *Le prolusioni storico-giuridiche*, cit., 464 ss.

Per conseguire, inoltre, uno dei due diplomi che concernevano anche i diritti orientali (II e III, già ricordati), oltre a sostenere alcuni altri esami di profitto presso le Facoltà di Scienze Politiche e di Lettere⁶, occorreva anche dimostrare la conoscenza degli “elementi di una delle tre lingue: araba, siriana, ebraica”.

Un tirocinio formidabile, dunque.

2. Le diverse materie e i relativi insegnanti, negli anni in cui Visky frequentò con gran profitto la Scuola, erano i seguenti (così come riportati negli originali dei programmi della Scuola, conservati negli archivi della “Sapienza”)⁷:

A.A. 1929-1930:

1. Istituzioni di diritto romano: V. Scialoja
2. Storia del diritto romano: P. De Francisci
3. Diritto romano: E. (P.)⁸ Bonfante
4. Esegesi di diritto romano (*sic*): P. Bonfante
5. Diritto pubblico romano: N.N.
6. Diritto comune: E. Carusi

⁶ Le altre materie, previste nelle Facoltà di Scienze Politiche e Lettere, erano obbligatorie solo per il conseguimento dei due diplomi concernenti i Diritti orientali. Si trattava di: *Legislazione coloniale* (E. Cucinotta); *Storia delle colonie e politica coloniale* (C. Manfroni); *Storia economica* (P. Bonfante), tutte a Scienze Politiche. Presso la Facoltà di Lettere: *Storia romana* (E. Pais); *Storia bizantina* (L. Cantarelli); *Epigrafia e antichità romane* (G. Cardinali, materia che nel programma ufficiale della Scuola diventa *Epigrafia giuridica tout court*); *Archeologia orientale e Assiriologia* (G.C. Teloni).

⁷ I documenti originali, dai quali traggio queste informazioni, sono stati rinvenuti presso l'Archivio dell'Ateneo romano dal collega Giordano Ferri, brillante storiografo della Scuola (cfr. *supra* nt. 3).

⁸ La lettera E. per Bonfante deve essere frutto di un refuso tipografico: immagino si tratti sempre di Pietro Bonfante, titolare dell'insegnamento sub 4. (*Esegesi di diritto romano*), anche perché, dal programma ufficiale da me consultato, risulta che le lezioni di *Diritto romano* (insegnante il fantomatico E. Bonfante) erano fissate negli stessi giorni di quelle dell'*Esegesi* (giovedì e venerdì; il *Diritto romano* era previsto anche il sabato), ma nell'ora immediatamente precedente (*Diritto* dalle 15.00 alle 16.00; *Esegesi* dalle 16.00 alle 17.00): si può dunque presumere che Bonfante tenesse le due lezioni di seguito l'una all'altra. Il refuso, peraltro, seguirà, per così dire tralaticia-mente, anche nei programmi ufficiali della Scuola degli a.a. 1930-31 e 1931-32.

7. Diritto greco-romano: P. De Francisci
8. Epigrafia giuridica: G. Cardinali (presso la Facoltà di Lettere)
9. Papirologia giuridica: P. De Francisci
10. Diritto musulmano: E. Carusi
11. Introduzione allo studio del Diritto comparato: N.N.

A.A. 1930-1931:

1. Istituzioni di diritto romano: V. Scialoja
2. Storia del diritto romano: P. De Francisci
3. Diritto romano: E. (P.)⁹ Bonfante
4. Esegesi di diritto romano: P. Bonfante
5. Diritto pubblico romano: N.N.
6. Diritto comune: E. Carusi
7. Diritto greco-romano: F. Vassalli
8. Epigrafia giuridica: G. Cardinali (presso la Facoltà di Lettere)
9. Papirologia giuridica: P. De Francisci
10. Diritti orientali mediterranei: E. Carusi
11. Diritto musulmano: E. Carusi
12. Introduzione allo studio del Diritto comparato: N.N.

A.A. 1931-1932:

1. Istituzioni di diritto romano: E. Albertario
2. Storia del diritto romano: ufficialmente, sul programma a stampa, P. De Francisci, ma in realtà¹⁰: S. Riccobono
3. Diritto romano: ufficialmente, sul programma a stampa, E. (P.)¹¹ Bonfante¹², ma in realtà: S. Riccobono

⁹ Cfr. *supra* la nt. 8.

¹⁰ Le correzioni dei nomi dei diversi titolari degli insegnamenti (anche quelli sub 3. e 7.), apposte con matita e seguite da un numero d'ordine, appaiono nel programma ufficiale a stampa, conservato presso l'Archivio dell'Università di Roma "La Sapienza": tutto fa pensare si tratti di correzioni "ufficiali", di mano della segreteria o della direzione stessa della Scuola.

¹¹ Cfr. *supra* la nt. 8.

¹² Sarebbe stato anche l'ultimo anno della vita di Pietro Bonfante, che scompare, come noto, il 21 novembre del 1932: cfr., per tutti, ora L. CAPOGROSSI COLOGNESI, s.v.

4. Esegesi di diritto romano: S. Riccobono
5. Diritto pubblico romano: N.N.
6. Diritto comune: E. Carusi
7. Diritto greco-romano: ufficialmente, sul programma a stampa, F. Vassalli, ma in realtà: E. Albertario
8. Epigrafia giuridica: N.N.
9. Papirologia giuridica: R. De Ruggiero
10. Diritti orientali mediterranei: E. Carusi
11. Diritto musulmano: E. Carusi
12. Introduzione allo studio del Diritto comparato: N.N.

3. Come è facile intendere, si trattava di insegnamenti e di docenti dal prestigio altissimo¹³: Visky segue dunque i corsi per conseguire il primo diploma previsto dalla Scuola (*Diritto romano*), prende dettagliati appunti in lingua italiana, supera brillantemente i relativi esami di profitto e infine consegue il diploma medesimo.

Bene, grazie al lavoro (ed alla squisita cortesia) dell'amico e collega carissimo Gábor Hamza, possiamo oggi pubblicare in questa sede gli appunti inediti di alcune delle lezioni frequentate da Visky, limitandoci – tra i molti quaderni di appunti conservati negli anni dal medesimo Visky – a quelle più interessanti dal punto di vista giusromanistico (*Il diritto greco-romano* di Filippo Vassalli, a.a. 1930-31; la *Papirologia giuridica* di Roberto De Ruggiero e l'*Esegesi del diritto romano* di Salvatore Riccobono, entrambe dell'a.a. 1931-1932).

Gli appunti presi da Visky sono straordinariamente ordinati, sicuramente frutto di una trascrizione successiva dell'allora di-

“Bonfante, Pietro”, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, I, cit., 292 ss. Pochi giorni dopo, il 5 dicembre del '32, sarebbe scomparso anche Roberto De Ruggiero, che aveva appena svolto il corso di *Papirologia giuridica* (cfr. A. DI MAJO, s.v. “De Ruggiero, Roberto”, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, I, cit., 716 s.).

¹³ Ancorché colpisca la persistente presenza, in diversi (direi anzi disparati) insegnamenti, di Evaristo Carusi, studioso molto discusso (cfr. *supra*, §. 1) e – da quanto risulta appunto dagli insegnamenti i più vari da lui ricoperti – anche piuttosto “eclettico”.

plomando ungherese, rispetto a quelli presi originariamente durante le lezioni: chiari e scritti, come detto, in una limpida lingua italiana. I relativi quaderni originali, grazie al dono del medesimo Hamza, sono oggi conservati presso la Biblioteca della Sezione di diritto romano della “Sapienza”.

Non ci si aspetti – come ovvio: si tratta pur sempre di lezioni – di rinvenire in tali materiali novità scientifiche di particolare rilievo. Sono, tuttavia, documenti di una didattica densa e appassionata, rivolta a giovani destinati – il più delle volte – a brillanti carriere (è il caso di Visky), testimonianza di un momento cruciale e vitalissimo della giusromanistica italiana.

Questi materiali, sino ad oggi inediti, contribuiscono, infatti, a ricostruire una temperie culturale e scientifica di anni decisivi per la nostra disciplina, perfezionando le nostre conoscenze concernenti il pensiero di grandi studiosi che – possiamo ben dirlo – *fundaverunt* nella prima metà del '900 il diritto romano in Italia (e non solo): ma si tratta, altresì, come notissimo, di scienziati del diritto che contribuirono in misura decisiva anche alla *fondazione* del diritto civile italiano *tout court* in decenni di straordinaria operosità.

Grazie a tali materiali, inoltre, si accrescono le nostre conoscenze sulla storia della *Scuola di diritto romano* della “Sapienza” di Roma, denominata successivamente *Scuola* (e poi) *Corso di Perfezionamento in Diritto Romano e Diritti dell'Oriente Mediterraneo* ed infine, dal 2002, *Corso di Alta Formazione in Diritto Romano*, ancora solidamente esistente ed operante, dopo quasi un secolo, con caratteri ancor oggi internazionali: più della metà degli iscritti dell'anno in corso provengono infatti da Paesi diversi dal nostro.

Pubblichiamo, altresì, in questa stessa sede, la dissertazione – dattiloscritta in questo caso – presentata da Visky per il conseguimento del diploma, anch'essa sin qui inedita (*Il Cristianesimo e il regolamento del divorzio nel diritto delle Novelle*, relatore Filippo Vassalli, giugno del 1932): la circostanza insolita è che il frontespizio recita: “Tesi *orale*¹⁴ per il conseguimento del diploma in Diritto romano”. Ma il testo è interamente dattilo-

scritto (e corredato di note) come se si trattasse, appunto, della redazione di una dissertazione non già orale, bensì scritta: non è dato sapere se si tratti di un equivoco (la qual cosa mi pare poco probabile) o se Visky avesse comunque preferito mettere per iscritto anche la dissertazione orale: ma l'assenza, tra le sue carte, del testo della (eventuale) altra dissertazione scritta rende arduo formulare un'ipotesi convincente.

In tal modo, i documenti che qui si pubblicano ci consentono anche di conoscere il pensiero di uno studioso di valore quale Visky, su un tema bizantinistico per lui non usuale, peraltro sotto il magistero di un giurista di straordinario spessore quale Filippo Vassalli.

Sono materiali, in conclusione, che contribuiscono ad accrescere in me, che scrivo queste brevi note, il convincimento – sempre più forte – della profonda saggezza di un celebre aforisma, probabilmente risalente a Bernardo di Chartres. Concepito nel remoto XII secolo, è stato chiosato poi all'infinito, come in un gioco di specchi e di citazioni, sino ai nostri giorni: se noi contemporanei riusciamo a vedere lontano, è soltanto perché siamo *nani issati sulle spalle di giganti*¹⁵.

¹⁴ Il corsivo è mio.

¹⁵ Sul quale rimando allo stupefacente volume di R. K. MERTON, *Sulle spalle dei giganti. Poscritto shandiano*, Bologna 1991 [ed. or. 1965].

GÁBOR HAMZA

KÁROLY VISKY
NOTA BIOGRAFICA
(1908-1984)

Károly Visky, studioso eminente nel campo della giusromantica ungherese e internazionale, svolse i propri studi a Szatmárnémeti e a Debrecen. Dopo l'esame di maturità, continuò gli studi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Debrecen, ove conseguì la laurea nel 1930 attraverso una *promotio sub auspiciis gubernatoris* per eccezionali meriti negli studi. In quanto eminente allievo di Géza Marton (1880-1957), professore di diritto romano, tra il 1930 e il 1932 – durante quattro semestri –, seguì i corsi della Scuola di Diritto Romano e Diritti Orientali presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma „La Sapienza”, ancora esistente – con diversa denominazione – al giorno d'oggi. Nel 1932 ottenne il diploma del Corso con un risultato ritenuto eccellente anche a livello internazionale: ottenne, infatti, i migliori voti tra gli studenti rappresentanti 27 nazioni. Divenne così allievo di fama internazionale di Bonfante e di Riccobono.

Nel 1936 si qualificò all'esame per giudici e avvocati con ottimo risultato. Nel 1939 passò sei mesi a Parigi grazie a una borsa di studio, durante i quali proseguì nelle ricerche di diritto romano. In seguito al suo ritorno in Ungheria, continuò sempre ad occuparsi di diritto romano, nonostante lavorasse anche al Ministero della Giustizia. Nel 1942 Visky presentò domanda di abilitazione al professor Marton, il quale era professore ordinario di diritto romano dal 1937 a Budapest: divenne quindi Egli

stesso libero docente presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Budapest in seguito alla pubblicazione del libro "A vis maior a római jog forrásaiban" ("Vis maior nelle fonti del diritto romano").

Nel 1971 l'Accademia delle Scienze Ungherese gli conferì il titolo di "*Candidatus rerum politicarum et juridicarum*", discutendo la sua tesi sul lavoro intellettuale e l'*ars liberalis* nelle fonti del diritto romano (in ungherese: "Szellemi munka és ars liberalis a római jog forrásaiban"). Successivamente, la medesima Accademia gli conferì il più prestigioso titolo (esistente ancor oggi) di "*Doctor rerum politicarum et juridicarum*", discutendo la sua opera sulle tracce della crisi economica nell'età imperiale nelle fonti del diritto romano (in ungherese: "A császárkori gazdasági válság nyomai a római jogforrásokban").

Dalla seconda metà degli anni Settanta, Visky insegnò il diritto romano prima alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "József Attila" a Szeged e poi alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Eötvös Loránd" di Budapest, ove, nel 1980, ottenne anche il titolo di professore *honoris causa* di diritto romano. A Budapest, Visky tenne lezioni e seminari nei settori delle sue ricerche, molto apprezzati dagli studenti, di cui è testimone anche l'autore del presente contributo.

Dal 1945, peraltro, il suo campo di lavoro principale fu il *ius in praxi*. Egli lavorò, infatti, dapprima all'Ente Nazionale Catastale, poi, dal 1948, al dipartimento legale del Consiglio Superiore Economico. Fino al suo dislocamento al Collegio Arbitrale Centrale, avvenuto nel dicembre del 1963, Visky lavorò in posizioni diverse presso l'Ufficio Nazionale dei Prezzi, l'Ufficio Nazionale di Pianificazione e al Ministero delle Politiche Agricole. Come detto, dal '63 lavorò come arbitro presso il Collegio Arbitrale Centrale, denominato in seguito Collegio Arbitrale Economico Centrale.

In seguito alla riforma della magistratura, entrata in vigore il 1 gennaio 1973, Visky divenne giudice e Presidente del collegio della Corte Suprema di Cassazione ungherese. Andò in pensione da questa alta posizione nel 1981.

Il *ius in praxi* significò per lui la vita attiva, mentre il *ius Romanum* quella contemplativa.

Visky fu membro attivo della Société Internationale “Fernand De Visscher pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité” (SIHDA) e di altri congressi internazionali di diritto romano. Per Visky, deceduto il 26 gennaio 1984, la vita contemplativa divenne la vita attiva. Possiamo essere testimoni di questa trasformazione anche nel caso della fondazione, che lui promosse, della Società degli Studi dell’Antichità dell’Accademia delle Scienze Ungherese.

Károly Visky – sebbene le sue ricerche non si limitarono al solo diritto romano – fu ritenuto *perfectus consultus iuris Romani*, come dimostrano le sue opere, rinomate anche in ambito internazionale. Le sue ricerche non si limitano allo studio di istituti di diritto romano a carattere circoscritto: viceversa, pubblicò scritti in riviste di prestigio internazionale su quasi tutti gli aspetti dell’esperienza giuridica romana: sul diritto delle persone, sul diritto della famiglia, sui diritti reali e delle obbligazioni (soprattutto in tema di responsabilità), sul diritto processuale, sull’epigrafia giuridica e sulla relazione tra il lavoro intellettuale e le *artes liberales*. Le sue opere non possono essere elencate se non in maniera esemplificativa: Egli infatti si occupò (anche se solo in singoli saggi) anche di critica dell’interpolazione, della relazione tra Giustiniano I e l’armonizzazione del diritto delle province, dello studio dell’influenza del diritto romano sul diritto ungherese e della valutazione del lavoro scientifico del suo maestro, il noto giusromanista Géza Marton.

Nella valutazione di Visky quale studioso è dunque necessario prendere in considerazione i suoi campi di ricerca fondamentali: in particolare, la relazione tra il lavoro intellettuale e le *artes liberales* nel diritto romano, nonché l’influenza della crisi economica dell’era imperiale sul diritto.

Il suo saggio sul lavoro intellettuale, disponibile anche in lingua tedesca (*Geistige Arbeit und die “artes liberales” in den Quellen des römischen Rechts*, Akadémiai Kiadó, Budapest,

1977), è da considerare un'opera pionieristica nella romanistica internazionale e ungherese. Il metodo di ricerca di Károly Visky è caratterizzato da linee coerenti, grazie alle quali la probabilità di creare preconetti può essere ridotta al minimo. La distinzione tra *artes liberales* e *operae* aveva poca importanza per Visky: nei suoi saggi e nel suo libro, infatti, la struttura della tesi è formata dal raggruppamento delle diverse tipologie di attività. La definizione di *ars liberalis*, ritracciabile per la prima volta nelle opere di Cicerone, ma impiegata anche da Seneca e da Quintiliano, indicava un'attività degna di essere svolta anche dai cittadini romani liberi (il termine appare in modo suggestivo in Sen. *ad Luc.* 88. 1.2.20). Tuttavia, Cicerone, Seneca e Quintiliano non elencano esaurientemente queste attività, che non possono essere desunte nemmeno in base alle forme di artigianato ritenute indegne, per esempio in Cic. *off.* 1.42. L'altro problema è che la nozione *liberalis* ha due significati: l'uno indica un'attività degna di essere svolta anche dai cittadini romani liberi (*cives Romani*), l'altro – sotto forma di *studia liberalia* – indica lo studio che prevede l'*eruditio*. Quest'ultimo significato forma la base delle considerazioni di Visky, secondo il quale la nozione di *ars liberalis* indica esclusivamente gli studi, grazie all'interpretazione della parola *liberalis* come aggettivo, ovvero relativo ai libri. Visky constata che, senza alcun dubbio, l'elemento che separa le *artes liberales* dalle *operae* è l'assenza del salario proprio della *locatio-conductio* (mercede) il quale, secondo Cicerone, è ricollegabile alla schiavitù ("*auctoramentum servitutis*": *off.* 1.42). La ragione di questa differenza giuridica è quindi rintracciabile nelle relazioni sociali: il lavoro legato a remunerazione era infatti indegno per le persone libere. È per questo che la differenza principale tra le due categorie non proviene dalla divisione tra il lavoro fisico e intellettuale, ma tra la differenziazione dei soggetti. Non è possibile perciò imporre per via legale una retribuzione per le attività rientranti nella categoria di *ars liberalis*: tuttavia, questo non esclude la possibilità di ricevere una ricompensa in forma di *honorarium* o *remuneratio*, considerati funzionalmente un dono.

La differenza tra le diverse categorie di attività significa principalmente che le *artes liberales* possono essere svolte da persone libere come favore amichevole. Secondo Visky, infatti, il lavoro svolto dagli schiavi non può essere considerato *ars liberalis* neanche se è un lavoro puramente intellettuale. Lo stesso vale per il lavoro svolto da uno schiavo affrancato (*libertinus*). Può essere considerata *ars liberalis* esclusivamente un'attività intellettuale svolta da una persona libera, e così si differenzia dal lavoro svolto dagli schiavi sia per via della sua origine sociale, sia per frequenza pratica. I saggi di Visky e il libro sintetizzante i risultati delle sue ricerche sono senza dubbio in grado di spiegare efficacemente le caratteristiche proprie ai lavori intellettuali e alle diverse attività dell'epoca romana.

Qualche mese prima della sua scomparsa, fu pubblicata in lingua tedesca la monografia di Visky sull'influenza della crisi economica dell'età imperiale sul diritto romano (*Spuren der Wirtschaftskrise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen*, Dr. Rudolf Habelt GmbH, Bonn - Akadémiai Kiadó, Budapest, 1983). Già il tema rispecchia l'importanza dell'opera: Visky infatti scelse di svolgere ricerche in merito agli effetti che l'economia produce sul diritto. Di norma, nello studio del diritto romano gli effetti economici sul diritto vengono raramente affrontati, anche dai giusromanisti che riconoscono la relazione tra la realtà sociale e la disciplina giuridica. Károly Visky è cosciente del fatto che il suo metodo di ricerca rende difficile tale analisi, soprattutto perché la crisi economica è un evento rintracciabile anche nell'era moderna. Dal punto di vista metodologico, è certamente inevitabile connettere le categorie scientifiche e sociologiche degli anni in cui si svolge la ricerca con quelle proprie dell'antichità. La comparazione, la quale non intende artificialmente attualizzare gli eventi, rende tuttavia necessario l'uso di questa sorta di anacronismo. Questo metodo di ricerca è lodevole nel caso della ricerca giusromanistica, essendo il diritto romano una disciplina come „Giano bifronte”. In questo contesto, penso ad esempio a Max Weber, il quale utilizza nelle sue opere sulla sto-

ria economica antica le categorie politiche ed economiche moderne. In tale campo di ricerca, la mancanza di fonti giuridiche dirette è evidentemente un problema significativo. All'origine di ciò, può esservi la circostanza che, per i giureconsulti romani, il diritto e l'economia formavano due sfere separate: di conseguenza, non conosciamo monografie sull'impatto della crisi economica dell'epoca imperiale sul diritto romano. Landucci, in relazione alla *laesio enormis*, menziona appena che sarebbe opportuno svolgere una tale ricerca. Rostowtzeff invece si riferisce alla necessità dell'analisi delle conseguenze giuridiche della crisi economica in relazione alla vita giuridica in Egitto. Károly Visky, riassumendo il risultato di un lavoro di ricerca durato quasi un decennio, sottolinea che gli effetti della crisi economica osservata nel secolo III d.C. non possono essere comparati con le crisi che si sono manifestate ciclicamente durante i secoli XIX e XX negli stati capitalisti. Visky nota, infatti, che la produzione formò la base anche del sistema economico dell'Impero Romano, fondandosi però sulla schiavitù. Ora, la causa principale della crisi economica fu l'inflazione del denaro, ma essa fu la manifestazione della più generale crisi economica, poiché fu in realtà determinata dalla caduta dei modelli socio-economici basati sulla schiavitù. Una struttura pubblica economicamente sempre più debole non ha come scopo la compensazione con mezzi legali degli svantaggi legati alla diminuzione del potere d'acquisto. Visky dimostra che nell'Impero Romano sono gli stessi attori economici che devono trovare i mezzi legali per proteggersi dagli effetti negativi legati all'inflazione. Il ruolo della cancelleria imperiale si limita all'approvazione legislativa di questi mezzi, che è di per sé adeguata a garantire il sostegno del sistema economico. L'amministrazione centrale, che generalmente si limita a un comportamento prevalentemente passivo nei confronti della sfera economica, in questo caso contribuisce al mantenimento del sistema economico con mezzi legislativi o, in altre parole, di politica legislativa.

Ambedue i campi di ricerca sopra menzionati sono di grande importanza per la giusromanistica. Il tema del lavoro in-

tellettuale, nonché la questione relativa alla relazione tra il sistema economico e il diritto, vengono considerati dei problemi scientifici che si collocano all'incrocio tra la scienza dell'antichità e la storia del diritto. Non è un caso, che fu proprio Visky, rinomato per la sua sapienza enciclopedica, ad assumersi volontariamente il compito di svolgere una ricerca, durata diversi decenni, per trovare una risposta a queste domande. La sua personalità unisce le vaste conoscenze del *iurisperitus* con l'eccezionale sapienza dell'*omni laude cumulatus iurisconsultus*. La ricca opera di Károly Visky, ben conosciuta e stimata internazionalmente, fu interrotta solo dalla sua scomparsa, ma resta un valore eterno della vita scientifica universale.

FILIPPO VASSALLI

DIRITTO GRECO-ROMANO (BIZANTINO)
(a.a. 1930-31)*

5 febr. 1931

Se ne comincia a parlare da Costantino sino alla conquista di Costantinopoli da parte dei turchi. Non vogliamo incominciare però da Costantino. Si intende parlare dalla fine della Compilazione giustiniana in poi perché da allora il diritto greco-romano si svolge sopra un unico territorio d'oriente.

I romanisti si interessano di questo diritto perché credono che questi giuristi nel compilare le nuove leggi avessero adoperati i testi genuini dei classici. È interessante perché risente delle nuove condizioni di civiltà e di nuove influenze di altri popoli del bacino mediterraneo.

Giustiniano disse che fatta la Compilazione più nulla di nuovo potesse essere compiuto tranne che la semplice traduzione in greco. Ma ciò non rimase che nelle convinzioni perché appena morto già esisteva una grande fioritura di studi in merito.

I successori di Giustiniano trovarono nel Digesto una erudi-

* La trascrizione delle lezioni è fedele al manoscritto di Visky: sono stati corretti i meri errori materiali, rispettando i rientri, le sottolineature, le spaziature, il punto dopo i numeri sia cardinali sia ordinali e lo stesso *modus citandi* delle opere, non sempre omogeneo, ma comunque chiarissimo, mentre non è indicata l'enumerazione originale delle pagine.

Il corso inizia il 5 febbraio del 1931, come risulta dal quaderno di appunti di Visky stesso, ma in qualche caso lo studioso annota la data delle singole lezioni, in qualche altro le omette, anche per lunghi periodi: in questa edizione si riporteranno quindi solo alcune delle date del corso, nell'impossibilità, come ovvio, di risalire a quelle omesse dall'autore ungherese.

zione che sorpassava la loro scienza, e poi trovavano anche una difficoltà nella lingua perché il Digesto fu scritto in latino.

Basilio pensò di fare del Digesto una riordinazione, facendo un'unica compilazione che venne alla luce sotto Leone il filosofo chiamata Basilici, forse "libri dei re", cioè degli imperatori (βασιλεῖς).

Ma con i Basilici sono inseriti degli altri materiali e principalmente gli Scolii, cioè annotazioni, indici e simili cose fatti da giureconsulti celeberrimi come ad es. Teofilo che probabilmente avevano innanzi i testi genuini.

L'Albertoni in un suo scritto che molto prometteva morì appena 24enne.

I documenti greci dell'Italia meridionale di Giannino Ferrari sono pure molto importanti per vedere la sopravvivenza di questo diritto.

Oltre altri libri, abbiamo i Basilici editi a Parigi nel 1600 e terminati nel secolo XIX dallo Zachariae. Nel 1877 Ferrini e Mercati terminarono l'ultimo supplemento.

La Parafrasi di Teofilo fu pubblicata all'Aia nel 1781. Rifatta poi dal Ferrini a Berlino nel 1884 I. 1897 II., che non credeva fosse di Teofilo. Le Novelle di Giustiniano che ci si presentavano una [cosa] poco diversa dalla compilazione. Delle Novelle di Giustiniano abbiamo anche parecchie edizioni. Se poi si vuol fare risalire a Costantino questo diritto bisogna aggiungere il Codice Teodosiano.

19. II. 1931

Siciliano Villanueva: Dir. bizantino (scritto in italiano). Poi ci sono delle altre monografie, specialmente di Ferrini.

Poi abbiamo il 6° volume dei Basilici di Heimbach "*Prolegomena et manuale Basilicorum*" – molto importante. Il primo libro contiene la storia sino all'857. Il secondo la storia dei Basilici.

Mortreuil: "*L'histoire du droit Byzantin*" è anche molto importante.

Nel paragrafo 3° del libro I dei Basilici vol. VI si hanno le disposizioni che Giustiniano emise dopo la Compilazione, per-

ché i giuristi più non producessero materiale giuridico e facessero sorgere nuove confusioni (*Deo auctore* §. 12; *Tanta...* §. 21; *Summa rei publicae...* §. 3). La nuova produzione segue i precetti giustinianei e se in qualche parte vi si allontana ciò accade per una non precisa disposizione di Giustiniano.

Sorge la questione perché Giustiniano in alcune costituzioni dicesse potersi fare indici e κατὰ πόδα ed in alcune solo indici. Si risolve che abbia usato un'endiadi, o dopo lo sviluppo della Compilazione abbia aggiunto κατὰ πόδα, dovendosi la Compilazione riferire ad altri popoli. I κατὰ πόδα si fecero subito al Digesto, perché questo era in latino. Ma si fecero anche degl'indici. Questi indici sono quasi dei κατὰ πόδα. Famoso è quello di Doroteo che si ritrova nei Basilici.

21. II. 1931

Brevi epitomi di passi pertinenti alla novella (Atanasio) = παρὰ τίτλα. Zachariae fece un'osservazione, che i *paratitla* sono aggiunti solo alle *leges*. Appendici, supplementi ad ogni titolo delle fonti risultati da ordinate dichiarazioni desunte da altre parti delle fonti che trovansi in stretto rapporto col relativo titolo.

Indici: (libro 4. Istituzioni §. 12) per Teofilo si intende una "*brevis expositio*". L'indice di Cirillo del Digesto è il vero indice. La *summa* dell'Anonimo è più lunga, e certo non gli si può conferire il nome di indice. Doroteo pure fece un indice, anzi si dice di lui "ἰνδικεύειν" e la parte non spiegata a scuola si diceva *Index* e si voleva indicare l'indice di Doroteo.

Gli indici erano le spiegazioni che nelle scuole si facevano alle leggi.

26. II. 1931

Giuristi anteriori a Giustiniano: sono menzionati nella costituzione giustiniana; nella *constitutio "omnem"* Giustiniano espone il metodo antico di insegnare il diritto. La scuola di Bero sorse certo prima del 420.

Cirillo è il più antico dei giuristi anteriori a Giustiniano, e dalla citazione di Stefano si sa che egli commentò alcune opere di Paolo e Papiniano.

Domnino vissuto prima dell'imperatore Anastasio; si dubita se una costituzione di Zenone sia indirizzata a lui.

Teodoro, altro valoroso giurista, lo chiama suo maestro. Forse fece un commento del Codice Gregoriano e Teodosiano.

Demostene che interpretò tre parti del codice Gregoriano.

Eudossio fu il nonno di Anastasio, uno dei compilatori del codice Giustiniano. Fece illustrazioni dei suddetti codici.

Patricio fu professore a Berito, fu chiamato come gli altri "eroe" ed inoltre "o *makarites*"; illustrò il codice Teodosiano.

Giureconsulti di epoca di Giustiniano

1°. Coloro che parteciparono alla Compilazione giustiniana (527-533). Parecchi tra cui: Isidoro, Triboniano, Costantino, Teofilo, Dioscoro, Doroteo, Anatolio, Cratino, Stefano, Mena, Prosdocio, Timoteo ed altri. Teofilo, Anatolio, Doroteo, Isidoro scrissero dei libri sulla Compilazione giustiniana.

Teofilo "*celeberrimus*" scrisse un commentario alle istituzioni. Era professore a Costantinopoli ed era stato uno dei compilatori del I. e II. codice (*novella*) e delle istituzioni. Morì prima della pubblicazione del II. codice, infatti non richiama mai leggi del II. cod. nei suoi scritti. Noi abbiamo di Teofilo dei frammenti riguardanti le prime tre parti del Digesto. Si discute se sono appunti di lezioni e di preparazioni di lezione. Fu chiamato da Stefano "o *makarites*".

L'indice dei Digesti di Doroteo sarebbe una continuazione di quello di Stefano: ciò è ammesso dal Mortreuil, ma è negato da Heimbach, poiché anche il suo indice contiene 3 parti del Digesto.

Isidoro è dubbio se insegnò a Berito o a Costantinopoli.

Anatolio è di nobile famiglia illustre per gli avi; fu professore a Berito. È incerto il suo maestro e il luogo del suo insegnamento, forse è stato alunno di Doroteo, Isidoro ed altri. Pare che fu maestro di Stefano. Fu chiamato l' "occhio della legge e maestro", il "codiceuta", perché scrisse un commentario al Codice.

Giuristi posteriori a Giustiniano

Stefano: professore, diverso da quello della commissione giustiniana. Cominciò a fiorire negli ultimi anni di Giustiniano. Cirillo il vecchio fu forse il suo maestro, studiò a Berito. Stefano non ha alcuna somiglianza con Doroteo: ha p. es. i testi a domanda e risposta, il che non è del carattere di Doroteo. Pare più certo che il suo maestro sia stato Taleleo. Insegnò a Costantinopoli. Si distinse per commenti al Digesto e per l'eleganza nello scrivere in latino. Suo scolaro è Giuliano, autore dell'epitome delle Novelle e Teodoro di cui abbiamo gli scolii.

Molti scolii dei Basilici sono sotto la sigla dell'Anonimo che sarebbe anche autore della monografia sulla "antinomia": Zachariae ritiene che l'Anonimo sia Enantiofane. Il Biener ritiene che sia Giuliano autore dell'epitome, l'Heimbach ha respinto ciò. Pare che abbia insegnato a Costantinopoli, essendo stata già distrutta Berito.

Cirillo: se ne sa poco, vissuto sulla fine del VI. secolo da distinguersi da Cirillo l'eroe.

Nell'indice dei Digesti si rileva che non insegnò: fu detto l' "indiceuta".

Atanasio: nacque nella Fenicia; fu chiamato lo "scolastico", riassume novelle di Giustino II. col nome di "Epitome". Nei suoi scritti si riscontrano alessandrinismi, che però si devono al copista ed infatti le opere ad Anatolio (interruzione!).

Teodoro lo "scolastico", "ermopolitano" "*Tebanus*" fu chiamato, le ultime due indicazioni sono dovute alla patria, Ermopoli, Tebana. Forse fu cristiano. Suo maestro fu Stefano. Si deve

perciò ritenere che andò dall'Egitto, dove si trovava, a Costantinopoli per studiare diritto. Ha vissuto e scritto stando a Costantinopoli. Scrisse il "Breviario delle novelle" tra il 575-602. Non insegnò mai. Ma fece anche un "Breviario del codice".

Cobida: si scrisse in varie forme (omicron, omega, ed altre forme), ma si deve trattare di una stessa persona, perché la sigla è la stessa. Esso ricorda Stefano e Cirillo ed inserisce un breviario di Doroteo.

Foca si ritrova una sola volta negli scolii (nov. 22): secondo l'Heimbach non è un giurista perché il suo nome è preceduto dall'articolo mentre per i giuristi ciò non avviene. Oltre che sarebbe un errore di lettura del Procanon (indice della Costituzione di Doroteo) in "O Focas".

Anastasio: non si conosce né la patria, né le opere, ricorda Cobida e Stefano.

Filosseno: forse dei primi del VI sec.; lo ricorda Teofilo; non si deve confondere col filologo.

Symbazio: si hanno frammenti "nei peculii", viene ricordato con Teodoro, onde deve ritenersi del VI secolo.

Opere dei giuristi

Scopi generali sono le traduzioni, interpretazioni ed i commenti dell'opera di Giustiniano.

Esse furono fatte delle Costituzioni latine del codice, non delle greche, né delle novelle che sono sempre greche. Taleleo fece il κατὰ πόδα per eccellenza. Questi ebbero bisogno di traduzioni perché vi fu l'*index* di Teofilo. Doroteo fece la traduzione del Digesto. Le istituzioni, interpretazioni e commenti sono le cose più interessanti.

Epitome: del Digesto fu fatta da Cirillo
 " del Codice furono dette *syntomos* ed epitome
 " delle Novelle furono scritte da Atanasio, Teodoro.

Inoltre si hanno

Paragraphai: annotazioni a singoli luoghi del testo, a parole, o per sciogliere dubbi: ebbero tale nome perché furono note fatte al lato del rotolo¹ da scolari.

Parapompai: citazioni di luoghi simili.

Aporiai: dubbi sollevati dal professore e dagli scolari.

Erotheseis, Lyseis: interrogazioni.

Semeioseis: annotazioni.

I paratitla: vedi sopra. Poi libri di altri generi, monografie, e libri *singulares*.

Il carattere delle orazioni: linguaggio semplice nel Digesto, più breve è Cirillo il giovane, l'Anonimo nel codice, più brevi sono Teodoro, Anatolio, Stefano, mentre Teofilo è molto prolisso.

Si hanno grecizzate le parole latine nei testi: siano parole tecniche, siano i nomi tipici negli esempi romani (Sempronio, Caio, poi più tardi i nomi degli apostoli: Pietro Polacco²).

Le novelle si trovano nel vol. III. di Zachariae di Lingenthal: sono divise in cinque "*collationes*". Nel secolo VIII. e IX. si fecero commenti e rielaborazioni delle opere giustiniane. Elaborazioni ufficiali sono: l'Ecloga isaurica (di Leone Isaurico, 740) e il Prochiron, poi l'Epanagoge.

L'Ecloga (marzo 740) fu una rielaborazione, edita da Leone Isaurico e Costantino Copronico per la pratica giudiziale. Difficili sono le fonti; infatti vi sono nuovi usi. Di questa Ecloga è stata fatta una edizione di Zachariae. Il nomos gheorghikos è della stessa epoca: appare come appendice all'Ecloga: sono costumi di contadini liberi. Il nomos stratiotikos: comprende le punizioni per i militari. Il nomos nautikos rhodios è il diritto marittimo. Zachariae la pubblicò nel titolo 40 dell'Ecloga ad Prochiron

¹ Sul manoscritto si legge chiaramente "Roto", che è stato qui completato nella parola "rotolo, anche se ormai in quell'età i copisti utilizzavano per la confezione dei libri giuridici il *codex*.

² Così scrive Visky, ma non è chiaro a chi lo studioso riconduca tale nome.

mutata; più recente è l'edizione dell'Ashburner (inglese). Secondo Zachariae la fonte sarebbe una raccolta degli imperatori iconoclasti, secondo Ashburner una edizione privata.

Il *Prochiron* (879) fu raccolto da Basilio I e promulgato nel 879. Fu anche detto *Prochiron* o *Procheiron nomos*. Consta di un proemio e di 40 titoli; molti passi sono presi dalle istituzioni, poco o nulla dal codice e dal digesto giustiniano. Fu tradotto in lingue slave ed in inglese. L'*Hexabiblos* di Armenopulo ebbe come base il *Prochiron*.

L'*Epanagoge* (*repetita praelectio*) è una nuova edizione del *Prochiron*, modificato ed aumentato. Fu pubblicata da Leone nel 876.

Manuali privati sono quelli che non hanno nulla di comune colle raccolte ufficiali:

Synopsis dei Basilici sec. X. Zachariae vol. V.

De iure (1072) dell'Attaliate.

La *synopsis in versos memoriales* di Psello.

La *synopsis minore* (Zachariae vol. II. *Ius graeco-romanum*).
Quelli poi che si basavano modificandoli sulle raccolte ufficiali:
Ecloga privata aucta (Zach. Vol. IV) sec. IX.

Epanagoge aucta (id.) composta dopo Leone il filosofo e prima dell'*Ecloga mutata* (id.)

Prochiron auctum fine XIII. primi XIV. (Z.)

L'*Epitome legum* (929), in 50 titoli (Z. VII).

I manuali ufficiali contengono molto materiale giuridico, ma pochi elementi critici.

(*Peira*: Residui di giurisprudenza del secolo XI, sono le sentenze di Eustazio Romano).

All'imperatore Leone si deve la pubblicazione dei Basilici, raccolta dell'intera legislazione in 60 libri. Nel proemio è detto che la compilazione giustiniana non fu ben ordinata, sicché si

fusero le tre parti (Codice - Digesto - Istituzioni) della compilazione di Giustiniano e si ebbero così 60 libri, in cui si radunavano le leggi per la materia. Lo scopo dei Basilici era la “*anakatharsis*” o “*repurgatio*” delle opere giustinianee. Una edizione completa dei Basilici manca (Heimbach, Zachariae). I libri furono divisi in titoli e capitoli; l'ordine è quello del codice, ma mancano la “*inscriptio*” e la “*subscriptio*” delle costituzioni. Vi è il richiamo del testo giustiniano; un insieme degli scolii sia fatto da autori anteriori alla compilazione (VI-VIII. sec.), o sia da autori contemporanei (X. sec.): è un insieme di testi paralleli, considerati come commento unico alla raccolta.

Parte speciale

Il matrimonio³

Nel diritto romano primitivo il matrimonio è l'unione dell'uomo e della donna. Questa entra nella famiglia del coniuge, sottostà all'autorità maritale (*manus*).

Più tardi, si ammise un matrimonio libero in cui la donna non entrava nella famiglia del coniuge; il marito poi poteva ricevere dei doni, chiamati “dote” “*ad munera matrimonii sustinendi*”. Nel diritto romano è vietata la poligamia, ma è ammesso il concubinato.

Nel dir. cristiano il matrimonio è l'unica unione possibile dei sessi, onde è vietato il concubinato. I beni poi dovrebbero essere in comunione. Questo concetto cristiano risalta poco con Giustiniano; esso fu introdotto dagli imperatori iconoclasti.

Il matrimonio romano non va confuso con la “*manus*”. Il matrimonio si ha quando si stabilisce la convivenza continuata tra l'uomo e la donna con un affetto reciproco: l'*affectio maritalis* e l'*honor maritalis*. Il matrimonio si acquistava in antico con la “*manus*”, e di conseguenza la donna usciva dalla sua famiglia ed

³ [Nota di Visky] Vedi: Zachariae – *Geschichte des griechisch – römischen Privatrechts*.

entrava sotto la potestà del marito o del *paterfamilias* suo. Se la donna era una persona "*alieni juris*", perdeva tale qualità. Se nonché, già ai tempi della repubblica si sviluppò il matrimonio libero. Dato che la donna passava in una nuova cerchia parentale, perdeva il diritto di successione dalla sua famiglia: onde si sviluppò l'istituto della dote, con cui una somma data dal *paterfamilias* della donna o i beni della donna "*sui juris*" passavano in testa al marito di lei o al *paterfamilias* del marito.

I romani ritenevano come aspirazione la perpetuità del matrimonio; ma se mancava l'*affectio*, il matrimonio cessava. La convivenza non era un elemento necessario per la continuità del matrimonio. Il matrimonio romano non può compararsi col cristiano, perché differenti sono i loro concetti.

Novella 22 di Giustiniano. Le nozze sono date dall'*affectus* (*purus nutialis affectus*) non dagli strumenti dotali (cap. 3), né dalle donazioni *propter nuptias*, né dai documenti relativi, né dall'unione sessuale ("*consensus, non concubitus facit nuptias*" – dice Ulpiano), né dalla compera della donna, vietata nel Digesto giustiniano.

Novella 76, cap. 5. Per evitare i casi di concubinato, Giustiniano favorisce quella donna ricevuta con giuramento come moglie legittima nella casa di un uomo, che ritenga legittimi i figli da essa avuti. In tal caso il coniuge non può scacciare di casa la moglie senza un giudizio, né ripudiarla, perché il ripudio non attiene al matrimonio. Una tale donna senza dote ha diritto al quarto delle rendite del marito.

Il concetto di determinate forme per la celebrazione del matrimonio è moderno: esso manca nel diritto giustiniano ed anche nel diritto canonico; fu introdotto per la prima volta nel Concilio di Trento.

Quindi Giustiniano non muta il fondamento del matrimonio, cioè il consenso, ma pone solo delle prove per provare l'esistenza del matrimonio.

Concubinato è ogni unione fuori dal matrimonio, secondo la Chiesa cristiana, e quest'unione non ha effetti giuridici. Nel di-

ritto giustiniano esso è ammesso con effetti giuridici per la concubina (παλλακή) e per i figli (παῖδες φυσικοί o νότοι). Solo il diritto bizantino posteriore ha cominciato a seguire il concetto cristiano. Nell'*Ecloga* è ancora considerato un istituto giuridico. Gli imperatori Costantino, Leone il filosofo (740) emisero novelle contro il concubinato; essi si opposero anche allo *stuprum* (nella *Peira*), che non era represso nel diritto giustiniano. Pare che i costumi si uniformarono a tale legislazione. Nel diritto giustiniano la concubina doveva essere: 1) libera (se schiava era, ora vi si trovava un *contubernium*) e non minore di dodici (12) anni; 2) senza impedimenti per il futuro matrimonio; 3) unica, perché altrimenti, cioè se le concubine sono di più, si tratta di uno *stuprum* (πορνεία); 4) tenuta in condizione di concubina in casa dell'uomo: essa era dunque "*uxoris loco*", ma non si è formato mai un matrimonio inferiore. È da notare che, nel diritto giustiniano, contrariamente al diritto classico (in cui si commetteva sempre "*stuprum*") si poteva vivere in concubinato con donne anche di uguale condizione, purché se ne facesse dichiarazione (D. XXV. 7. e 3.; D. XXXIV. 9. 16.1) esplicita. (Vedi nei Basilici 60. 37. 2. scolio 1-2).

È valido il lascito di tutte le vesti alla 2^a concubina secondo Giavoleno e Labeone, ma non secondo Cascellio e Trebazio (D. 32. 29). Non sono valide le donazioni tra coniugi; ma se per il matrimonio loro vi sia un impedimento, non essendovi nozze sono valide le donazioni (D. 24.1.3.1). Oltre questi testi meritano ancora di essere letti: Basilici 28. 4. 2. 13. scolio 1; Cod. V. IV. Cost. 23. §. 7.—

Impedimenti al matrimonio. La dottrina della Chiesa cristiana ha influito parecchio nella legislazione greco-romana. Giustiniano non conosce il matrimonio tra gli schiavi o tra gli schiavi ed i liberi. Vedi la Nov. 22, cap. 11-17. L'imperatore considera il caso di un matrimonio tra un libero ed una schiava (o viceversa), creduta libera, con o senza il contratto scritto: in tal caso il matrimonio è valido, e si avrà così una tacita "*manumissio ex lege*"; i figli nati da tale unione sono liberi. Di poi l'imperatore consi-

dera il caso di sposalizio per errore sulla libertà: in tal caso lo schiavo (o la schiava) diventa libero, perdendone così il diritto il suo padrone, e il matrimonio è valido e i figli sono liberi. Leone il filosofo (nov. 101) ammette il passaggio di schiavitù sotto il coniuge o la libertà viene comprata. Alessio I. Comneno ammette il matrimonio tra schiavi (nov. 35). Col diritto dell'Ecloga si richiede il consenso dei genitori per il matrimonio degli "*alieni juris*".

L'impedimento per la religione. Giustiniano vieta il matrimonio tra gli ebrei e i cristiani; lo ammette tra cristiani e ortodossi, rescissibile sempre a causa della diversa setta religiosa. Il concilio di Laodicea e di Costantinopoli proibivano il matrimonio tra cristiani ed ortodossi. La "*disparitas cultus*" come impedimento è ammessa anche nel diritto canonico, però per esso non è che un parziale impedimento l'appartenenza a diverse sette del cristianesimo. L'Anonimo dei Basilici ritiene chiaro questo impedimento religioso dalle stesse parole di Modestino "*divini et humani juris communicatio*".

Impedimenti parentali. Giustiniano proibisce il matrimonio tra ascendenti e discendenti e tra fratelli e sorelle. Di poi si impedirono i matrimoni tra cugini e germani, l'Ecloga anche tra cugini di 2° grado. Fu vietata l'unione tra zio e nipote o tra zia e nipote. Era quindi valido il matrimonio con i cugini di altro grado, ma i greci ritennero proibite le unioni anche tra cugini sino al sesto grado, poi anche del settimo grado. Diverse furono le decisioni dei vari patriarchi riguardo ai limiti della validità dei matrimoni tra cugini. L'ultimo portato fu il divieto sino al settimo grado.

Impedimenti per affinità. Giustiniano ritiene affini i parenti di un coniuge rispetto all'altro. Era vietato il matrimonio successivo con due sorelle o con due fratelli; e con finzione tra la fidanzata del padre o del figlio e il figlio o il padre; con i figli della moglie divorziasasi e sposatasi con un terzo, ed altri casi. Tutta questa legislazione di impedimenti tra affini è dovuta a concili o a canoni cristiani: ciò per propagare la fede. Era impedito il ma-

trimonio sino al 6° grado di affinità, anche tra gli affini di un coniuge e quelli di un altro (che in realtà non sono affini).

Impedimenti per parentela adottiva. Giustiniano ammette gli stessi impedimenti della parentela di sangue. Il padre adottivo non può sposare il coniuge dell'adottato; è proibito il matrimonio tra sorelle e fratelli adottivi.

Impedimenti per parentela religiosa. È impedito il matrimonio tra il padrino o la madrina e la figlioccia o il figlioccio; fu proibito anche quello tra il padrino e la figlia del figlioccio e tra il fratello del padrino e la figlioccia.

Forma del matrimonio. Per Giustiniano basta il semplice consenso, tranne per alcuni altolocati, a cui si richiedevano gli strumenti dotali. Ma il clero cercò di affermare come necessaria una forma pubblica, per distinguere il matrimonio dalle altre unioni. La glossa tendette a questo: Costantino e Leone obbligarono a rendere scritto il matrimonio, dare la firma di tre testimoni, di poi di sette o cinque con il concorso del notaro. Altrimenti esso doveva essere celebrato in chiesa o in presenza di amici. Leone richiede la benedizione religiosa che Andronico Paleologo volle pubblica.

Sponsali (μνηστεία). Sono i preliminari del matrimonio: in esso le parti si obbligano a unirsi in matrimonio e stabiliscono il regime patrimoniale dei beni dei futuri coniugi. In ogni modo non c'è alcuna azione per risarcimento pel non seguito matrimonio. Il fidanzato sciolto dal vincolo può anche sposare parenti prossimi all'altro, senza cadere in infamia. Sciolto il vincolo, si restituiscono le arre, che venivano date all'epoca del fidanzamento: dovevano restituirsi per il doppio, se ci si divideva per volere unilaterale, da parte del colpevole. Si ammisero anche delle pene per lo scioglimento degli sponsali. Di poi si ammise la benedizione degli sponsali (che potevano contrarsi in chiesa) che così sembrano essere un vero vincolo il quale si poteva sciogliere solo come il matrimonio. Sposare la fidanzata di un terzo era adulterio. Più tardi si richiese l'età di 12 anni per la donna e 14

per l'uomo per questa benedizione. Così a poco a poco gli sponsali ebbero il valore di matrimonio.

Divorzio. Solo gli Iconoclasti si sono avvicinati al pensiero cristiano della Chiesa, contraria al divorzio. Il sinodo cartaginese (407?) richiese una legge contro il divorzio all'imperatore. Ma il dir. civile aveva norme assai miti riguardo a tale istituto. Giustiniano (nov. 22. c. 3. 4. 5.1.2.134. pr.) ammette il divorzio come un atto privato e nega valore alle clausole penali stabilite dai privati nel caso di divorzio: ammette solo in dati casi una prova pubblica (per chi divorzia senza ragione). Per divorziare bastava il consenso reciproco dei coniugi. Era anche permesso lo sposalizio dei divorziati. Giustiniano colpisce solo colui che chiede senza ragione il divorzio, o la divisione consensuale: obbligava costoro a rinchiudersi in un convento e non contrarre così più matrimonio per tutta la vita. Quindi Giustiniano non negava valore al divorzio, ma cercava in tali maniere di limitarne il dilagante uso che se ne faceva nella sua epoca. Una legislazione più cristiana fu quella di Leone e Costantino. Essi spiegarono l'indissolubilità del matrimonio: perché 1) la donna fu creata dall'uomo, e non da nulla come costui, 2) perché la donna dopo il peccato originale non fu divisa dall'uomo né l'uomo dalla donna. Essi pongono come fondamenti della legislazione il principio "che ciò che ha legato Dio, l'uomo non può sciogliere". Il divorzio fu ammesso solo nel caso: 1) di adulterio della donna; 2) per impotenza del marito; 3) per attentato alla vita dell'altro coniuge; 4) per la libertà.

Però molti evasero tale legge facendo da padrino e madrina ai loro stessi figlioli sicché nasceva una *cognatio spiritualis* che annullava il matrimonio stesso. La legislazione giustiniana riguardo allo sposalizio dei divorziati fu ripetuta nella *Ecloga ad Prochiron (mutata)*. Ancora oggi nelle chiese greche è valido il divorzio per l'adulterio della donna, la legge civile moldava discute poiché ammette la suddetta causa.

Seconde nozze. La chiesa vietò il matrimonio dei divorziati e vide di poco buon occhio una nuova unione legale delle vedove

e dei vedovi. Per Giustiniano le II e III ecc. nozze sono valide; le limitazioni erano dovute alla necessaria protezione dei figli di primo letto. Leone, Basilio il Macedone ed altri misero pene al II e III ed al IV matrimonio. Dopo la morte di Leone, sotto Costantino, si decise che la IV unione è nulla, la III è punibile, specie se il contraente ha 40 anni ed ha figli.

Nov. 22. cap. 1. Giustiniano osserva anzi tutto che la presente legge deve aver valore per i matrimoni futuri e non per il passato, in cui hanno vigore le leggi passate. È il principio della non retroattività della legge. Questo principio è in più casi riaffermato da Giustiniano, il che ci conferma che tale principio non era salvo ancora in quell'epoca.

cap. 2. Seconda osservazione è questa: di ritenere che siano efficaci le disposizioni ereditarie fatte dal defunto. Ma se manca un testamento si devono seguire le norme stabilite dalla legge.

cap. 3. Entra poi in materia dicendo "*Nuptias itaque affectus alternus facit dotatium non egens augmento*". Lo scioglimento di tale unione però avviene con o senza pena, poiché "*quae in hominibus subsequuntur, quid quid ligatur solubile est*". Lo scioglimento può avvenire per consenso delle parti, per giusta causa (o *bona gratia*), senza colpa giusta, per colpa giustificabile.

cap. 5. Una giusta causa può essere lo scegliersi da parte di uno dei coniugi la vita monastica o di eremitaggio. Il lucro dotale è acquistato dal coniuge lasciato.

cap. 6. Un altro caso di causa necessaria e non irragionevole è l'impotenza e l'*experimentum trienni*. L'impotenza si può far valere giuridicamente dopo un biennio dal matrimonio: il marito deve restituire la dote, ma non perde il lucro dotale. Giustiniano muta il termine da due a tre anni.

cap. 7. La prigionia è una "*bona gratia*" per lo scioglimento del matrimonio. Ciò avviene per l'ineguaglianza di condizione derivante dalla servitù. Giustiniano non concede lo scioglimento in tali casi: altrimenti la donna perde la dote, e l'uomo la *donatio ante* o *propter nuptias*, se passano a seconde nozze. Passati cin-

que anni è tolto ogni divieto, dato che il coniuge *captivus* può essere morto, è sempre un divorzio “*bona gratia*” e non un ripudio.

2. V. 1931

Per il diritto classico bisogna vedere D. 48.5.12.12 (Papiniano). “Una donna saputo che il marito era morto si congiunge con un altro; il marito torna e si domanda se si debba procedere contro la donna. È una questione di diritto e di fatto. Se le somme sono dovute ad errore nulla si deve fare contro di lui, ma se le voci sparse sono da lei bisogna condannarsi per adulterio”.

Questo testo però è interpolato, ciò risulta specie dal consensu (prima una voce, poi una voce dovuta alla moglie). In D. 49.15.8 Paolo spiega più chiaramente nel senso classico. Il marito non può riprendere il diritto sulla moglie per diritto di postliminio, ma solamente se la moglie ha voluto continuare il suo stato matrimoniale conservando l'*affectio*, se non è passata a nuove nozze: ciò perché il matrimonio è uno stato di fatto. La chiusa è interpolata. Id. fr. 14, §. 1, Pomponio: in egual senso del precedente. D. 24.2.6, Giuliano: lo scioglimento del matrimonio è dovuto alla volontà della moglie, se il marito è in prigionia. Da “*et generaliter*” alla fine il testo è interpolato: Giustiniano pone in esso i suoi principi in tale materia.

D. 49.15.12.4, Trifonino: “La moglie del *captivus*, specie (Cod. 1.5.17, in egual senso ai precedenti) se vuole ed è nella casa di lui, non è in matrimonio”; il frammento non è interpolato.

Nov. 22

c. VIII. Esamina il caso che uno dei coniugi sia condannato ad una pena che comportava “*capitis deminutio*” e quindi si scioglievano i legami di diritto. Per Giustiniano, contrariamente al diritto classico in cui vedo che il matrimonio si scioglieva perché il condannato diventava schiavo, ciò non è esatto perché tutto si basava sulla volontà del libero, la condanna non porta lo scioglimento, perché il condannato non diventa schiavo.

c. IX. Un liberto e una liberta ritornano in schiavitù. I predecessori di Giustiniano e Giustiniano stesso ritenevano annullarsi il matrimonio, come in caso di morte: la dote va attribuita al padrone e i lucri dotali ai figli.

c. X. Se uno sposa una persona credendola libera, mentre non lo è, si considera come non avvenuto il matrimonio. Se poi l'unione è avvenuta, sciente l'altro coniuge, si dà un diverso trattamento.

c. XI. Si fa il caso che il *dominus* dell'uomo o della donna l'abbia dato all'altro futuro coniuge [[lo stato di]]⁴ che lo ritiene libero. Il matrimonio è valido sicché si ha una tacita e legale manomissione. Ma se il *dominus* non consegna la persona servile e, sciente del futuro matrimonio, tace all'altro coniuge lo stato di schiavo del suo promesso per ottenere [[poi]]⁵ un prezzo per la manomissione, allora la libertà si ottiene come se il *dominus* avesse consentito al matrimonio. Infatti i figli nati da tale unione sono liberi.

c. XII. L'abbandono dello schiavo fa perdere il diritto del padrone su di esso, che così diviene libero e non valgono per nulla le pretese posteriori degli antichi padroni.

c. XIII. La deportazione non scioglie il matrimonio: essa fu sostituita all'antica "*aquae et igni interdictio*": è il parere di Costantino.

c. XIV. Secondo Costantino se un uomo è occupato in guerra per 4 anni e non dà notizie alla moglie, questa può passare a seconde nozze, senza compiere colpa, dopo aver fatto una dichiarazione esplicita al comandante militare: essa perde la dote e non acquista i lucri dotali.

Giustiniano disapprova quanto ha stabilito Costantino e richiede il passaggio di un decennio o che inoltre la donna renda noto che vuole divorziare al capo della milizia. Allunga così il termine di attesa ad un decennio.

⁴ La locuzione è stata cancellata dallo stesso Visky.

⁵ La parola è stata cancellata dallo stesso Visky.

c. XV. 1. Molte altre cause di divorzio possono essere dovute o al marito o alla moglie: cause queste che influiscono sulla dote e sui lucri dotali. Teodosio ha coordinato la materia ed ha stabilito il divorzio per la donna in caso di adulterio del marito, di macchinazione contro l'impero, o se egli è reo di omicidio, di veneficio, di sedizione, di falsità e di ancora molte altre cause.

c. XV. 2. Teodosio dà licenza al marito di ripudiare la moglie, se essa è adultera, assassina, avvelenatrice, libertina (dorme o mangia fuori di casa senza permesso del marito), violatrice di sepolcri, o attenta alla vita del marito, o lo bastona ecc. In questi casi chi ha una di queste giuste cause, non perde la dote o i lucri dotali e lucra entrambi.

c. XV. 3. Chi ripudia senza ragione è soggetto a pena. Se la donna manda senza ragione il libello di divorzio, e per di più è rea di una causa di divorzio da parte del marito, non si può sposare per 5 anni: se si sposa ugualmente, qualsiasi terzo si può opporre a ciò.

c. XVI. Lutto vedovile. Se anche la donna è senza colpa, il matrimonio è sciolto, non può passare a nuove nozze prima di un anno dallo scioglimento del passato matrimonio. Non così per il marito, che anche se colpevole, può subito risposarsi. Tale termine per la donna è per evitare la "*turbatio sanguinis*", e non recare quindi confusione sulla paternità dei "*nascituri*". Altri testi lo pongono come un rispetto al passato marito.

c. XVI. §. 1. Teodosio aveva già stabilito tutto ciò. Giustiano aggiunge tre cause di divorzio:

1) se la donna provoca aborti; 2) se la donna va a fare bagni insieme ad uomini; 3) se la donna parla a terzi di matrimonio benché sia maritata. In tale caso il marito può chiedere giustamente il divorzio e lucrare la dote oltre a riavere i lucri dotali.

c. XVII. I coloni *adscripticii*, (specie di servi della gleba) non possono sposare una donna libera, anche se avessero il permesso del padrone. Se essi facessero ciò, il padrone può farli frustare, non essendosi compiuto il matrimonio né essendovi né dote né donazione antenuziale.

Così sono complete le cause di divorzio.

c. XVIII. Abbiamo trovato il modo di applicare pene per i matrimoni indotati. Giustiniano pone l'ipotesi del matrimonio senza la costituzione di patti dotali e fatto col solo consenso "*ducere uxorem nuptiali assumpta voluntate atque sententia*". In generale il matrimonio viene contratto per condurre la donna come moglie, oppure il venire della donna all'uomo senza *donatio ante nuptias* e senza costituzione di dote. Tra parentesi, Giustiniano vuol dire che ciò capita spesso, cioè che non vi sia la scrittura. Non per aver la costituzione della dote, il marito manda via la moglie, con ciò ripetendo le concezioni occidentali, ma che per gli orientali erano poco concepibili, ma Giustiniano afferma che "*nuptiae sicut quidem nuptiae*" e in tale caso le deve dare il quarto del suo patrimonio. Se il marito aveva più di 400 libbre d'oro il marito doveva dare 100 come massimo. In questa proposizione per il corrispettivo della massima dote che si solevano dare. Le 400 libbre (*substantia*) devono essere al netto, cioè sgravate dei debiti. Alla donna succede la stessa cosa, se la donna è stata causa dell'allontanamento; la donna deve restare 5 anni senza riprendere marito invece di uno.

XIX. Giustiniano dice che vi erano degli sposi che rimandavano il libello di ripudio senza aver intenzione di separarsi. Ciò viene proibito perché ciò è necessario per tutelare i genitori. E ciò perché gli sposi volevano che i padri restituiscano la dote e poi tenerla personalmente. Perciò Giustiniano vuole che i figli non possano sciogliere il matrimonio per recar danno ai genitori: egli doveva intervenire. Ciò disse anche Marco Aurelio, Diocleziano e Giustiniano li segue.

Con ciò abbiamo terminato la materia dei divorzi.

XX. La morte come scioglimento del matrimonio. Per la morte di ambedue i coniugi il matrimonio si scioglie: il marito abbia i lucri stabiliti nei patti e la moglie la donazione secondo la sua costituzione. Non è proibita la ineguaglianza di quantità, ma ineguaglianza di patti (ad es. $\frac{1}{4}$ il marito e $\frac{1}{4}$ la moglie, l'uno

della dote, l'altra della donazione, ma sempre per il patto minore).

* Karlowa: Röm. Rechtsgeschichte. 250. L. 364.
II. v.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts.
58.5. D. 7-9

Perozzi: Istituzioni.

Pampaloni: Questioni di dir. giustiniano. (6)
Riv. It. di Scienze Giuridiche. Vol. 49. (1911).

* Queste citazioni bibliografiche sono state scritte a matita sull'ultima pagina degli appunti.

ROBERTO DE RUGGIERO

PAPIROLOGIA GIURIDICA

(a.a. 1931-32)*

Preliminari

Il diritto egiziano o encorico è il diritto locale, che è materia degli egittologi tranne per quei pochi documenti in demotico di cui vi sono cultori in Germania. Avrebbe importanza anche riguardo al diritto greco-romano.

La papirologia è materia giovane. Il *papyrus* è un foglio usato dagli egizi per scrivere; essi sono facilmente conservati, inoltre erano scritti con inchiostri indelebili, onde sono potuti arrivare sino a noi. Gli egiziani sono persone colte: essi usavano molto la scrittura, mentre i romani avevano soprattutto formalità orali.

A ciò è dovuto il fatto che noi possiamo conoscere la vita egiziana in gran parte dagli scritti pervenutici. Infatti i papiri, raccolti in volumi, erano messi in anfore e si sono conservati nonostante la distruzione dei villaggi, poiché erano fossilizzati all'interno delle anfore: si trovavano così biblioteche private o archivi assai ben conservati. Inoltre i papiri si sono trovati in im-

* Per agevolare la fruizione di queste pagine sono stati corretti i nomi di persona e di luogo, citati nei documenti papirologici ed epigrafici, insieme con i termini greci tecnico-giuridici, ecc., che ascoltati dal nostro pur attentissimo *auditor* non sempre risultavano chiari e pertanto difficili da trascrivere, senza avere sotto gli occhi il testo che il De Ruggiero verosimilmente leggeva, traduceva e commentava: inoltre sono state aggiunte in nota le sigle complete dei papiri e delle iscrizioni, che ho potuto riconoscere. Anche qui non è indicata la numerazione originale delle pagine.

mondezzai, ricoperti anch'essi dalle sabbie: essi sono in condizioni assai peggiori.

L'acquisto di tali documenti avveniva in un primo momento in un modo caotico. Essi venivano venduti dagli abitanti locali, che in un primo tempo li raccoglievano per bruciarli, poiché davano un aroma buono. Così, un unico frammento circa un matrimonio è stato diviso tra l'Italia (Firenze), la Germania (Lipsia, per opera di Mitteis) e l'Inghilterra (Oxford).

Il Mitteis scrisse nel 1845 del "diritto popolare e diritto locale" (*Reichsrecht und Volksrecht*), quadro sintetico dei rapporti del diritto romano e del diritto locale nelle provincie greche. I papiri del villaggio di Oxyrhynchus vennero editi da Grenfell e Hunt in 19 volumi. Nei papiri si è trovato di tutto: brani di opere di poeti e di tragici greci; ci sono stati tramandati i Vangeli, brani della vita di Cristo (λόγια Ἰησοῦ), opere di medicina, di filosofia, di qualche opera dei classici da noi completamente ignorati.

Per quanto riguarda la vita quotidiana si sono trovate in quantità lettere di diversissima importanza, da quelle banali a quelle di importanza giuridica. La lettera di Apollonia, che si è trovata dice: "ti mando l'asino perché all'ora quarta venga a pranzo con me". Si hanno anche lettere di contenuto osceno.

La parte giuridica è la più importante per noi: abbiamo contratti di vendita, di affitti di immobili, di fondi rustici, di navi, di un asino, di un bue, mutui semplici o con ipoteca, contratti di vendita con pagamento immediato o differito del prezzo con un finto mutuo (questo è un modo locale, per il quale il debitore, da debitore di prezzo, diventa debitore di una somma ricevuta a mutuo).

Abbiamo anche dei contratti di natura familiare: contratti di matrimonio, patti patrimoniali: la dote, si fa la descrizione delle cose che la donna porta in dote (vesti, monili, la madia, utensili, domestici o denaro costituito in dote). Poi anche le clausole del regolamento della futura successione degli sposi in presenza di figli, le clausole che riguardano reciprocamente il divorzio e fis-

sano che cosa si dovrà pagare dall'uno all'altro se si manda il "*libellum repudii*"; atti di divorzio, atti di adozione, atti di garanzia ipotecaria o personale, atti di società costituite da due o più persone col relativo regolamento giuridico; atti di vita processuale (attraverso i processi verbali di un giudizio si ha l'intero svolgimento di un processo).

Il problema che si presenta al papirologo è grave, perché questi documenti sono scritti in demotico, scrittura locale, in greco raramente, in latino misto col greco. Essi ci presentano questo problema: qual è il diritto contenuto in questi documenti? Si tratta di diritto encorico, cioè locale, o greco o greco-romano?

Il diritto egiziano territoriale è sicuramente quello del periodo anteriore alla dominazione greca. In questo secondo periodo, quando cioè comincia la dominazione greca, si deve distinguere che cosa deriva dal diritto greco e cosa dal diritto locale. Nel periodo romano ci si domanda: è il diritto romano che si è adattato al diritto locale o viceversa il diritto locale è stato modificato dal diritto romano o ha subito ulteriori influenze?

(Nota che i pareri del *Corpus* sono pareri teorici più che pratici e i pochi pratici sono teorizzati. Però nei trittici di Transilvania, trovati a Verespatak, ci sono conservati atti realmente avvenuti, vendite e compre di schiavi o schiave, vendite reali).

Nomenclatura degli atti in genere

Gli antichi (egizi, greci) non hanno il concetto di contratto come l'hanno i romani, i bizantini e noi moderni e questo spiega perché l'elaborazione giuridica dei greci non sia andata oltre come quella dei romani. I greci classificano gli atti dal punto di vista formale, esteriore e non basandosi sul contenuto. Solo molto tardi si ha tale classificazione presso i greci bizantini (*sinallagma*, simbolo). I greci che dominano questi paesi considerano i vari documenti secondo il modo di redigerli, indipendentemente dal loro contenuto in documenti privati e pubblici.

1. *Documenti privati:*

a) χειρόγραφον (chirografo) è un documento unilaterale, perché è una sola persona che parla sotto forma di lettera (anche se noi ci ravviseremmo un contratto) e si dirige all'altro come se egli scrivesse una lettera.

b) ὑπόμνημα è un'offerta di contratto, la dichiarazione fatta ad una persona di voler fare un certo negozio, con questa offerta che si perfeziona con la sottoscrizione del destinatario.

c) συγγραφή è un documento in cui si ha una redazione oggettiva di quello che le parti vogliono raggiungere: nessuna di esse parla in persona propria, parla un terzo. Intervengono dei testimoni, normalmente sei che sottoscrivono e garantiscono la verità dell'atto e uno di essi prende in consegna l'atto e diviene il custode di esso, si chiama perciò "συγγραφῆς φύλαξ" (*custos cartarum*). L'atto si scrive due volte di seguito nel documento, ma la prima viene suggellata: questa serve solo per eliminare le controversie possibili.

È da notare che le denominazioni χειρόγραφον e συγγραφή si trovano anche nel diritto bizantino, ma con significato di contratti verbali e non scritti.

Accanto a queste forme fondamentali si deve notare poi che il diritto egizio presenta questa diversità: negli atti predetti non intervengono pubblici ufficiali.

2. Documenti pubblici

Nel diritto egizio vi erano i μονογράφοι, o notai, i quali scrivevano gli atti. Gli atti, quando comincia la dominazione greca, si facevano con scritture notarili. I greci allora riconoscono tali atti a condizione che questi siano presentati a un pubblico ufficiale greco con traduzione greca per assoggettarli a tassa e dare tutela al diritto menzionato in essi. A contatto colla civiltà egizia, i greci finirono per adottare lo stesso sistema che gli atti venissero redatti da pubblici ufficiali greci, notai (ἀγορανόμοι και μνήμωνες) i quali ne divennero anche custodi e conservatori. Questi atti assumono molto spesso la forma della redazione oggettiva della συγγραφή (come avviene oggi anche nei nostri atti);

per lo più le parti parlano in terza persona, talvolta in persona propria (ὁμολογῶ, dichiaro).

È ammissibile che vi siano atti in cui parla quello stesso che fa far l'atto; ad es. un testamento. Nei documenti redatti dagli ἄγορανόμοι si ha talvolta la redazione soggettiva, la quale si chiama ὁμολογία. Se uno solo è il contraente, egli solo parla; se sono due contraenti, parlano successivamente: es. prima il venditore, poi il compratore.

Un'altra forma fittizia è la συγχώρησις, che è una finta transazione, per cui le parti che vogliono raggiungere un fine, fingono di avere una lite e scrivono l'atto sotto forma di transazione e la lite è inesistente.

Siccome è un finto giudizio, quando si tratta di un atto privato, viene consegnato dalle parti al giudice (ἀρχιδικαστής), perché lo conservi nei suoi documenti; attraverso la forma transattiva si cede un diritto che si dovrebbe cedere direttamente. Grosso modo si può paragonare alla "*in iure cessio*", l'acquirente fa da attore, l'alienante "*convenuto cedit*", cioè non resiste, e la cosa viene assegnata al compratore.

In materia di vendita si può adoperare questa συγχώρησις, sempre con la forma del mutuo finto per il pagamento di prezzo.

Infine abbiamo la διαγραφή, documento che nasce dalla pratica dei "τραπεζῖται" (banchieri) i quali fanno delle scritture sui registri in rapporto alle partite degli affari che hanno coi clienti. Le scritturazioni (διαγραφαί) danno luogo a un tipo di documento speciale, redatto dai banchieri, che ha applicazione larghissima in materia di quietanza.

Questi tipi sono schemi non rigidi, si possono avere documenti che partecipano dell'uno e dell'altro atto e non sono ben definibili.

Così abbiamo compravendite fatte mediante la ὁμολογία, mercé documento pubblico, con doppio atto separato l'uno dall'altro, o fatte con due atti posti l'uno in relazione all'altro o col sistema egizio di separare le obbligazioni del compratore e venditore da una parte e dall'altra le documentazioni relative al tra-

sferimento della proprietà: il che ci rivela un ordinamento della proprietà fondiaria.

La compravendita

Prendiamo ad esaminare la compravendita per il contenuto: c'era la compravendita del diritto romano, quella del diritto encorico e quella del periodo greco-egizio; vedremo come è concepita la vendita per il diritto romano bizantino, quale è la vendita egizia, come è modificata dal diritto romano e come appare nei testi greco-romani.

La vendita romana è verbale, è perfetta oralmente, ma nella vendita di "*res Mancipi*" per il passaggio della proprietà è necessaria la "*in iure cessio*" o la "*Mancipatio*"; nella vendita di "*res nec Mancipi*" basta la "*traditio*". Se si fa la *traditio* di una *res Mancipi*, non si trasferisce la proprietà, ancorché ciò avvenga in buona fede. Però la scrittura è usata nella compravendita al tempo di Giustiniano ed anche in tempi anteriori di poco.

Ist. 3.2.3. – Giustiniano, affermato il carattere consensuale della vendita, avverte che ciò è valido anche se la compravendita è basata su di uno scritto. Le compravendite fatte con atto scritto sono valide solo se è scritto lo strumento della vendita per opera delle parti o se avviene per opera del notaio (*tabellio*) figura ignota ai giuristi romani classici. Qui si vede che la scrittura ha del tutto sostituito il puro consenso delle parti. Tanto è vero che di seguito il testo dà il diritto alle parti di recedere dal contratto, se l'*instrumentum* è imperfetto, a meno che non sia stata data un'*arra* (concetto greco-egiziano). Se è stata data invece l'*arra*, la vendita è perfetta: onde se una delle parti recede, perde l'*arra* se è il compratore che recede, o il doppio se è il venditore.

Sulle tavolette cerate di Transilvania è scritto il testo del contratto ed il riassunto di esso: è un trittico, perché sono tre tavolette cerate sulle quali si scrive con uno stilo in bella scrittura.

Queste tavolette sono forate e attraverso i fori esse si stringono con un *ligamen*; all'esterno delle due parti non c'è nulla.

All'interno invece, sulle due tavolette che poi si fanno combaciare, si scrive il testo originale dell'atto con le firme dei contraenti e dei testimoni; queste due tavolette si sigillano e vengono aperte solo in caso di contestazione. Sulla terza tavoletta, all'interno, si scrive il riassunto del contenuto dell'atto, che così viene chiuso solo col *ligamen* e si può, sempre che ne sia il caso, vedere e controllare. Abbiamo esempi di atti di "*emptiones*" fatte con "*mancipationes*", compravendite di "*res Mancipi*" in cui si richiede la "*mancipatio*" o la "*in iure cessio*", perché avvenga il trasferimento della proprietà. Così abbiamo un atto di vendita di un fanciullo schiavo (anno 142), una vendita di una schiava (anno 139), una vendita di una casa.

Esse sono in trittico; nella terza e nella seconda faccia vi sono il testo e le firme, nella prima v'è un largo riassunto dell'atto. Le tavolette hanno da un lato tre fori, dall'altro un foro; la prima faccia è bianca, la seconda e la terza suggellate si aprono solo in caso di controversia; l'ultima faccia esterna è anche bianca.

La miglior pubblicazione delle tavolette di Transilvania è quella del Bruns (*Fontes iuris romani antiqui*). Vi sono vendite di "*res Mancipi*", l'atto attesta che le parti hanno fatto la "*mancipatio*": i testi sono relativi a fondi provinciali, si chiamano infatti "*mancipationes*". Leggiamone alcuni:

1., Vendita di uno schiavo¹.

I. enunciazione: Tizio ha comprato uno schiavo con "*mancipatio*".

II. enunciazione: si garantisce il compratore dai vizi occulti, cioè che è immune da malattia, immune da furto o noia (danno ad altri), non è dedito al vagabondaggio, non è *fugitivus*, non è affetto da mal caduco (epilessia).

III. garanzia contro l'evizione: se qualcuno abbia evitto o abbia ad evincere tutto o parte (condominio) dello schiavo, il venditore dovrà pagare al compratore il doppio del valore dello schiavo (o del diritto richiesto, *duplum bonae*).

¹ Bruns⁷ nr. 130.

IV. enunciazione: dichiarazione del venditore di avere ricevuto il prezzo (quietanza). Data e firma delle parti e dei testimoni (l'atto è avvenuto il 14 maggio 142 d.C.)

2., Vendita di fanciulla schiava di circa sei anni comprata "*sportellaria*", cioè, secondo Mommsen, come accessoria della madre, che era stata venduta antecedentemente².

I. enunciazione: Tizio compra la schiava per 205 sesterzi.

II. enunciazione: garanzia dal furto, dalla nassa, che non è fuggitiva (non parla di malattia).

III. garanzia contro l'evizione: il venditore in tal caso dovrà pagare il doppio del denaro richiesto.

IV. enunciazione: quietanza, prezzo, Karto (luogo) 17 marzo 139 d.C., firma del compratore e firme dei sette testimoni.

3., Vendita di una casa. (159 d.Cr.)³

I. enunciazione: Andueia figlia di Batone compra mezza casa, l'ala destra nel villaggio *Alburnus Maior* dei *Pirustae*, da parte di Veturio Valente: si acquista la cosa con la *mancipatio*.

II. enunciazione: questa metà di casa (con le sue chiusure, con le sue serraglie, recingimenti, anditi, luoghi chiusi, finestre) così come è, ferma, di pieno diritto il compratore acquista ("*habere licere accipiat*").

III. enunciazione: garanzia contro l'evizione: se da parte di un terzo avviene un fatto contrario all' "*habere, possidere usuque capere*" (*usucapere*, perché essendo dominio provinciale non si può acquistare per mancipazione, ma si può solo per usucapione), il venditore garantisce il compratore per il doppio del prezzo richiesto.

IV. enunciazione: quietanza di pagamento; data e firme delle parti e dei testimoni.

Adesso torniamo al diritto egizio encorico. I testi sono scritti in demotico. Nel diritto egizio la vendita è scritta sempre ed è

² Bruns⁷ nr. 131.

³ Bruns⁷ nr. 133.

sempre costituita da due atti (copie), che possono essere scritti anche in due periodi (giorni) diversi ed anche simultanei o scritti addirittura nel medesimo papiro; il primo è quello che, secondo il testo demotico, si chiama l'atto dell'argento o prezzo (πρῶσις: vendita; ὥνή: compra) ovvero atto della vendita; il secondo è l'esecuzione della vendita o tradizione della cosa (ἀφίσταθαι, ἀποστασίον). Se si fa solo il primo e non il secondo non si produce alcun effetto della vendita; il primo ha bisogno del secondo per essere completato.

Il secondo atto è la tradizione della cosa, il recesso che il venditore fa dalla sua cosa, perché il compratore se la possa prendere (συγγραφὴ ἀποστασίον). Πρῶσις: 1., Tu hai dato, il mio cuore è soddisfatto col denaro. 2., Io ti ho dato, ed esso ti appartiene. 3., Io ho il prezzo loro (delle cose) in denaro ricevuto completo e senza alcun resto (senza che manchi nulla). 4., Nessun uomo al mondo, né io, né la mia schiatta deve far violenza sulla cosa fuori che tu. 5., Se contro te qualcuno verrà in mio nome o nel nome di chiunque altro al mondo a richiedere la cosa, quello io allontanerò da te (io ti difenderò: garanzia di evizione). 6., Io voglio tenerla pura a te contro qualunque atto o documento. 7., Essa ti appartiene come ti appartengono i titoli dovunque essi siano, dovunque siano fatti. 8., Essa ti appartiene con ogni suo diritto. 9., Il giuramento che io presterò a te dinanzi ai giudici sull'essenza del diritto dei suddetti documenti io ti presto giuramento della esistenza e della validità di questi diritti.

La πρῶσις parla del prezzo, della cosa, dei titoli da cui risultano i diritti sulla cosa, dei diritti consequenziali alla potestà sulla cosa: è un atto obbligatorio. L'atto non parla della trasmissione della cosa: ciò spetta all'altro documento dell'ἀποστασίον, col quale il venditore, rinunciando ad ogni suo diritto sulla cosa, la trasmette al compratore.

Ἀποστασίον: 1., Io mi distacco da essa per te (descrizione della cosa). 2., sulla quale io nel giorno X dell'anno X del vivente Faraone ti ho dato un documento di quietanza del prezzo rice-

vuto (πρᾶσις). 3., essa ti appartiene. 4., e perciò io non ho una parola al mondo da rivolgerti rispetto ad essa e nessun uomo al mondo l'ha neppure. 5., e se qualcuno verrà a molestarti in mio nome io ti difenderò. 6., e tu puoi perseguitarmi, ove questa garanzia mancasse, in virtù della πρᾶσις che io ti ho dato.

Per avere un'immagine plastica del contrapposto tra questi due documenti si può pensare al sistema fondiario nei paesi germanici della compravendita immobiliare (Auflassungsdeklaration, Grundbuch, πρᾶσις): le parti dopo aver fatto l'atto di vendita (contratto) debbono andare dinanzi all'ufficiale perché avvenga il passaggio della proprietà tra le parti con la iscrizione nel libro fondiario (Auflassung: ἀποστασίον). La somiglianza del diritto encorico però non è perfetta: solo più tardi nel diritto faraonico si ha uno stato di diritto simile.

La compravendita non è perfetta, se non intervengono tutti e due gli atti: πρᾶσις e ἀποστασίον.

Vediamo come si concepisce una vendita greca (ὥνή ovvero πρᾶσις): è bene esaminare la vendita immobiliare che è più importante.

Da Teofrasto apprendiamo che nella vendita immobiliare perché sia assicurato il libero godimento al compratore e sia garantita l'evizione, ci sono vari sistemi. Uno di essi è la “προκήρυξις”, un annuncio preventivo che le parti (e specialmente il venditore) fanno del proposito di vendere, mercè un pubblico araldo, perché eventualmente i terzi interessati si oppongano alla vendita. Sistema questo, come confessa lo stesso Teofrasto, molto imperfetto, perché possono non saperlo gli interessati e poi non ne rimane traccia, essendo tutto affidato alle parole.

Migliore è il sistema della “προγραφή” (*ante scriptum*), dichiarazione dell'intenzione di vendere fatta dal venditore in iscritto e inserita negli atti di un pubblico magistrato e da questo momento i terzi possono essere informati.

Più perfetto dei due è il sistema della “ἀναγραφὴ τῶν κτημάτων” (registro pubblico delle proprietà immobiliari) che è combinato col sistema dei “συμβόλαια” (*instrumenta*).

Quelli che vogliono vendere e comprare fanno annotare in tale registro questo loro proposito, sicché chi ispeziona il registro pubblico è informato che è in programma l'alienazione di un immobile.

Più di questo non si può cavare da Teofrasto, ma da un papiro di Halle (Germania) siamo informati in modo più completo circa un sistema di pubblicità greco della città di Alessandria. Su quello si tratta dell' "ἀπογραφή" (dichiarazione che si fa al fisco regio del proposito di vendere e poi un pagamento di una tassa (ταμίαι, ἐγκύκλιον) di circolazione dei beni che parrebbe doversi determinare nel 5%, e che equivarrebbe alla tassa italiana di registro o tassa per formalità ipotecaria della trascrizione). Il papiro è una raccolta di norme legali (Δικαιώματα); γῆς καὶ οἰκίας καὶ οἰκοπέδων ὥνῃ: ci informa dell'organizzazione delle vendite immobiliari ad Alessandria. Questo testo è molto importante.

I. parte. Se alcuno comprerà da chiunque o un fondo rustico o un fondo urbano o delle costruzioni, pagherà ai "ταμίαι" (i preposti al regio fisco) per ogni cento drachme del prezzo cinque drachme; fatta eccezione per le vendite che siano comprese entro il prezzo di 50 drachme: e questo (che si paga) sia sacro ad Alessandro (tassa alessandrina del fisco).

II. parte. E i "ταμίαι" (*quaestores*) facciano la "καταγραφή" delle compere secondo i demi e secondo i mesi (c'era perciò un registro per quartieri e cronologico). E iscrivano sotto il demo del venditore in primo luogo il nome del venditore insieme con la paternità e col demo, poscia quello del compratore alla stessa maniera ed il mese ed il giorno nel quale essi abbiano ricevuto la vendita (la dichiarazione della vendita) e che cosa si è venduto (indichino cioè l'immobile nominativamente) e dove l'immobile si trova e quella denominazione che il fondo abbia (nome catastale) e vi scrivano in aggiunta anche quello del precedente venditore e se siano più i passaggi che risultano all'ufficio, tutti (altri interpretano se vi sono più venditori precedenti, tutti).

III. parte. E poscia che il venditore abbia dato "τὸ ἀμφοῦριον" [Parola di dubbio significato vicino a confine per la radice.

Si son fatte varie ipotesi sul significato di questa parola. Teofrasto dice che è un modo di assicurarsi che nessuno avesse dei diritti da accampare, il compratore chiamava tre dei proprietari dei fondi confinanti e dava a ciascuno di essi una monetina: questi facevano testimonianza pubblica se altri, oltre il venditore, avessero o no diritto su questo immobile che si vendeva. Perciò alcuni hanno ritenuto che “ἀμφοῦριον” significhi la monetina che si dava ai proprietari vicini. Ma così non verrebbe fuori un significato logico, perché il sistema del registro pubblico ha superato quello molto più imperfetto dell’annuncio fatto a mezzo dell’araldo. Altri allora vogliono intenderlo con il significato di confine; e allora sarebbe dopo che il proprietario abbia dato i confini, ma questo significato neanche può andare, perché il venditore dava il nome e la delimitazione del fondo già nella parte 2^a dell’atto e quindi sarebbe stato superfluo dare ulteriori limitazioni. La spiegazione più attendibile dell’ “ἀμφοῦριον” sarebbe quella di “tassa di circolazione da pagare al fisco” – come ritiene il *De Ruggiero* –] dopo che abbia pagato la tassa e abbia fatto la dichiarazione pubblica della vendita, non gli sarà più lecita contro il compratore l’azione giudiziaria, né reclamo rispetto a questa terra, a questa casa, o a queste costruzioni.

Perciò pagata la tassa di circolazione e fatta la “ἀπογραφή”, il venditore si spoglia di ogni diritto di azione verso il compratore. Coloro che compiranno contro le leggi, la vendita non abbia valore, né sia valida la decadenza.

IV. parte. Se il venditore non riceva qualcosa del prezzo (ci sia un residuo prezzo da pagare) si iscriva presso i “θεσμοφύλακες” (custodi del θεσμός) il credito, ovvero si scriva una “συγγραφή” riconoscitiva di questo debito, si faccia una “συγγραφή” secondo un contratto di mutuo (cioè si finge il credito per il residuo prezzo come credito da precedente mutuo contratto dal compratore) e se ciò non si faccia, al venditore non spetterà per questo residuo prezzo alcuna azione.

Tutti i papirologi si sono occupati di questo testo che è stato assai criticato e commentato. La vendita immobiliare, per essere valida, non può avere luogo senza la “καταγραφή”, redazione di

un pubblico strumento e presentazione al pubblico archivio e per ragioni d'essenza e fiscali, tributarie, se non è accompagnata dal pagamento della tassa di circolazione.

La “καταγραφή” è un pubblico strumento dal punto di vista sostanziale, essa è necessaria perché avvenga il trasferimento della proprietà, ma è successiva ad una scrittura privata in cui le parti hanno contrattato la vendita.

La “καταγραφή” ha luogo mercè la presentazione della dichiarazione di vendita e la trascrizione nel pubblico registro: vuol dire che la vendita è avvenuta prima con scrittura privata. Quando le parti vogliono dare alla vendita piena efficacia vanno a far registrare l'atto: quindi la “καταγραφή” si fa solo per ottenere l'effetto del passaggio della proprietà. Il risultato che noi possiamo trarre è che secondo il diritto alessandrino la vendita di un immobile si compie mediante due atti staccati: a) un documento privato in cui abbiamo tutte le indicazioni; b) un documento pubblico attuato con la καταγραφή (iscrizione nei pubblici registri).

Torniamo adesso al diritto greco-egizio.

Troviamo dei residui della legge alessandrina che si innestano sul sistema egizio dei pubblici ufficiali (notai). La καταγραφή rimane, ma passa dagli uffici pubblici ai notai, non nel senso che non ci sia un registro pubblico, ma nel senso che il pubblico documento che veniva fatto coll'intervento dei ταμίαι vien fatto direttamente dalle parti alla presenza degli ἀγορανόμοι (diviene *atto notarile*). Ma perché la vendita sia operativa dei suoi effetti in confronto dei terzi, occorre che sia iscritta nella “βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων”. Essa si trova concepita in due modi che però rispondono ad un unico concetto, la duplicità dell'atto: si ha o la contestualità degli atti o la separazione degli atti. Questi due atti corrispondono agli atti che nel diritto egizio sono l'uno la *πρῶσις*, l'atto obbligatorio, l'altro l'atto dell'*ἀποστασίου*, il recesso, la rinuncia che fa il venditore al suo diritto.

Nei documenti il primo atto è chiamato ὥνή (vendita); è un atto rappresentato da un protocollo notarile; quanto agli atteg-

giamenti che può prendere, esso assume spesso la forma di una συγγραφή, altre volte di una συγχώρησις, altre volte quella del χειρόγραφον: queste forme ci si presentano quasi sempre mescolate.

Come protocollo agoranomico è generalmente redatto oggettivamente, la composizione schematica dell'atto è rappresentata da tre parti:

I. parte. Il venditore ha ceduto l'oggetto (indicato coi confini, colle particolarità, qualità della terra, quantità ecc.).

II. parte. Il compratore ha comprato: si dice più brevemente o addirittura si ripete la descrizione.

III. parte. Βεβαίωσις, cioè garanzia che il venditore dà al compratore, talora coll'intervento di un garante o di due garanti che prestano fideiussione.

Su questo atto il compratore paga l'ἐγκύκλιον alla βασιλικὴ τράπεζα (banca regia) che ha il diritto alla tassa di circolazione e ne ritira la ricevuta (πτῶμα): così si passa al 2° atto. Il 2° atto consiste nella dichiarazione di rinuncia che il venditore fa del suo dominio sulla cosa (ὑποστασίον). Questo secondo documento ha luogo di regola sotto forma di ἀμολογία (soggettivamente), ma spesso si trova concepito nella forma della παραχώρησις o in forme incerte. Molti papiri ci hanno conservato atti reali di vendita. Dell'anno 101 a.C. abbiamo una ὥνῃ a cui segue il documento dell'ὑποστασίον⁴.

“Nell'anno 14 del regno di Tolomeo chiamato anche Alessandro divo Filometore, essendo sacerdoti, sacerdotesse (κανηφόροι), il giorno 2 del mese di “Χοιάκ” nel villaggio di Παθύρις, avanti ad Hermias agente di Paniskos l'agoranomo. Il venditore ha venduto, (Psenmenches) figlio di Panechates persiano dell'Epigone, di anni 55, mezzo color miele (colore giallognolo), di aspetto mite, calvo davanti, di viso lungo, diritto, cicatrice nella guancia sinistra, claudicante dal piede sulla parte destra. Venuto insieme col figlio proprio Harpaesis, figlio di Psenmenches, per-

⁴ BGU III 998 = MChr. 252.

siano anche lui, di anni 30, colore come sopra, con tutti i capelli, viso allungato, diritto, senza cicatrici”.

Poi viene la descrizione della cosa venduta.

Atto del 101 a.Cr.: papiro con i due atti contrattuali.

“Ha dato la casa fabbricata e con camere fatte a volte (καμάρα = volta) e fornita di tutte le porte, col cortile antistante che si trova nella parte nord del villaggio di Pathyris, di cui i confinanti vicini sono: a sud la casa di Nekous figlio di Panekates, a nord la casa di Kephalon, ad oriente la strada e a libeccio la casa di Portis figlio di Petesouchos, la quale a sua volta confina con la via, e quanti altri (confinanti) ce ne possono essere in qualunque lato (cioè se ne è tralasciato qualcuno non importa).

*Epriato*⁵, ha comprato (Peteesis), figlio di Ones, persiano di anni 40, che ha la cicatrice sulla fronte, per quattro talenti di bronzo (1 talento = 600 drachme; 1 calco = 1/8 di un obolo = 2 centesimi; 1 drachma = 93 cusi; 4 talenti = 24000 drachme; ma non è detto che tale sia la esatta corrispondenza dei valori). Promittente e garante di tutte le cose secondo la vendita è Psenmenches, il venditore, e tutto ciò è ricevuto dal compratore (le parti non firmano, poiché non parlano nel testo – firma invece il notaro)”. Qui finisce il primo atto, cioè la vendita obbligatoria, in un secondo papiro è contenuto l’atto dell’ἀποστασίον.

“E io Hermias agente di Paniskos agoranomo ho fatto questo protocollo dell’ἀποστασίον (ὁμολογία). Psenmenches, figlio di Panechates, persiano dell’Epigone, dichiara di separarsi dalla casa venduta in fabbrica e munita di tutte le porte e del cortile antistante, la quale si trova nella parte nord del villaggio di Pathyris (e qui si ripetono i confini), la quale vendita fu presentata nell’archivio pubblico della città per quattro talenti di bronzo”. Dichiarazione dell’obbligazione di non molestare né lui né alcuni dei suoi aventi causa né ad alcuno quale che sia dei suoi aventi causa; “e se non si verificherà questo, questo scambio

⁵ Negli appunti la voce greca ἐπρίατο, cioè “ha comperato”, è traslitterata in italiano: questo significa che il nostro giovane studioso ha scritto la parola così come l’ha ascoltata dalla voce del maestro.

di valori sopraindicato si priva di efficacia (s'intende, rispetto al compratore) e paghi in più l'aggressore (l'inadempiente) subito un sopraprezzo di otto talenti di bronzo (qui è riprodotto il sistema romano della "*stipulatio duplae*": si fa una *stipulatio* che si aggiunge alla vendita, nella quale il venditore promette il doppio nel caso che si verifichi un fatto lesivo: si noti che qui non c'è derivazione, ma soltanto somiglianza di norme) e pagherà anche una multa alla banca regia. Pagherà sacre ai re (al fisco regio) 160 drachme d'argento di giusto peso e nullameno incombe a lui l'obbligo di non far nulla contro le cose scritte sopra.

Questa ὁμολογία sia valida dovunque sia prodotta".

(Si è discusso molto se tale formula voglia rappresentare una semplice clausola rafforzativa che vieta alle parti di sollevare qualsiasi eccezione, quando venga esibito l'atto o dia all'atto efficacia esecutiva; quando una delle due parti sia inadempiente, sicché le parti se ne potessero servire dinanzi a qualsiasi giudice). – Poi viene la firma del notaio.

(Papiro in un unico testo, in due atti).

Papiro con la sola ὁμολογία (atto dell'ἀποστασίῳ) sulla base d'una vendita precedente è il papiro tratto dagli scavi del Fayum (46-47 d.Cr.) pubblicato nella collezione dei papiri di Berlino⁶. Esso è una copia della ὁμολογία, e il testo comincia con ἀντίγραφον, che vuol dire copia.

"Copia di... (lacuna) anno 6° dell'impero di Tiberio Cesare Augusto Imperatore, Paapis ed Erius due fratelli che vendono in nome proprio e di un fratello Panefremmis di cui hanno la tutela perché è minore di età. Paapis di 40 anni, di giusta statura con una cicatrice al piede destro, Erius, di anni 31, di giusta statura, entrambi tutori di Panefremmis, dichiarano ad Evandro, figlio di Acusilao, di 26 anni, con una cicatrice sulla sopraciglia, di aver venduto al medesimo, all'atto che è avvenuto, la ὀνή nello stesso tempo tutti e tre le quattro arure della terra vignata appartenenti ad ognuno (12 arure in tutto vendute)".

⁶ BGU I 177 = MChr. 253.

Qui mancano circa 30 lettere, c'è una lacuna, e poi cambia scrittura. Questo documento sottoscritto da Galerio, figlio di Sotas, agoranomo, notaio e archivista (conservatore di documenti).

“E a tutti cui si conviene sia noto che sono state vendute quattro arure per ciascuno di questa terra paterna (mancano qui 30 lettere, ma si capisce che vien fatta la designazione delle arure come son state distribuite). E stanno presso l'abitato del quartiere di Eraclides, di cui i confinanti sono i seguenti (nomi e lacuna: mancano 30 lettere).

Attestazione di aver ricevuto il pagamento del prezzo, essi dichiaranti il prezzo concordato pel quale ciascuno vende, tutto il prezzo completo e per mezzo del banchiere X (qui torna la mano di prima)”.

Garanzia. “Ed essi venditori dichiarano di garantire al sig. Evandro e a tutti i suoi aventi causa ciascuna di quelle arure che vendette, come è stato detto sopra, con piena garanzia, e di esser pronti a garantire giudizialmente; pagamento della tassa pubblica al pubblico ufficio fino a quello che è il già scorso anno 6° di Tiberio Claudio Augusto Cesare Imperatore: nessun diritto spetta al terzo e nessuna aggressione verrà da terzi per tutto il tempo. E mai nessuna molestia sarà portata a lui compratore, né ai suoi aventi causa in nessun luogo”. –

Papiro di Berlino 999⁷. Anno 99 a.Cr. 19 settembre.

“Regnanti Tolomeo sopranominato Alessandro e Berenice sua sorella e moglie, divini Filometori, l'anno 16 il giorno 3 del mese di Hathyr nello stesso villaggio, davanti allo stesso ἀγορα- νόμος, Eunon chiamato anche Nechutes, persiano dell'Epigone, di anni 50 diede la casa a lui appartenente, la quale si trova nella parte del villaggio di Pathyris che è verso sud-est dalla sorgente di Pathyris, e precisamente in quella parte che sta verso libeccio, al primo pilastro della quale casa i confinanti sono a sud la casa di Orseus, figlio di Horos, a nord-est la rimanente parte della casa dello stesso Eunon, a libeccio la strada pubblica, sulla quale si apre la porta verso la casa di Orseus e qualunque siano altrove

⁷ BGU III 999.

confinanti, comperò il sig. Petesouchos, di anni 30 per due mila drachme”.

Garanzia. – Firma del notaro.

II^a colonna. “Nell’anno 16 del giorno 21 del mese di Pharmouthi fu depositata nella banca della città di Crocodilopoli, nella quale Paniskos pagò 10 della tassa di ἐγκύκλιον, secondo la dichiarazione di Paniskos relativa alla vendita.

Avvenuta con questa ὁμολογία, per metà della casa di fabbrica e munita di serraglie che sta presso la fontana di Pathyris. Paniskos τραπεζίτης dichiara di aver ricevuto come banchiere la tassa di circolazione”. –

La prima fonte chiara che riguarda la compravendita degli immobili e altri diritti reali, ci è venuta dalla Petizione di Dionisia, scritta in otto colonne: alcune colonne sono ben conservate, altre con lacune. (Testi nei Papiri di Oxyrhynchus)⁸. Esso è un atto processuale, una memoria defensionale, esso riassume una causa che si svolge tra il padre, la figlia e il genero: siamo nel 186 d.Cr.. Esso nel *recto* conteneva tale memoria, nel *verso* un canto dell’Iliade. Fin dal primo momento, apparve l’importanza del testo, Grenfell e Hunt lo sottoposero a processi chimici e integrarono alcune lacune. La memoria riproduce minutissimamente tutte le fasi anteriori della causa.

La trama della causa è questa: il padre ha dato in dote alla figlia degli immobili, riservandosi l’usufrutto. Di poi tentò di levarli alla figlia per soddisfare i suoi creditori successivi. La figlia si oppone, dichiarando che sono beni di sua proprietà (iscritti nella βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων). Il padre accusa il genero di sobillare la moglie ed ordina alla figlia di tornare alla casa paterna. Questa si oppone negando che non v’è legge che dia tale potere al padre sulla figlia maritata. Se tale legge vi fosse, riguarderebbe la figlia nata da matrimonio non scritto e sposata con matrimonio non scritto. Ancora si mettono innanzi ragioni sentimentali (come vivrà la figlia fuori dalla casa del marito). Inoltre nella

⁸ P.Oxy. II 237; parz. in MChr. 192.

causa vengono menzionati pareri di giureconsulti locali e di precedenti pareri del prefetto (giudice locale).

Colonna VI, riga 4. “Questi di nuovo non cessò di aggredirmi, ma, ben comprendendo che intorno a questi beni non gli era ulteriormente lecito di attaccarmi dopo tante istruttorie ed epistole (comparse) volse per altra via i suoi attacchi contro di me; e poiché tu, o Signore (prefetto), di nuovo, secondo l'esempio degli altri prefetti che ti hanno preceduto, hai decretato che non ti si mandino lettere private, questi (il padre) non solo te ne inviò, ma ti produsse anche e mutilò la questione quasi come se potesse ingannare te, o Signore”.

“Avendo taciuto il prefetto ed essendo stata scritta la lettera di Longo Rufo ed essendo state scritte le mie istanze sottoscritte da Rufo ed essendo avvenuta la perquisizione dello Stratego e si è avuta la relazione dei bibliofilachi e si sono avuti gli scritti rivolti a te intorno a tutte le cose, e l'atto da me provocato che tu hai, o Signore, sottoscritto, e da questa (tua epistola) ai bibliofilachi si sono avute queste dichiarazioni: “Cheremone, figlio di Fanio, che fu già ginnasiarco della città di Oxyrhynchus, Signor Prefetto, poiché la mia figlia Dionisia ebbe compiuto contro di me molti fatti empivamente contro legge, sul suggerimento di Orione, figlio di Apione, marito di lei, spedii una epistola a Longo Rufo l'illustrissimo chiedendo che i beni ch'io le conferii mi sieno restituiti secondo le leggi, pensando che così avessero una pausa (o cessassero) le ingiurie contro di me. E scrisse (il prefetto) allo stratego del villaggio, l'anno 26 del giorno 27 del mese di X, ordinando di produrre le copie (del processo) scritte da me, affinché potesse provvedere sul conveniente da farsi dopo aver preso cognizione di queste cose. Ma poiché, o Signore, continua colla medesima insania a farmi ingiuria, faccio istanza, dandomene facoltà la legge della quale ti sottoposi il brano, perché tu la conosca, ti domando che a me, che la porto via nolente da casa di suo marito a casa mia, non mi si faccia violenza nell'esercitare questo diritto. Ma da chicchesia della casa di Orione, né da Orione, che continuamente mi fa violenza. Delle cose molte che si sono fatte (in giudizio) in-

torno a queste cose, te ne ho sottoposte alcune, perché tu le conosca. Anno 26 mese di Pachon”.

“Egli (il padre) dunque questa lettera scrisse (relazione dell’avvocato di Dionisia) non cessando punto né dal continuarle le ingiurie, né dal farle illegalità. E tante ingiustizie sono state da me subite, dicendo egli ch’io (gli faccio l’aria cattiva) lo tormento e ch’egli mi vuol privare dei beni che mi ha lasciati e questo è nuovissimo che io subisca violenza da mio marito che dopo aver fatto con me la συγγραφή – cioè il contratto matrimoniale – nella quale è contenuto il diritto puro mio, consentendo egli con me, e dopo ciò anche mia madre, e questi beni furono dati per soli otto talenti (lacuna); ed egli persevera di privarmi di mio marito (lacuna). – E privata dei beni io non posso certo essere alimentata né attraverso la dote ricevuta da mio padre (che mi sarebbe ritolta), né avendo avuto altro bene, ma non potrei ricevere gli alimenti se non a tempo. Sottopose adunque anche la decisione del giudice Similis, e le altre simili dichiarazioni date dall’Archidicaste da Longo Rufo”.

Riga 35. “Avendo ricevuto tale epistola, ed avendola trasmessa il giorno 3 del mese di Epeiph allo scriba regio ed allo stratego, io produssi mediante mio marito i tuoi ordini scritti, e pensai che sarebbe stato ai tuoi scritti (avrebbe cioè ubbidito), e ritenni che si fosse fatto già secondo quel che era stato scritto la prima volta da Longo Rufo, ma ritenendo che quel che s’era scritto intorno ai beni non fosse giusto, tornò a scrivergli e allora Longo Rufo, intorno alle cose che gli si erano contro scritte, ordina allo stratego che intorno a ciò si facesse una nuova istruttoria”. Cheremone mandò un nuovo libello al prefetto chiedendo di condurre via la figlia nolente, e intorno allo scritto di Rufo venne un decreto del prefetto Pomponio Faustino. “Da tutte queste cose, o Signor prefetto, (continua nella colonna 7 riga 9) appare chiara la causa ed è evidente la improbità del padre mio contro di me ed ora tutte le cose (di questa lite) precedenti ti ho prodotte, secondo quel che lo scriba regio ha accertato e secondo quel che ordinò colui che teneva la prostrategia, ed ora io

ti sottopongo istanza perché mi siano forniti gli alimenti, e sia impedito a lui di far come prima nuovi attacchi illeciti contro la mia proprietà e ciò sotto pretesto di una legge, che non gli dà affatto tale potere. Non vi è alcuna legge che autorizzi il padre a portar via dal marito le mogli nolenti, e se ce n'è una, essa però non vale contro le donne nate da matrimoni scritti e sposate con matrimoni scritti”.

Il testo continua ricordando le decisioni in materia simile di prefetti, di procuratori, archidicasti, già menzionate nella causa. Infine l'avvocato riporta le decisioni avute in cause simili: “Dai commentari di Flavio Tiziano già prefetto: c'era un Antonio di Apollonio, che aveva adito il tribunale per mezzo del nuovo avvocato Isidoro, e sosteneva che Sempronio suocero suo, per insinuazione della madre portandolo a lite, aveva portato via la figlia (ἄκουσα) nolente⁹. E questa degente per miseria ammalatasi ed abbandonata aveva adito l'Epistratego Basso, perché dichiarasse non essere permesso al padre di negare la convivenza della figlia col marito, se ciò volesse. Sempronio non avendo risposto, il prefetto aveva dato ordine che le mogli debbano vivere col marito”. Il testo porta poi un altro caso simile deciso dal giudice Sempronio; poi un altro caso ancora.

Colonna VII. Continua l'esposizione di stati precedenti e di precedenti decisioni; poi si arriva od uno stato della causa del tempo di questa petizione: “E secondo le cose dette dinanzi, Tiziano (giudice) giudicò che interrogassero Dionisia, e ordinò che la si interrogasse mercè interprete perché essa dica che cosa vuole; ed essa disse di voler rimanere presso il marito. E Paconio Felice dispose che ciò si verbalizzasse”.

Dopo tale interrogatorio gli avvocati discutono la ragione di diritto circa il potere del padre di richiamare in casa sua la figlia sposata, e si cita la decisione avuta in una causa di una certa Didyma: “Didyma, della quale era difensore Apollonio Umbrio,

⁹ Nel manoscritto in luogo della voce greca ἄκουσα, cioè “nolente”, “controvo-glia”, si legge “Acusa”, intesa verosimilmente come nome personale: per una plausibile spiegazione si veda *supra*, nt. 5.

contro Sabino detto anche Cassio dagli atti dice Serapione: *met' alla*¹⁰, interroga i litiganti che sono egiziani per sapere se presso di essi è mantenuta incorrotta la servitù delle leggi. E definendo io ti dico che gli egizi hanno non solo facoltà di portar via i beni di cui hanno dotate le figlie, ma persino i beni a loro propri". Umbrio risponde: "Se una volta tu hai dato la dote a tua figlia, rendila". Risponde Sabino: "E questo chiedo". Umbrio di contro: "No, alla figlia restituisci". E Sabino di rimando: "Ma con ciò minimamente conviene di vivere col marito". E Umbrio di rimando: "E sarebbe peggio che vivesse lontano dal marito".

Colonna VIII. Copia d'una sentenza emessa da Ulpio Dionisodoro, già è giurisprudenza, a favore di Sallustio Africano, prefetto della milizia.

A metà di tale colonna si riporta la sentenza ottenuta da Munazio: "disse Munazio: se si muove un'accusa, la lite di carattere pecuniario non dev'essere sospesa; e se non fosse così, tutti muoverebbero un'accusa di falso per sospendere la causa". Di poi si accenna ad un editto di Similis, cioè Flavio Sulpicio Similis, prefetto di Egitto: in esso si parla del valore della iscrizione dei beni nella "βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων". A tale proposito si riporta per intero l'editto di Mettio Rufo, che a noi interessa. "Anno 23 (89 d.Cr.) giorno 22 del mese di Hathyr. - Marco Mettio Rufo, prefetto di Egitto (citato già in storici, già quindi da noi conosciuti). Claudio Areio, stratego capo del *nomos* di Oxyrhynchus, mi ha informato che nelle cose (proprietà) private e nelle pubbliche non si conservava il debito ordine a cagione che da molto tempo non si amministrano come si conviene i fogli nell'archivio delle proprietà (βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων), quantunque spesso sia stato decretato dai prefetti che mi hanno preceduto di procedere alle correzioni dei fogli dell'archivio, il che non cammina bene, se non vi sono *aliunde* le copie. Dunque ordino che tutti i proprietari entro il tempo di sei mesi facciano le iscrizioni della loro proprietà nella "βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων"; e i creditori

¹⁰ Nel manoscritto la locuzione greca μετ' ἄλλα, cioè "dopo altre cose", è translitterata in italiano: per una plausibile spiegazione vedi *supra* nt. 5.

vadano ad iscrivere le ipoteche che per avventura abbiano; e tutti gli altri, tutte le altre specie di diritti che abbiano.

E facciano la denuncia dichiarando ciascuno da chi gli è pervenuta la proprietà dei beni (autore od altro). Ed annotino le donne, nelle descrizioni dei beni dei mariti, quei diritti che esse hanno, se ne hanno secondo la legge locale; e similmente i figli dopo la loro morte: affinché i contraenti non vengano ingannati per ignoranza. Ordino ora e agli scribi (συναλλαγματογράφοι) e ai conservatori (notai¹¹) di non fare nulla senza il mandato del “βιβλιοφυλάκιον” – cioè l’ufficio dei preposti alla “βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων”. E sappiano (scribi e notai) che non solo tutto quel che faranno sarà inutile (senza effetto), ma per aver agito contro i decreti subiranno la pena che si conviene. Se vi sono nell’archivio denunce (le note italiane di iscrizione e trascrizione) dei tempi anteriori si conservino con la massima diligenza; e si conservino anche i fogli, affinché se venga fuori una investigazione d’ora in avanti possa da questa desumere quello che non saprebbe non essendo state fatte le relative iscrizioni. E affinché ora fermo e per sempre resti l’uso dei *diastromata* (vincolo fondiario) e non essere costretti a riinscrivere ogni cinque i fogli (διαστώματα), trasportando nei nuovi l’ultima descrizione riguardo ciascun nome secondo ciascun vico e ciascun fondo.

Nell’anno 9 di Domiziano nel giorno 4 del mese di Domiziano, tratto dai registri di Mamertino nell’anno 18 di Traiano nel giorno 8 del mese di Hathyr”. –

In base a questo editto ci siamo potuti fare un concetto esatto della *bibliotheke enchteseon*. Il libro è fatto a fogli (διαστώματα) che sono raccolti e conservati; preposti a tali libri sono pubblici funzionari (βιβλιοφύλακες). Il privato che vuole contrarre un fondo deve anzitutto fare una istanza a tali preposti (προσαγγελία); pare che tale istanza la possa fare sia l’alienante che l’acquirente. Il “βιβλιοφύλαξ” fa un riscontro sui registri, per vedere se è possibile compiere l’atto voluto. Esso poi autorizza con un atto (ἐπιστάλμα) la parte a compiere ciò che vogliono:

¹¹ Nel manoscritto il termine è scritto in caratteri greci ovvero νοται, senza accento.

esso si serve anche in seguito alla “προσαγγελία”. Le parti ottenute questo “nulla osta” fanno l’atto di vendita dai notai (μνημονες). Fatta l’“ἀπογραφή” (atto di vendita) esso si trascrive nella biblioteca delle proprietà. I fogli di questa sono “fogli reali” con caratteri anche personali (si descrive il fondo, ma si danno i nomi dell’alienante e dell’acquirente). Ciò per la proprietà. Per i diritti reali si fanno annotazioni (παράθεσις) della costituzione di tali diritti sul foglio della proprietà. Tale atto – pare – si compie anche nel caso di un trapasso di proprietà con titolo non completamente sicuro. Tale sistema è stato paragonato al sistema tedesco-austriaco del “Grundbuch”. Tutti questi sistemi sono certo più completi e precisi di quello italiano, francese, belga (della trascrizione ed iscrizione). Gli egizi pervennero a tale sistema sia per il grande sviluppo dello scritto (papiri), di contro alla tardività in ciò dei romani (marmi, tavolette cerate), sia per la proprietà terriera limitata, di contro a quella senza fine dei romani.

Alcuni (Arangio-Ruiz) ritengono che sia un sistema imperfetto – onde i continui richiami dei prefetti – tra cui quello di Mettuo Rufo: in realtà il sistema è perfetto in teoria, in pratica poi (come accade per i “Grundbücher”) era imperfetto, ciò non toglie dal ritenere completo per sé il sistema.

Inoltre v’è l’inconveniente di atti privati che non trascritti non avevano effetto: ciò accade non solo in questo sistema, ma anche in quello della trascrizione. L’istituzione di queste “βιβλιοθήκαι ἐγκτήσεων” non garantivano la buona fede degli iscriventi i diritti. La iscrizione ha valore costitutivo o probatorio? Non avevano certo il valore del catasto; non così quello costitutivo, perché ciò era compiuto dall’atto di vendita (ἀποστασίον); dunque tale iscrizione aveva un semplice *valore probatorio* di passaggio della proprietà rispetto ai terzi, – ha un carattere intermedio tra la trascrizione italiana ed il “Grundbuch” tedesco.

Si è trovato in un papiro di Berlino¹² (un contenzioso) che si svolge tra due “βιβλιοφύλακες” e un loro scriba Leonides. Que-

¹² P. Berolin. 13992: v. Schubart in *Archiv f. Pap.* 6 (1927), 14 ss., poi pubblicato in P. Fam Tebt. I 24.

sti aveva legato in volumi dei fogli, e voleva essere pagato. La lite durava da dieci anni e i libri erano detenuti dallo scriba.

Anche nell'anno 276 d.Cr. esistono ancora richieste d'iscrizione: cioè dopo l'attribuzione del diritto di cittadinanza ai provinciali. –

Vediamo adesso un papiro della raccolta dei "Greek Papyri", British Museum vol. II¹³.

Contiene una vendita d'una parte di una casa e precisamente di una parte del cortile. Questo testo è una "ὁμολογία", in cui parlano direttamente le parti: si tratta di una copia del testo originario.

"Copia di ὁμολογία di *datio*¹⁴ di Eracleide dell'anno 20. L'anno 14 di Nerone Claudio Cesare Augusto Germanico Imperatore, nel mese di Tybi il dì 21, in Karanis nel nomo Arsinoita, Eracleide di Peteus figlio di Eraclide di anni 20, con una cicatrice al piede sinistro, a Filemon figlio di X di anni 37 con una cicatrice sulla fronte, dichiara di aver venduto al suddetto Filemon con la presente ὁμολογία, dal giorno presente per tutto il tempo futuro, lo spiazzo a lui appartenente nel palazzo avito dal lato verso mezzogiorno, 500 πήχεις (braccia) quadrati recinti da muro, dei quali bracci le misure sono da sud a nord braccia 15 1/6, da occidente o levante braccia 33 e queste misure rispondono secondo il braccio completo, fatto di legno, usato dagli agrimensori nelle misure (cioè approvato o legalizzato). E tutto questo che si è venduto confina (e qui i confini).

E dichiara il venditore di aver ricevuto il prezzo concordato per l'intero, 200 dramme d'argento, subito da mano a mano, di denaro del compratore. E promette egli Eraclide per sé e i suoi aventi causa al compratore Filemon, e ai suoi aventi causa di garantire il cortile venduto come sopra, di garantirlo con ogni garanzia, dichiara di non averlo ipotecato a nessuno e di non averlo alienato a nessuno mediante nessun atto e di non avervi costi-

¹³ P.Lond. II 154 = MChr. 255.

¹⁴ Nel manoscritto si legge: Dazio per *datio* = ἀπόδοσις.

tuito alcun peso né per parte, né per l'intero a nessuno" (Quest'ultima frase è la clausola di garanzia).

In altri documenti noi troviamo vendite non più dagli atti delle parti, ma dalle διαγραφαί, cioè dalle ricevute cambiarie, che si usano dare ai pagatori della tassa di circolazione: in esse troviamo gli estremi delle parti.

Una clausola che spesso si trova nei papiri è l' "αρραβών" che è una cosa data prima della consegna del bene venduto, per garanzia che avvenga la vendita (es. denaro). Vi sono papiri che attestano la *datio* dell'arra indipendentemente dalla vendita.

Un esempio è il Papiro dell'anno 166 (ὁμολογία)¹⁵.

"La signora Thases di X, con l'assistenza legale del figlio Stotoetis figlio di Stotoetis, e Thases di Oros figlio di Panefremmis, con l'assistenza legale del marito Panuphis di Anchophis figlio di Anchophis, dichiarano a Thanos di Stotoetis figlio di Stotoetis, con l'assistenza del proprio marito X, di aver ricevuto da essa ora stesso da mano a mano dramme 14 di argento quale arra (ἀναπόρριφον) non rinunciabile dal prezzo concordato di 21 dramme di argento, denaro spettante a Thases, quale prezzo di 1/7 della casa promessa di vendere: di questa faranno la καταγραφή alla compratrice non appena sarà ricevuto dalle accipienti le rimanenti 7 dramme del prezzo, e se le venditrici non faranno la καταγραφή, pagheranno esse il doppio dell'arra più una metà, più gli interessi dell'avvenuta vendita: tutto in conformità della legge". (Seguono le sottoscrizioni).

Questo ed altri documenti, che parlano dell'arra, richiamano i testi di diritto romano, dove si parla di arra. Essa però in diritto romano serve a provare una vendita avvenuta.

Gai 3.139. – Quello che si dà a titolo di arra è mezzo di argomentare che esiste una vendita.

D.18.1.35. pr. – Uguale al testo precedente. Quello che si dà a titolo di arra è dato perché si possa provare la convenzione sul prezzo. Quindi in diritto romano l'arra non rafforza la vendita, perché né rafforza il vincolo obbligatorio né l'affievolisce, dato

¹⁵ P.Lond. II 334 = MChr. 334.

che non si ha diritto di recedere. Insomma in diritto classico l'arra ha solo valore probatorio.

Nel diritto giustiniano le cose sono cambiate.

Nel libro Siro-Romano (p. 51) troviamo scritto: "Se un uomo abbia comprato una cosa ed abbia dato una arrabona (con una somma d'argento) ed il venditore receda, la legge gli ordina di restituire il doppio dell'arra ricevuta, se è invece il compratore che recede, perde l'arra".

Un caso uguale si ha nel Codice Giustiniano (Cod. 4.21.17) "Giustiniano a Mena prefetto del pretorio, anno 528. I contratti di compravendita o permuta o donazione, che non è necessario iscrivere nei pubblici registri, ed anche quelli di dazione di arrabona od altri di qualunque causa, tuttavia quelli, che piacque redigere in iscritto, ed anche le transazioni, che conviene essere ricevute con istrumento, decretiamo che abbiano efficacia solamente se gli istrumenti siano ricevuti in bella copia (*mundum*) e confermati dalle sottoscrizioni delle parti e se sono compilati da notaio siano anche da lui completati ed infine perfezionati (dalle firme) delle parti".

Cod. 4.21.17.2. "Se sono date le arre sia con scritto, sia senza scritto per una compera da fare di qualsiasi cosa, se pure nulla si sia detto su ciò che sia opportuno fare sulla stessa arra non concludendosi il contratto, tuttavia chi ha promesso di vendere, ricusando la vendita deve restituire le arre al doppio, e chi ha pattuito di comprare, recedendo dalla compera (perde o) decade dalle arre date, dovendosi negare la restituzione di esse".

Gaio (3.139) afferma lo stesso concetto circa la arra. Questo concetto delle arre troviamo anche nei papiri. Quale funzione ha in essi l'arra? La funzione di obbligare il venditore a consegnare la cosa: infatti non si parla delle obbligazioni in caso di recesso del compratore, poiché esso ha dato gran parte del prezzo dovuto (2/3 circa), onde si ritiene che non recederà dal contratto. Che vuol dire nel testo letto (p. 39) la parola "ἀρραβὼν ἀναπόρριφον"? Su ciò si è molto discusso: Mitteis e Papulias specialmente trattarono l'argomento. La parola "ἀναπόρριφον" corrisponde alla parola tedesca "abstossen"; vorrebbe significare che

non si può spezzare il vincolo, cioè che non si può sciogliere il contratto perdendo l'arra. I greci infatti intendono per arra non l'elemento di prova (come i romani) essendovi già la prova scritta, ma una parte, anche assai pesante, del prezzo. L'arra cioè rappresenta una costrizione maggiore all'adempimento dell'obbligazione, vale a dire ha il carattere di arra confirmatoria o rafforzativa. Può però funzionare anche come arra penitenziale (carattere che ha sempre nel diritto moderno), ma essenzialmente non ha tale carattere.

Dato ciò possiamo dubitare che nonostante l'avvenuta restituzione al *duplum*, l'altra parte possa avere azione per obbligare il contraente anche alla soddisfazione del contratto. Ciò però non pare possibile, altrimenti sarebbe un diritto assai oneroso.

Il papiro 69 dei Papiri Austriaci parla di legge delle arre: che è la restituzione al doppio. Il testo nostro (p. 39) aggiunge l' "ἡμιόλιον" (1/2), che è un'aggravante della restituzione, essa è a titolo di pena o danni preventivamente stabiliti oltre gli interessi.

È poi dubbio se Giustiniano abbia applicato questo diritto a tutti i casi, cioè sia ad arre scritte (come voleva il diritto greco) sia alle non scritte. –

Quanto alle vendite di cose mobili: esse sono meno frequenti di quelle degli immobili. Ne abbiamo uno in cui si vende una falce, un telaio, un albero sradicato, poi animali (cammelli, asinelli bianchi) e schiavi.

Papiro di Grenfell 46¹⁶. – Vendita dell'anno 87 d.Cr. di un villaggio del Fayum. È un' "ὁμολογία", usata quasi sempre nelle vendite mobiliari. "Nell'anno 21 dell'Imperatore Adriano giorno 4 del mese Cesareo in Kerkesucha della frazione X nel Nomo Arsinoita. Pnepheros figlio di Eracles di anni 45 con una ferita al mignolo della mano sinistra, da Kerkesucha, dichiara a Panefremmis figlio di Apynchis di anni 30 con una ferita in fronte a destra di avergli venduto un'asina perfetta bianca di pelo corto (μυόχρουν: è dubbia la parola), vendita irrestituibile ("ἀναπόρ-

¹⁶ P.Grenf. II 46.

ριφον”). Riceve il prezzo di 26 dramme d’argento e garantisce il compratore. Firme (il venditore sa scrivere, il compratore non sa scrivere): firma del compratore scritta da Areio di Sabino perché il venditore non sa scrivere”. – Il documento è molto semplice.

C’è poi una vendita di asino del Fayum del 219 d.Cr.¹⁷: “Anno 2° dell’Imperatore Antonino giorno 9 del mese X nell’ἄγορά di Kerkesucha. Ha venduto Aurelio Sereno figlio di Carpinos del villaggio di Arsinoe di anni 45 con una ferita al polso destro ad Aurelio Sabino un asino maschio bianco per settecento dramme (di bronzo)”.

C’è una vendita di due cammelli dell’anno 14 gennaio 144 d.Cr. della città di Soknopaïou, pubblicato nel n. 87 del Museo di Berlino¹⁸. “Anno 7° dell’Imperatore Antonino Augusto Pio Felice il giorno 18 del mese di X in Soknopaïou. Dichiaro Taue-tis di Arpagathes figlio di Satabus, sacerdotessa della stessa *kome*, di anni 21 senza cicatrici, sotto la tutela di suo fratello Stotoetis di Stotoetis figlio di Stotoetis di anni 35 con una cicatrice al pollice sinistro, a Satabus di Satabus figlio di Satabus, sacerdote di anni 18 senza cicatrici di avergli venduta essa dichiarante due cammelli femmine ad essa appartenenti, marcate al lato destro con le sigle “NH”: queste così come sono irrevocabilmente (ἀναπόρριφον). Dichiaro di aver ricevuto il prezzo concordato, tutto intero, da Satabus di 500 dramme d’argento. E di garantire la dichiarante con ogni garanzia. I quali cammelli denuncerà a cominciare da quest’anno (ai fini delle tasse sugli animali) e tutti i pubblici oneri saranno a carico di lui”. Firme. Interviene un terzo per firmare al posto della venditrice analfabeta. Ha compilato l’atto il notaio X di quello stesso paese.

Vediamo adesso un Papiro di Berlino, del Fayum dell’anno 152 dopo Cristo¹⁹. “Dichiara Didima assistita dal marito Anchorymfios ad Arpagathes e a Satabus in comune a parti uguali da ora e per sempre, di aver venduto il cammello ad essa appar-

¹⁷ BGU III 413.

¹⁸ BGU I 87 = MChr. 260.

¹⁹ Stud. Pal. XXII 48.

tenente, intero, femmina, di pelo nero, marchiata a fuoco al lato destro “Θ EI NY HTA” e sulla guancia destra marchiata di nuovo “KAK AA AΛΦA” e i compratori questa hanno ricevuta tale quale è, irrestituibile, di quelli che Didima ha iscritti nel registro del *Nomos* di X. (Dichiara) di aver la venditrice ricevuto il prezzo concordato del cammello dai due compratori insieme, 800 dramme d’argento; e garantisce con ogni garanzia dai pubblici tributi fino al 15° anno. Di denunciare la vendita nel registro pubblico dei cammelli dall’inizio del nuovo anno (16°) nel *Nomos* X e pagheranno dal detto anno i pubblici tributi i compratori”.

Papiro dell’anno 70 (5. II) vendita d’un asino. (Papyrus de Genève n° 23)²⁰. È una ricevuta della vendita a forma di lettera.

“Dorione e Sambas entrambi figli di Eracleide *vale* a Satabus di Satabus. Ti abbiamo venduto dai greggi d’asini a noi spettanti un asino (è una vendita generica) dal pelo liscio mutilato (o piccolino) così com’è completo, non restituibile ed abbiamo ricevuto il prezzo” (il prezzo non è notificato). Seguono le firme. Solo Sambas firma, perché lui solo ha ricevuto, ma ha venduto cosa di ambo le persone. Anno II° dell’Imp. Ces. Vespasiano Augusto, giorno 11 di Mecheir.

Papiro dell’anno 65: è un’omologhia, segue al chirografo. (Papiro di Grenfell n° 267)²¹. È la vendita d’una schiava. Si discute se l’omologhia abbia o no valore obbligatorio come il chirografo. Ma se tale vendita è trascritta, si deve supporre che essa (omologhia) è obbligatoria. Essi venivano compilati dopo il pagamento della tassa di circolazione di beni.

“Agato Daimone detto Dionisio di Dionisio figlio di Dionisio (è un greco) da Oxyrhynchus a Gaio Giulio Germano figlio di Gaio Giulio Domiziano (nella piazza) dichiara in pubblico testimoniando che mediante questa omologhia che è stata fatta dal dichiarante al compratore nel 25 giorno del mese di Tybi del presente anno 13° è avvenuta la vendita scritta di pugno suo della

²⁰ P.Gen. I 23 = MChr. 264.

²¹ P.Oxy. I 95 = MChr. 267.

schiaiva Dioscoursos di 25 anni appartenente ad esso per vendita e già di Eraclide detto Teone di Machon, senza segni (speciali) ricevuta in consegna, che già riceve in consegna Gaio Germano, non restituibile, senza malattia sacra (epilessia), esente da colpa, (clausole simili a quelle tavolette di Transilvania), per il prezzo di 1200 dramme d'argento, che ha già ricevuto Agato Daimone da Gaio Germano, ricevute per intero ed insieme alla vendita scritta (si tratta del chirografo che doveva essere stato compilato in due copie). Di questa vendita G. Germano ha già pagato il compimento della tassa di circolazione della detta schiaiva Dioscoursos il giorno tre del mese di Phamenoth di detto anno, e le ha pagate conformemente al documento a lui consegnato. Restando ad esso la garanzia della detta schiaiva, con ogni garanzia, così come la *prasis*- chirografia comporta... (il testo manca)".

Vendita di uno schiavo (bambino). Papiro n° 193 di Berlino del 27 ottobre 136 d.Cr. dal distretto di Arsinoe²².

"Copia di vendita. Anno 21 dell'Imp. Ces. Traiano Adriano Augusto il giorno 30 del mese di Phaophi nella città di Tolemaide del distretto di Arsinoe. Dichiarano Segathis di Satabus figlio di Stotoetis di 29 anni con una cicatrice alla vertebra del piede sinistro e di essa sua madre Thases di X di 53 anni senza segni, entrambe sotto la tutela del figlio di Thases e similmente fratello del medesimo padre della Segathis, figlio di Satabus di 32 anni con una cicatrice, a Teanous di Sarapione figlio di Demetrio, cittadina²³ sotto tutela di suo fratello Tolomeo Marione, e la detta Segathis dichiara di aver venduto a Teanous mercè la *onè* ricevuta dall'*agoranomeion* della indicata città da ora in perpetuo un nato servile nella stessa famiglia, appartenente ad essa Segathis, di anni 8, senza segni, così com'è, non restituibile, esente da colpa e senza mal sacro (epilessia).

Dichiara di aver ricevuto il prezzo convenuto per intero, da mano a mano, di 700 dramme d'argento mercè la banca del sig.

²² BGU I 193 = MChr. 268 r.

²³ Nel papiro è usata la voce ἀστική, ovvero "cittadina", abitante di una *polis* greca.

Phremis. Garentisce il detto venduto con ogni garanzia, lo difenderà in giudizio, perché lo schiavo (πράξασθαι = difendere in giudizio) non è stato dato in pegno o subpegno a nessuno, è puro da ogni debito, è esente da imposte, perché pagate fino ad ora: è libero da debiti privati. E non vi sarà nessuno che porterà impedimento né alla compratrice, né ai suoi aventi causa: essa compratrice e i suoi aventi causa avranno la facoltà di gerire, di godere, amministrare la cosa venduta. E se non lo garentirà, o lo difenderà, la venditrice Segathis paghi alla Teanous il prezzo pagato e una metà (ἡμιόλιον) e tutte le spese al doppio, e per sopraprezzo ancora 700 dramme d'argento e inoltre le stesse al pubblico erario: ma tutto ciò restando ferme le suddette garanzie. E Thases (compratrice) accetta questa vendita. Sottoscrittore per le dichiaranti Sarapione di X di 73 anni con una cicatrice”.

Comparisce in questo testo l' “ἡμιόλιον”, che è una clausola di pena usatissima nell'Egitto. Qui il “*duplum*” è applicato alle spese; in altri più frequenti testi (vendita di casa, anno 454-456 d.Cr.) troviamo applicato il “*duplum*” romano al prezzo (con sconto in ciò alle tavolette di Transilvania) e poi alle spese. Vendita del 454²⁴: “Il venditore garentisce contro molestie di fatto e di diritto e se non lo fa ti pagherà il dichiarante il detto prezzo al *duplum* e tutte le spese ed accessori (o “ἀναλώματα” = spese di vendita, “δαπανήματα” = miglioramenti fatti; ciò secondo il prof. De Ruggiero) e ciò nulla meno rimane ferma a te e ai tuoi discendenti tale vendita dovunque essa sia presentata ad un pubblico ufficio”.

D. 21.2.37. pr. – Ulpiano vuole esprimere che la “*stipulatio duplae*” è diventato un obbligo per dare garanzia, tranne che abbiano provveduto altrimenti.

D. 21.2.21. pr. – Se il servo è morto, non si può richiedere il “*duplum*” per mancata garanzia.

D. 21.2.56.2. – La “*stipulatio duplae*” garantisce il compratore contro le evizioni, se l'evizione è parziale, non si può agire con la *stipulatio*, tranne che si sia fatta apposita clausola.

²⁴ Stud. Pal. I 2.

D. 21.2.56.3. – Se il servo è fuggito rubando il peculio, è ammissibile l'*actio* di garanzia, o no.

D. 21.2.11.1 – Caso di "*noxā*".

In diritto romano ad un certo punto anche se la stipulazione non è stata fatta si può agire come se la stipulazione fosse avvenuta (Paolo, Editto XXI. 1. in fine) divenendo una clausola di diritto. Nelle fonti romane non v'è mai traccia. Il giudice non può mai condannare più del doppio.

D. 21.2.48. – Si è venduto il fondo con la clausola di *stipulatio duplae*; il compratore viene evitto da un proprietario di una servitù, il venditore paga il doppio; di poi il compratore viene evitto dal proprietario, il venditore in tal caso deve pagare solo il doppio del restante prezzo e non del tutto, perché altrimenti si supera la *duplae stipulatio*. In questi passi dei papiri non si segue questo principio: si deve ritenere che la *duplae stipulatio* è importata dal diritto romano, in un primo tempo è abbinata all' "*ἡμιόλιον*", poi si sostituisce all' "*ἡμιόλιον*", ma si estende il *duplum* anche alle spese, cioè ai miglioramenti.

Cod. 7.47.1. – Si stabilisce di non dover mai superare il *duplum* nell'applicazione della *stipulatio duplae* da parte del giudice, il danno si deve pure pagare, ma non si deve andare oltre.

Data l'autonomia del diritto locale, il diritto romano ebbe un'applicazione parziale. V. D. 21.2.64.

L'istrumento dell'anno 544 di Ravenna²⁵, in cui Pelegrinus²⁶ fa una vendita ponendo la "*stipulatio duplae*", come garanzia anche per spese, assomigliando in ciò ai papiri egizi.

Vendita di schiavi. (Papiro di Londra. Vol. II. n° 251)²⁷.

È di un'epoca non determinabile, dato che la prima parte del papiro non ci è pervenuta, però dal suo contenuto (prezzo 2500 talenti di moneta d'argento: invece di dire *sebastou*, moneta imperiale, dice *sebastōn*, cioè moneta degli imperatori) lo fa-

²⁵ P.Marini CXIV = P. Ital. II 30.

²⁶ P.Lond. II 251 = MChr. 270 = P. Abinnaeus 64.

²⁷ Nel manoscritto si legge "... un peregrino...": in realtà si tratta del nome del venditore.

rebbe riportare tra il 337 e il 350 d.Cr. – Esso è interessantissimo, benché sia mutilo. È una vendita di due fratelli: Pietro e Zenone, proprietari in comune vendono alla sig. Nonna due schiavi, fratelli fra di loro. Troviamo formule che ci richiamano a formule tipicamente romane.

“Pietro... (lacuna) entrambi... (lacuna) di entrambi (parlava il principio della clausola di garanzia) faranno la restituzione e difesa a proprie spese. E se no, pagheranno essi o quello tra loro il quale abbia preso (contravvenuto o permesso di contravvenire) alla sig. Nonna detta anche Polieutio immediatamente il prezzo duplo e i danni e le spese... (lacuna di due parole) ed hanno già dato gli alienanti alla compratrice la “ἀνάκρισις”, che essi hanno fatto a seguito dell’istruttoria dei casalinghi²⁸, quale essa è oggi. Cosa vuol dire qui “ἀνάκρισις”? Il papirologo tedesco Preisigke lo intende per documento di libero passaggio (paragonabile alla carta d’identità) o commercio; il Mitteis lo intende come un atto contenente la libertà di alienazione, o licenza di alienazione. Sarebbe un documento che garantisce la compratrice che non vi sono impedimenti alla alienazione degli schiavi.

Qui v’è una vera formula latineggiante; i venditori richiedono che la compratrice affermi che tutto è ben dato: “*Et de hoc sic recte fieri interrogavit, stipulata est, subscripta Aurelia Nonna habens ius liberorum... sponponderunt venditores Aurelii Petrus et Zeno et fideiussor Marcus Aurelius*”.

“I venditori della *familia* gli Aureli Pietro e Zenone e testimoni Marco Aurelio e X”. È una formula simile a quella usata dai romani: si dice infatti che i venditori e il teste hanno fatto le domande e risposte d’uso per la *stipulatio*.

“Gli Aureli Pietro e Zenone entrambi figli di Pietro abbiamo venduto e, fatta la *katagraphé*, alla sig. Nonna detta anche Polieutio i corpi servili di noi stessi, l’uno Metyro e l’altro Primo fratello di quello (π ω χρημαται: è un gruppo di parole indecifrabile)²⁹, fedeli, non fuggitivi, (altra parola indecifrabile) ed es-

²⁸ Così viene tradotto il termine οἰκέται, che significa “schiavi nati in casa”.

²⁹ La locuzione è stata poi letta διπλῶ χρηματι, ovvero *duplum pretium*.

senti liberi di mal sacro e di nostra. Noi venditori abbiamo ricevuto dalla venditrice il prezzo di essi di 2500 dramme di argento degli imperatori, da mano a mano, e rilasciammo ad essa la licenza di alienabilità fatta attraverso l'istruttoria e interrogati rispondemmo come si conviene. – Firme. Ho scritto io anche per mio fratello la maggiore parte; Aurelio Zenone ho sottoscritto insieme con mio fratello Pietro dei corpi servili ed ho corricevuto il prezzo ed interrogato risposi come si conviene; Marco Aurelio Tolomeo Ermia figlio di Lucio Sosikosmios chiamato anche X garentirò la *katagraphé* dei due corpi servili Metyro e Primo fratelli e garentirò il documento di alienazione (raccoglie la figura del fideiussore il mandato qualificato e il βεβαιωτής greco) come pure da ogni fatto contrario ed interrogato risposi.

Testimoni: Aurelio Serapodoro figlio di Triferio abitante nel Mendidion in casa propria, testifico; Aurelio Ciro di Dioscoro abitante nel borgo X in casa propria, testifico; Aurelio Pietro ho compiuto la vendita ricevendo in pieno il prezzo; Aurelio Zenone (come sopra)". – La donna parla di aver l'*ius liberorum* (p. 386). –

Vendita prettamente romana (*donationis causa*) di Stazia Irene del 282 in Roma trovata in una lapide marmorea nel 1552³⁰. È nella forma della "*mancipatio*" (5 testi, bilancia, percossa di essa, presenza della cosa o d'un simbolo). Si vende un monumento.

"Il monumento tra la II e III pietra miliare venendo da Roma lungo la via Tiburtina nell'agro di X, fabbricante di statue dei pontefici, chiamato X, vicino al monumento di Claudio già di Proculo, e quali che siano gli altri confinanti anche pubblici, Stazia Irene avente il diritto *liberorum* ha mancipato a ..."

Parla poi il testo dell' "*antestatus*" che è dubbio che cosa sia. Gaio nelle sue istituzioni non ne parla, ne parla nell'Epitome: esso dev'essere il I testimonio.

"Gli darà il vacuo possesso e gli sia riconosciuto il diritto su questo monumento per andarvi, per portarvi acqua, corone di

³⁰ Bruns⁷ nr. 137.

fiori, banchetti funebri ed inumarvi cadaveri od ossa umane”. – Clausola di garanzia; di poi firme delle parti.

Queste formule ci richiamano quelle dei papiri.

Vendita *donationis causa* del sec. II° d.Cr. dell’epoca di Adriano³¹; è un cippo marmoreo, di cui le prime tre righe sono la dedica agli Dei, poi segue il titolo di acquisto (donazione).

“Agli Dei Mani di M. Erennio Proto di 22 anni fecero i genitori al proprio figlio. *Ollaria* n. 4 e (per riporvi ceneri) *cineraria* n. 4 dalla parte sinistra della via Salaria. Sono comprate dal padre M. Erennio Agrippa e vendute da Flavio Artemidoro. V’è la clausola di garanzia, la *sponsio*, la data”. – Da ciò si può trarre, agendo con circospezione, che già il diritto romano era penetrato nelle province, sicché ovunque troviamo le stesse clausole. Non sono certo circostanze fortuite le uguaglianze tra questi papiri e i testi romani.

Il diritto romano si è esteso in provincia ed è stato assorbito dal diritto locale, a sua volta il diritto romano ha ricevuto influenze da questi diritti locali: v’è cioè un fenomeno di osmosi tra il diritto romano e i diritti provinciali. Di ciò ne è riprova un testo antico; uno proprio anteriore a queste influenze. In esso per datare segue il nome del faraone regnante e di nove antecessori. Di poi si ricorda il distretto (Tebaide) e la località, la data. “Ierissa figlia di Onofrio sacerdotessa sotto la tutela del marito ha venduto... (caratteri personali, si descrive la cosa venduta e si dichiara il prezzo)”. Ciò dimostra che i testi primitivi dei papiri erano molto meno lunghi e che il diritto romano ha apportato delle modificazioni profonde in tutto il diritto dei papiri. –

(V. il libro di Modica: Papirologia giuridica, i Papiri Fiorentini, le pubblicazioni della Scuola Papirologica di Milano, la rivista: *Aegyptus*).

(La petizione di Dionysia sta nel *Bullettino Istituto di diritto romano*. 1900. Bonfante - De Ruggiero).

³¹ Bruns⁷ nr. 136.

Sistema della numerazione greca

1 = α´	10 = ι´	100 = ρ´
2 = β´	20 = κ´	200 = σ´
3 = γ´	30 = λ´	300 = τ´
4 = δ´	40 = μ´	400 = υ´
5 = ε´	50 = ν´	500 = φ´
6 = ζ´	60 = ξ´	600 = χ´
7 = ζ´	70 = ο´	700 = ψ´
8 = η´	80 = π´	800 = ω´
9 = θ´	90 = ϑ´	900 = Ϡ´

SALVATORE RICCOBONO

ESEGESI DI DIRITTO ROMANO
(a.a. 1931-1932)*

Preliminari

Il primo problema del diritto romano è quello del metodo. Quello sistematico od esposizione delle dottrine è in vigore oggi. Poi c'è il metodo legale che era in uso nel Medio Evo (commentatori, glossatori) e consiste nella lettura e nel commento dei testi del *Corpus Juris*. Quest'ultimo è oggi il metodo della esegesi del diritto romano.

Il secondo problema è quello del rapporto del diritto con i diritti anteriori. Sino a tutto il secolo XIX precisamente (fino al 1891, epoca degli scritti di Mitteis) si credette il diritto romano e le compilazioni romane di pura e sola opera di romani. Nel trentennio del secolo attuale si è venuto ad affermare sempre più l'influenza dei diritti anteriori sul diritto romano, in specie degli orientali, e si è arrivato a negare ogni opera ai romani. Ai romani spetterebbe la sola decisione di casi pratici, la dottrina, invece, sarebbe opera anteriore e posteriore (Wenger). Di fronte a questo problema bisogna essere un po' scettici: non bisogna negare elementi estranei al romano, ma non si può negare ogni opera ai romani, dato che molti elementi affermati sono assai incerti.

Un terzo problema è quello delle fonti, se siano l'opera dei giuristi romani o di trasformazioni tali che abbiano del tutto mo-

* Anche in questo caso sono stati corretti i soli errori materiali, rispettando l'impostazione formale data da Visky ai suoi accurati appunti, mentre non è indicata l'enumerazione originale delle pagine.

dificato il significato dei testi. Queste successive evoluzioni dei testi possono essere l'opera delle interpolazioni (di varie specie: adiezioni, sottrazioni ecc.) ma non si può sempre affermare se siano innovative o puramente formali, poiché non si può con sicurezza ristabilirne il testo originario. Inoltre poco si è studiato lo sviluppo storico della giurisprudenza ed anche della dottrina romana, poiché fino a tutto il secolo scorso il *Corpus Juris* veniva studiato come diritto vigente. Il Pernice (uno scienziato tedesco di origine italiana) tentò di fare questo studio, ma invano.

Quindi noi, per poter sceverare nei testi giunti a noi quale sia, più o meno approssimativamente, l'opera degli antichi giuriconsulti e quale quella di elaborazioni posteriori, dobbiamo studiare questo sviluppo dottrinario e giurisprudenziale fin dalle origini per essere in grado di distinguere i concetti antichi dai prodotti nuovi. In sostanza anche in questo problema dobbiamo tenere una via di mezzo e riconoscere l'opera romana anche nella elaborazione posteriore, e non arrivare – come alcuni fanno – a negare quasi il carattere romano all'opera giustiniana.

Per le nuove correnti di questo secolo invece tutte le interpolazioni sarebbero l'espressione del pensiero nuovo di Giustiniano o delle scuole bizantine (Berito, Costantinopoli). Questa concezione è eccessiva poiché non è detto che tutte le interpolazioni siano innovative, potendo essere necessarie solo per modificare il pensiero dell'autore e per collegare quel dato frammento con gli altri.

Oggi del resto si ha il torto di scordare il grande giurista e storico Savigny, ed anche il suo scolaro Schröder che ebbe il merito di dare il testo antico delle istituzioni. Quest'ultimo riteneva che quando Giustiniano affermava di innovare, in realtà non faceva altro che accettare la teoria di un giurista dei "*veteres*". In realtà dobbiamo rifare il cammino della storia del diritto romano e vedere se a Giustiniano sia arrivato il diritto quiritario o un diritto nuovo. Dobbiamo cioè percorrere i 14 secoli di storia romana dalle origini dell'Urbe alla compilazione giustiniana.

Questo sviluppo di quattordici secoli noi possiamo dividere in tre periodi, cioè:

- I.) *ab urbe condita* alle guerre puniche (diritto nazionale);
- II.) dalle guerre puniche a Diocleziano (*jus gentium*);
- III.) da Costantino a Giustiniano (decadenza, codificazioni).

Caratteri dei periodi

I. Periodo - Diritto nazionale. Il popolo è primitivo; il diritto è rozzo, formalistico (forme orali, solenni), eminentemente agrario, mancano le disposizioni commerciali. È basato non su leggi, ma su consuetudini (*mores maiorum*). Questi elementi si devono ritenere originali. Il carattere formale, orale e solenne del diritto è dato dall'unico contratto "*per aes et libram*" che si applica per tutti gli atti giuridici (contratti reali, matrimonio ecc.).

[Sulla economia dell'impero hanno scritto Rostovzev e Frank. Frank ritiene che anche nell'epoca regia e repubblicana vi fosse un attivo commercio, e reputa immaginaria fin dal principio la *mancipatio* (con tre vendite) e non per sviluppo posteriore: ciò non è esatto completamente. Roma all'inizio era un villaggio con case di legno, solo dopo l'incendio gallico si costruì in pietra: donde non vi poteva essere una vera vita civile].

L'economia era naturale, casalinga, basata sulla permuta. La solennità è data da parole determinate che dovevano essere proferite (Jhering: *La storia* II vol.; Pais ha negato che siano dell'epoca tradizionale le XII Tavole, essendo il popolo primitivo: ciò è errato poiché esse rappresentano i "*mores maiorum*" codificati). I pontefici erano l'organo che faceva osservare le leggi, e all'uopo concedevano una lata "*interpretatio*" (per es. il "*tignum iunctum*" che nell'antichità era una tavola di legno, venne a concepirsi qualsiasi materiale: calce, sbarre di ferro, mattoni ecc., necessario a costruire). E ciò non solo nel diritto civile, ma anche nella procedura: la "*legis actio sacramento*" veniva sostituita con la nomina di arbitri da parte del magistrato, cioè la "*legis actio per iudicis arbitrive postulationem*" e si liberava così la procedura da tutte le formalità. (Ist. 1.3. § 7 in fine). La giurisprudenza ebbe lo scopo di *cavere, agere, respondere* per evitare che i cittadini perdessero i

loro diritti per mancanza di quelle formule o di quel procedere che il “*ius civile*” romano richiedeva rigorosamente.

L’ “*ius civile*” per distinguerlo dal suo sviluppo successivo si chiamerà “*ius quiritium*”, ovvero, “*ius civile antiquum*”. Nota dopo la legge delle XII tavole la “*Lex Poetelia*” riguardante i debitori ; la “*lex Aebutia*” (dopo le guerre puniche). Nel 367 v’è il pretore, nel 242 il “*praetor peregrinus*”: essi modificano il “*ius quiritium*”.

II. Periodo - *Jus gentium*. (Dalla fine della repubblica a Diocleziano). A trasformare l’ “*ius quiritium*” grande fu l’opera del *praetor* (a. 367): il processo si decideva “*in jure*”, la “*cognitio extra ordinem*” ecc. e specie quella del “*praetor peregrinus*” che sviluppò il diritto commerciale mancante all’ “*ius civile antiquum*”. Esso, il “*praetor peregrinus*” si basava non sulle fonti legislative, ma sulla consuetudine universale: così nacque il “*ius gentium*” che era basato sull’equità (“*ex fide bona*”: tranne il mutuo) ed era scevro di formalità e di solennità.

La “*Lex Aebutia*” (a. 150 a.Cr.) fu l’inizio dello sviluppo del diritto civile antico, cioè del sorgere del diritto onorario e delle attività del “*praetor*”. Il “diritto onorario” ebbe lo scopo “*adiuvandi*”, “*supplendi*”, “*corrigendi*” “*iuris civilis gratia*”: prima quindi il pretore completava, più tardi suppliva ed infine correggeva l’antico diritto.

Per opera di Adriano si codificò l’ “*ius honorarium*”. Esso prevaleva nella pratica allo stesso “*ius quiritium*”. (ad es. “*possessor ex iure quiritium*” e “*possessor in bonis*”). L’ “*ius civile antiquum*” è in vita in quanto è applicato nell’ “*ius honorarium*” e nell’ “*ius gentium*”. L’ “*ius gentium*” è quindi diritto romano, benché abbia elementi estranei ad esso; infatti i concetti fondamentali sono presi dall’ “*ius civile*” (rappresentanza non ammessa, capacità secondo il diritto civile).

Il terzo elemento della modificazione del diritto quiritario – oltre il diritto onorario e “*ius gentium*” – è la “*interpretatio iuris*”. Anticamente v’era solo la interpretazione dei pontefici, in questo periodo prevale la libera interpretazione logica dei giuristi.

[Nota la causa di Curio, sostituito ereditario, invece di un figlio nascituro di Caio, se questi non viene a pubertà: il figlio non nasce e Curio diviene erede solo dopo un'animatissima causa. – Secondo lo Strauss l'interpretazione delle leggi e dei contratti si basa non sulle parole, ma sulla volontà del legislatore o del contraente fin dalla fine della repubblica. Berger, Levy combatterono tale tesi perché era discussa ancora sotto l'impero; il Riccobono la difese, poiché una teoria trionfante non elimina controversie.].

Infine la "*cognitio extra ordinem*" fu quella che sconvolse tutto il diritto civile antico.

[Lo Jhering ed altri giuristi moderni contro Paolo; Puchta, Savigny svuotavano il diritto romano della "*voluntas*" e dell' "*animus*": tutto questo era opera bizantina. Ma ciò è errato – ad esso si è opposta la teoria odierna: già Cicerone ed i giuristi nel foro discutevano sulla "*voluntas*". La teoria della "*voluntas*" ha disgregato il formalismo romano, che cadde come elemento disgregato all'epoca bizantina.]

Augusto trasmise ai consoli la "*cognitio extra ordinem*" che erano desideri, preghiere del contraente (ad es. il testatore), in cui il giudice decideva secondo la equità senza seguire alcuna norma né di diritto quiritario né di diritto onorario o di "*ius gentium*". Un esempio è dato dal fedecompresso, in cui si lasciava una disposizione testamentaria a favore di persone incapaci a succedere per diritto quiritario (p. es. peregrini). Si cercò poi di mettere questi istituti nell'ambito del diritto quiritario: si applicò così la "*lex Falcidia*" (1/4 vedovile) anche ai fedecompressi. Ed anche i concetti di questi nuovi istituti furono poi applicati nel diritto civile: così la finzione che la condizione si sia verificata, se ciò realmente non avviene per causa del debitore, che era propria della "*cognitio extra ordinem*" per la libertà concessa per fedecompresso, si applicò poi anche nei contratti o in altri campi del diritto civile. E la "*cognitio extra ordinem*" fece cadere il processo privato (*in iure* e *in iudicio*), e così sorse il "processo pubblico" del tutto innanzi ai magistrati. Esso si basava sulla "*potes-
tas et vis*" e non sulle "*leges et aequitas*". Dapprima tale nuova *cognitio* si applicò ad istituti estranei al diritto civile (ad es. tutte

le questioni deferite al “*praefectus annonae*” riguardanti questioni commerciali *praetoriae*, esso ammise la rappresentanza, l’“*actio institoria*”) – e a poco a poco si applicò anche agli altri diritti, poi lentamente si diveniva la “*cognitio ordinaria*” essendo venuta in desuetudine la procedura formulare.

I rescritti dei principi, dati al giudice e alle parti “*si vera sunt exposita*” sono decisioni singolari applicanti i diritti preesistenti, ovvero applicano nuovi concetti aventi valore di diritto oggettivo, poiché rispondevano alla nuova coscienza e ai cambiati bisogni di quell’epoca. Si è formata così in tre secoli dall’impero una tradizione giuridica diversa da quella del diritto quiritario. (Per es. un tale lascia erede un estraneo, essendo morto l’unico figlio; morto il testatore e raccolta l’eredità viene fuori il figlio. Chi sarà erede? L’imperatore dichiara erede il figlio, ma obbliga che sussistano i legati e le concessioni di libertà che secondo il diritto quiritario sarebbero dovuti cadere essendo venuta meno la “*heredis institutio*”).

Il Rudorff, fin dal 1866 ritiene che dopo le guerre puniche sorse un “*novum ius*”; ma questa concezione dapprima accolta entusiasticamente (Lenel, Mitteis), fu ben presto combattuta con un libro del Wlassak, che vedeva nel *Corpus Iuris* solo “*ius civile*” e “*honorarium*”, e ritiene che le novità fossero uno svolgimento del diritto civile; inoltre non concepisce l’esistere contemporaneamente di due diritti diversi. (P. es. il fedecommesso sarebbe un istituto sviluppato dal diritto civile). Questo libro fu il più nefasto della scienza romanistica del secolo XIX, infatti intralcì lo sviluppo di un giusto concetto. Il Riccobono riconosce anche lo sviluppo di un “*novum ius*”, ma come concetto complessivo degli elementi di sviluppo storico di questo periodo. Esso ha caratteri del tutto opposti al diritto quiritario, (non ci si basa più sulle formalità; nel diritto classico “*servus meus liber et heres esto*”; nel diritto nuovo basta così: “*heres liberque esto*”).

L’ultimo elemento di questo nuovo diritto è oltre i suddetti (“*ius gentium vel honorarium, nova interpretatio, cognitio extraordinem*”) la giurisprudenza. (P. es. il *possessor in bonis* ha uno schiavo che acquista nelle varie maniere volute dal diritto (*man-*

cipatio, contratti); ma a chi acquista? Al *dominus ex iure quiritium* – dicono i tradizionalisti; ma altri sostengono che l'acquisto è sempre a favore del *possessor in bonis*. Si viene così a costituire per opera della giurisprudenza una eccezione al diritto civile: infatti la *potestas* sul servo viene attribuita al possessore *in bonis* mentre il *dominus* viene ad avere la sola nuda proprietà). L'opera di essa si basò nel rendere ordinario il pretorio, sicché il diritto quiritario divenne a poco a poco un diritto eccezionale.

Questo secondo periodo che va fino a Diocleziano si chiude con un diritto di nuovo indirizzo, è diritto di un grande impero, non è più il diritto primitivo ed agrario del primitivo popolo romano. Questo periodo è quello dell'elaborazione scientifica del diritto. Ma si può avere dubbi che il "*novum ius*" sia sorto in quest'epoca? No, poiché l' "*ius novum*" ebbe lo scopo di supplire e correggere il diritto civile; e l' "*ius gentium*" mancava di formalismo, si basava sulla *bona fides* e riguardava i peregrini; e la *nova interpretatio* si basava non sulle parole ma sulla volontà delle parti; e la *cognitio extra ordinem* e la giurisprudenza apportarono norme nuove opposte alla tradizione. Tutto questo ci mostra che "*usu et vetustate*" (Cicerone) si è formata una nuova corrente giuridica, cioè un "*ius novum*".

[V. per la *cognitio extra ordinem*: D. 14.5.8. Paolo: in cui il *praefectus annonae* condannò a pagare un *dominus* convenuto con l'*actio institoria*, poiché un suo servo preposto ad una banca aveva gestito anche altri negozi – compravendita di orzo – e poi era scappato senza pagare: ciò è un'innovazione pel diritto civile e pel diritto onorario, per cui si poteva condannare il *dominus* solo nei limiti del mandato (*ius civile*) e dell'*actio institoria* (*ius honorarium*). Questa sentenza, data per soddisfare le nuove necessità commerciali, fu confermata dall'imperatore].

III. Periodo - Diritto romano-cristiano (Da Costantino a Giustiniano; 306-565 d.C.).

La "*cognitio extra ordinem*" ebbe sviluppo specie nel secolo III, onde si compilarono il Codice Ermogeniano e Gregoriano (366 o 376). I rescritti dei Principi ebbero valore di legge da

quando terminò l'attività legislativa dei pretori; cioè dalla costituzione dell'Editto Perpetuo. Essi quindi pur riguardando casi singoli furono applicati ai casi analoghi. Sulla fine del secolo III si sviluppò tanto la *cognitio extra ordinem* che cadde l' "*ordo iudiciorum privatorum*"; venne meno cioè il processo privato e la giustizia fu ritenuta funzione di Stato (processo pubblico). Sotto Diocleziano pur mancando grandi giuristi vi era buona pratica burocratica (cancelleria imperiale) che sapeva compilare ottimi rescritti. Dopo tale imperatore – nei secoli IV, V, VI – un insieme di cause fece nascere un caos nel diritto, che finì per basarsi solo sulla pratica. Diocleziano si basò ancora su pretti principi romani, sicché il secolo III. si deve ritenere periodo classico.

Nei secoli IV e seguenti per evitare o diminuire la confusione del diritto furono edite compilazioni delle opere dei giuristi, e di "*summae*" o riassunti di opere (p. es. le *Sententiae Pauli*; è discusso se siano opera originale (Riccobono) o riassunto delle sue opere per mano di altri).

In questo periodo, come abbiamo detto, sin dal primo momento nacque una confusione nella guida della giustizia, perché venne a mancare la guida illuminata del pretore e della giurisprudenza, e venne applicata una procedura diversa, nonché la gran mole delle opere dei giuristi, che si dovevano consultare. Quindi, per poter risolvere il problema, cioè per evitare la mancanza di direttive facili al giudice, si cercò di riassumere le opere dei giuristi e le costituzioni dei principi: infatti il *Codex Gregorianus* e il *Codex Hermogenianus* sono raccolte di costituzioni imperiali ed avevano valore nei tribunali, benché fossero raccolte private. Riguardo alle opere dei giuristi, tralasciando i casi pratici, si sussumevano i libri in un insieme di sentenze che era l'elemento più utile nella pratica. Di tali opere le "*Receptae Sententiae Pauli*" fu una delle prime: si è dubitato dai moderni se essa sia originale di Paolo o di giuristi posteriori, ma questa seconda teoria non è accettabile, poiché pochi anni dopo la sua pubblicazione Costantino (Cod. Teod. 1.4.2.) parla di quest'opera come di Paolo e non di terzi. (Nota che furono chiamate "*receptae*"

solo più tardi, poiché avevano acquistato autorità). Però queste opere poi erano continuamente rivedute per poterle aggiornare alle varie costituzioni dei principi. (Del Teodosiano p. es. si dice che vi siano state fino a tre edizioni in un anno). Questo appunto ci provano due testi: Paolo - *Receptae Sententiae* 1.1: in esso si parla di obbligazione del patto (*obligatio pacti*). Ma nel diritto civile non si parla che di “*obligatio*” per determinare il “*vinculum iuris*” di essa; forse può anche parlarsene nel diritto pretorio, ma certo non si parla mai di “*obligatio pacti*”. È quindi una modificazione posteriore. Infatti il D. 2.15.2 parla anch'esso di patto: per il diritto giustiniano la “*stipulatio*” e il “*pactum*” sono posti su un piano di uguaglianza. Paolo dice (*Sent.* 5.7.2) che la “*verborum obligatio*” deve farsi tra presenti e non tra assenti, ma, se vi è uno scritto che dichiara l'esistenza del debito, questo strumento o patto ha il valore dell'obbligazione. Come vedesi questo concetto di uguaglianza del “*pactum*” (forma scritta) alla *stipulatio* (forma orale e solenne) non è certo del diritto classico, né di Diocleziano, che fu un assertore tenace del classicismo contro le usanze provinciali; quindi esso è opera del secolo IV (e non del II come per l'innanzi si riteneva dato che ricorre spesso nel Digesto). Del resto esso ha dei precedenti nel diritto classico nelle “*actiones ficticiae*” del pretore, che concedeva l'azione pur non esistendo formalmente l'obbligazione (cioè non era avvenuta la pronuncia orale della formula). Quest'esempio ci mostra che il testo di Paolo (*Receptae Sententiae*) è stato modificato posteriormente, pure rimanendo sua e non di terzi l'opera; inoltre quest'esempio e i seguenti ci mostrano come a poco a poco sono scomparse le forme solenni dall'uso pratico e comune e siano state sostituite dalle forme scritte. Anzi è da dire che il subentrare alle forme solenni e verbali dello scritto è il problema centrale dello sviluppo del diritto romano.

D. 1.7.19.1: la “*satisfactio*” che si dà al pupillo che si emancipa si ritiene con finzione come avvenuta, anche se non lo è.

D. 1.7.29: anche il muto può adottare uno per figlio, ritenendo con finzione come avvenuta la *stipulatio*. – Tutti questi testi sono postclassici.

D. 40.2.23: altra presunzione riguardante la manomissione. Tutte queste presunzioni sono opera della prassi (della fine del III. e del IV. secolo) e non certo delle scuole, come alcuni ritengono.

Quindi le opere dei giuristi venivano ritoccate per portarle alla realtà pratica della vita; e le modificazioni in esse erano fatte in base o ad una prassi nota o ad una costituzione imperiale. (Nota che Teodosio fu colui che affermò che il *pactum vale stipulatio* nella dote).

Altro libro compilato in quest'epoca sono i "Fragmenta Vaticana" che contengono decisioni e sentenze di Papiniano (142-212 d.C.), Paolo (allievo di Papiniano) ed Ulpiano, radunate in rubriche: esso quindi è un libro d'uso pratico. Si discute anche qui se il testo è genuino o vi sono modificazioni. Sino a Momm-
sen si riteneva mutilato (cioè trascritte le sole decisioni), ma non modificato; oggi si ritiene anche modificato, il che non intacca l'originalità dell'opera. Ciò si può provare con esempi.

Fr. Vat. 49. *de usu fructu*: il testo afferma che può esistere il legato d'usufrutto a certo tempo: ciò non sarebbe possibile per il diritto classico, benché sia scritto in tal periodo il testo. Ma nel diritto posteriore ci sono decisioni pro e contra questo concetto ed il testo accetta la tesi favorevole, onde deve ritenersi modificato. –

È da notare che il diritto giustiniano si differenzia dal diritto classico per la mancanza delle forme solenni e della procedura formulare. Esse vennero meno sia naturalmente nella pratica sia per opera dei principi: e ciò (abolizione delle forme solenni), accanto alla mancanza del pretore e della giurisprudenza, è stata una causa della decadenza di tale periodo.

Altro esempio del venire meno delle forme solenni è il Senatoconsulto Neroniano ricordato nei seguenti testi:

Ulp. *Regulae*. 24.11 (V. Ciapessoni, "*Studi per Bonfante*" vol. III) e Gaio 2.197-198. In essi si tratta di un legato per vindicazione nullo per diritto classico, perché la cosa non era nel tempo del testamento e della morte di proprietà del "*de cuius*", il SC. Neronianum affermò invece valido tale legato come se fosse dato "*optimo iure*", cioè trasformava il "*legatum per vindicationem*" in

quello “*per damnationem*”, in cui l’erede era obbligato a consegnare al legatario anche cose non di proprietà del defunto, e così non richiedeva le forme della “*vindicatio*” volute dalla tradizione nei legati. Se poi la cosa era di proprietà del testatore al tempo del testamento, ma di poi veniva venduta, il legato non era valido né per diritto civile, né per il *SC. Neronianum*: ed infatti il pretore concedeva una “*exceptio doli mali*” all’erede per respingere il legatario che richiedeva quasi contro la volontà del defunto. Questo Senatoconsulto diede il colpo di grazia alle forme dei legati.

Altro esempio: la “*cretio*” o accettazione solenne della eredità.

Ulp. *Regulae*. 22.25 e seg.: all’erede estraneo si dà un tempo per accettare l’eredità; se gli è fatto l’obbligo dal testatore di accettare con la “*cretio*”, è d’uopo che passi tutto il tempo stabilito (100 giorni) perché possa pronunziare la forma voluta dalla legge per l’accettazione (forma solenne: “*adeo cernoque*”); se non ha tale obbligo, può accettare quando e come crede (senza forme solenni). Nel primo caso, anche se non accetti solennemente, può essere erede se così stabilisce il “*de cuius*”; ma può essere stabilita la sostituzione, ed il sostituito subentra nella intera eredità se non avviene la “*cretio*”: questo per il diritto classico.

(Ugualmente Gaio: 2.176).

In questo periodo invece per ragioni equitative si divide per parti uguali l’eredità tra il sostituito e l’istituito, quando quest’ultimo, pur non avendo pronunziato la “*cretio*” abbia gestito come erede l’eredità. Marco Aurelio poi uguagliò la “*pro herede gestio*” alla “*cretio*”, cioè la forma non solenne alla solenne (Ulp. *Reg.* 22.34).

Gaio 2.104: *testamentum per aes et libram*.

Esso consisteva in forme solenni e pronunzia di parole solenni (*nuncupatio*). La “*nuncupatio*” rendeva valido il testamento, come se fosse stato letto (giurisprudenza pontificale). Questo ci dimostra l’importanza della finzione nel diritto, in cui con essa a poco a poco lo scritto sostituì la forma solenne orale.

D. 45.1.140. La *stipulatio* è valida anche se non è letta completamente: basta richiedere la *stipulatio* per ogni cosa scritta. Quindi poi è breve nel sec. IV. il passo dalle forme orali allo scritto. Il documento quindi nel tribunale prima valse come prova indiretta poi come esistenza del contratto.

Pap. *Regulae iuris*. (D. 50.17.77). Atti legittimi che non possono essere posti sotto condizione o termine espressamente, altrimenti sono nulli, mentre lo possono tacitamente. Atti legittimi sono gli atti derivanti dalla legge (delle XII tavole e delle successive); essi sono: l'*emancipatio* (mutato da *mancipatio*), l'*acceptilatio*, l'*hereditatis aditio* (sostituita alla *cretio* abolita), la *servi optio*, la *datio tutoris*. Gli esempi quindi portati dal testo primitivo furono modificati dai compilatori giustinianeî. E questi atti non potevano essere sottoposti a termine e a condizione nel diritto classico data la loro forma orale e solenne, la quale ragione non è valida certo nel diritto giustiniano.

D. 8.1.4. pr. (*Papinianus*). Le servitù non possono costituirsi sotto condizione, a condizione certa o a termine per Papiniano, data la loro forma solenne per la costituzione (*mancipatio, in iure cessio*), nel diritto giustiniano non è posto tale divieto. (È rimasto solo – *ipso quidem iure* – nel diritto in sé e per sé, non nella pratica). Quindi questo testo, di cui la seconda parte è interpolata, ci dimostra non valido il testo precedente nel diritto giustiniano.

Ist. 3.15.3. – Riguardo al testamento con contenuto simile. La giurisprudenza, a cominciare da Sabino e Cassio, insistette sulla validità di tutte le stipulazioni anche se contrarie al diritto civile, ed esse saranno difese con “*exceptio doli vel pacti*” concesse dal pretore. Essa così crea nuovo diritto in base a stipulazione.

D. 23.4.26.4. (*de pactis dotalibus. Papinianus*): v'è una costituzione di dote, che si doveva restituire alla madre se la donna moriva senza figli. Ma per diritto classico tale patto (a favore di terzi) non è valido, se non è intervenuta la madre a formare una stipulazione a suo favore. Ma Papiniano ritiene che se il marito

ha restituito la dote senza che esistesse una stipulazione siffatta, egli non può richiedere più la dote perché gli si opporrebbe l' "*exceptio doli*".

D. 8.3.13. pr. (*Javolenus* discepolo di *Cassius*): in un fondo coltivato a vigneto, od agrumeto, si può acquistare una servitù oltre che al fondo secondo il diritto classico, anche al vigneto o all'agrumeto, secondo il nuovo diritto: la seconda parte è interpolata. L'estensione della servitù dal vigneto al fondo è impedita dalla "*exceptio doli*" che il concedente oppone a colui che gode la servitù.

D. 45.1.56.4. (*Julianus* discepolo di *Javolenus*): Una stipulazione di vitalizio non può essere annullata dall'erede dell'obbligato, poiché il beneficiato può opporgli l' "*exceptio doli*". Ugualmente il caso di una servitù concessa solo ad una persona: l'erede di questa non può pretendere di godere della servitù, poiché il concedente gli opporrebbe l' "*exceptio pacti conventi*". (Si parla di "*exceptio pacti*" quando ne gode l'erede, di "*exceptio doli*" quando ne gode un terzo che non poteva certo basarsi sul patto).

Dopo ciò si può spiegare il D. 8.1.4. pr. in cui Papiniano annullava le servitù condizionate dei fondi italici (Gai Ist. 2.29-31) tranne che si trattasse di servitù in fondi provinciali basata su "*pactionibus*" e non su forme orali e solenni. "*Pactionibus*" cioè e "*stipulationibus*". Così si spiega la contraddizione col testo D. 50.17.77, poiché essa si deve al mutamento portato dai compilatori (la soppressione del "non").

Del resto gli atti che non potevano essere posti sotto condizione e termine nel diritto classico, erano per il loro carattere orale e solenne. Invece nel diritto nuovo, essendo venuto meno tale carattere, solo pochi atti obbediscono a tale divieto per la loro essenza (matrimonio, *mancipatio* ecc.) e non gli altri (tra cui le servitù). –

D. 46.4.19. (Ulpiano): in una *obligatio in re* (mutuo) l'acceptilatio non estingue il mutuo – consistendo esso in una dazione e non in una volontà – nel diritto classico; ma il pretore dà una *exceptio doli* per dare tale valore all'*acceptilatio*.

D. 18.5.5 (*Julianus*). Si fa una compravendita e poi una *acceptilatio* con cui le parti si obbligano a non richiedere più nulla rispetto a tale atto giuridico; l'*acceptilatio*, che non sarebbe valida per il diritto classico, è valida in forza della convenzione, cioè della volontà delle parti.

D. 46.4. fr. 8. (Ulpiano): Se l'*acceptilatio* è nulla il patto è valido?

D. 46.4. fr. 14. (Paolo): Se non v'è concordanza tra *acceptilatio* e la convenzione (*stipulatio*), la liberazione non avviene.

D. 2.14.1.3. (Ulpiano): La "*conventio*" riguarda tutti i contratti consensuali; ed è compresa in qualsiasi "*obligatio*" sia "*re*", sia "*verbis*". Tale testo fu criticato assai, poiché parla di *conventio* in qualsiasi *obligatio*, mentre quelle derivanti da delitto non si basano sulla volontà delle parti. In realtà il testo – secondo Riccobono – vuol parlare di tutte le obbligazioni solenni: in esse si richiede la volontà delle parti oltre alle formalità, anzi anche in mancanza di essa l'obbligazione è valida, se v'è l'accordo delle parti.

Il "*ius honorarium*" ha corretto e paralizzato nella pratica l' "*ius civile*", sicché dopo l'uso di questa norma per due o tre secoli il diritto civile si atrofizzò.

Fr. Vat. 286. (Gregoriano - anno 290). Si parla di una donazione fatta sotto condizione che dopo un certo tempo si doveva devolvere a un terzo: costui per il diritto classico doveva fare la *stipulatio* col primo beneficiario, per il nuovo diritto ciò non era necessario potendosi obbligare il primo beneficiario come se fosse avvenuta la *stipulatio* (con una "*utilis actio*" contro il primo beneficiario).

Cod. 8.54.3. (desunto dal precedente Fr. Vat. 286; - Guarnieri: indice di parole interpolate).

Da questo testo "*condicticiae actionis*" è trasportato erroneamente, perché è frase bizantina, nel Fr. Vat. (opera antegiustiniana) che nel resto è identico. [Nota che "*competendam actionem*" è del diritto civile, "*dandam actionem*" è del diritto pretorio].

Quindi i contratti a favore di terzi, che non erano ammessi nel diritto quiritario, furono dapprima ammessi dal pretore colla concessione della “*actio utilis*” (che è “*actio ficticia*”) e poi ribaditi dagli imperatori, che avevano una vera e propria attività legislativa. Giustiniano infine, dopo tale sviluppo modificando alcuni verbi ammette incondizionatamente i contratti a favore di terzi.

Fr. Vat. 113. – Si tratta della mancanza di forme solenni nella costituzione di dote costituita per libello: tale contratto è valido perché fatto per iscritto per “*affectio parentum*”. Teodosio poi nel 438 affermò che il “*pactum*” equivale alla “*dictio*” o alla “*datio*” nella dote: esso quindi riconobbe legislativamente la prassi comune.

Fr. Vat. 50. (*Paulus*). È un testo in gran parte interpolato, poiché viene a contrastare con il contenuto del frammento di Papiniano che si trova nel D. 50.17.77. Qui infatti si ammette sempre possibile la costituzione di dote sotto condizione o a termine, mentre il Fr. 77 ammette come via generale l'impossibilità di ciò negli “*actus legitimi*”. Secondo motivo di perturbazione del diritto civile, oltre il cadere della forma solenne, è la trasformazione della procedura che si è dovuta soprattutto per la fusione del diritto civile e del diritto onorario.

Ist. 2.193. – Si parla qui della fusione del diritto civile col diritto onorario. Nota che questo testo è contrario alla teoria di Wlassak, il quale vede nella compilazione giustiniana solo diritto civile più diritto onorario e non un nuovo diritto (*Wlassak: Die Theorie der Rechtsquellen*).

D. 12.1.30. (*Paulus*); secondo questo testo chi ha stipulato di ricevere in credito mille, non è obbligato a prendere quanto ha promesso: ciò è giustiniano, perché nel diritto classico il concetto è l'opposto. In realtà si è fuso il concetto civile (*obligatio* con la *stipulatio*) e quello onorario (*exceptio doli* per negare la *stipulatio*).

Scoli sinaitici 4. e D. 45.1.134. – Una stipulazione con penale tra due persone per obbligare una terza a sposare uno di essi è nulla perché è contraria ai buoni costumi. Nel diritto clas-

sico l'obbligazione è valida, ma la si fa cadere con l' "*exceptio doli*".

Quando è avvenuta la fusione tra il diritto civile ed il diritto onorario? Essa è avvenuta col venir meno della procedura formulare e di quella "*extra ordinem*", cioè alla scomparsa del pretore. Quest'ultima procedura diventa con più semplicità l'ordinaria. Com'è avvenuta tale fusione? In varie forme infatti fu opera specialmente della prassi (cadute le eccezioni vien data un'azione diretta). È totale oppure no tale fusione? Certamente è totalitaria, però è avvenuta sostanzialmente ma non formalmente: infatti molto spesso si parla nella compilazione giustiniana di diritto civile e di diritto onorario, ma in realtà non v'è alcuna differenza tra questi due diritti; non sono due sistemi diversi, ma un puro ricordo storico.

Ist. 3.12. La "*missio in possessionem*" è concessa dal giudice direttamente e non come eccezione dal pretore.

D. 3.5.47.1. (*Paulus*) *idem*.

Ist. 4.15. *De interdicto*: erano forme con le quali il pretore ordinava o proibiva di fare qualche cosa, specie in materia di possesso. All'epoca giustiniana (id. par. 8) il giudice giudica con una finzione (p. es. scrittura invece di stipulazione), come se il pretore avesse ammesso quel divieto, se esso esisteva nell'editto perpetuo.

Cod. 8.1.3. (Diocleziano). *De interdicto*. Il processo di questioni possessorie, una volta fatto per mezzo di interdetti, nel diritto giustiniano, pur non essendovi più essi, procedeva nella stessa maniera, essendovi una regola generale di diritto che li sostituiva. (P. es. *cautio damni infecti* nel diritto giustiniano non si richiede più, perché esiste una norma generale che obbliga il proprietario a risarcire i danni prodotti dalla ruina della cosa). –

D. 30 fr. 28. Chi lega una cosa ad un creditore, al cui credito avrebbe potuto opporre una eccezione, fa un legato valido. Così chi lascia una cosa ch'era dovuta per diritto onorario, fa un legato valido. Ora questo testo parla di diritto civile e di diritto onorario, ma solo formalmente, in sostanza è un diritto nuovo. Questo conservare formalmente le formulazioni di diritto civile e

di diritto onorario è un difetto della compilazione. Il fenomeno della fusione è quindi naturale e totalitario e fu dato dalla compilazione giustiniana. I compilatori nella fusione del diritto civile col diritto onorario hanno abolito le “*exceptiones*” che nel periodo classico erano concesse al convenuto contro la pretesa di diritto civile dell’attore. L’*exceptio* aveva l’azione di paralizzare i principi di diritto civile. All’epoca giustiniana essa non era più necessaria, poiché lo stesso scopo si otteneva col nuovo diritto in cui il diritto civile era fuso coll’onorario.

Oltre l’eliminazione, troviamo nei testi giustinianeî la svalutazione dell’*exceptio*.

D. 45.1.36. (“*suptilitate iuris*” è interpolato da *iure civili* per eliminare l’*exceptio*). Chi si è obbligato con raggiri in maniera diversa da quella convenuta, può essere obbligato alla primitiva convenzione per diritto civile (per sottigliezza di diritto), però può opporre l’eccezione di dolo (concessione già dal diritto onorario).

D. 39.5.25. La donazione che tu dovevi fare a nome mio, essendo mia la cosa, ed hai fatto a nome tuo, pur non essendo valida nel diritto civile (il testo – interpolato – dice per sottigliezza di diritto) è valida per l’*exceptio doli* che il donatario può opporre al donante.

D. 23.3.9.1. (*Ulpianus*). È un testo famoso. Se il donante di una cosa donata, perché sia valida come dote, muore prima delle nozze, la cosa non passa in proprietà al donatario sposo. Questo è il principio di diritto civile, ma il nuovo diritto, secondo il diritto onorario, ammette il passaggio di proprietà anche contro la volontà dell’erede, poiché il marito può opporre l’*exceptio doli mali* contro la richiesta di restituzione di esso. Il testo, eliminata l’*exceptio*, ammette tale principio per non lasciare donne indotate.

D. 12.1.18. Se uno dà del denaro per donazione, e chi lo riceve lo ritiene per mutuo, essendovi dissenso nella causa mancano entrambi questi istituti. Se i denari esistono si possono rivendicare; se sono consumati non si possono, perché si sono consumati secondo la volontà del donatario: se li si richiede si

oppone l'*exceptio doli mali*. Si ha in sostanza riguardo alla volontà, basandosi sul diritto onorario invece che sul diritto civile: per la compilazione giustiniana sul diritto civile.

Che cosa è divenuta l'*exceptio* nel diritto giustiniano? Essa è una allegazione di fatto che si porta al giudice per richiamare la sua attenzione sul proprio diritto, ma in realtà l'effetto si ha *ipso iure* (V. Biondi: *iudicia bonae fidei*). Questa spiegazione è stata data la prima volta dai glossatori, poi a torto ripudiata come erronea.

Cod. 8.26.2. Vedi la nota al "*suptilitatis iuris*" della glossa. Per Bartolo dove c'è l'*exceptio*, c'è un'azione e quindi un diritto. Ne consegue che tutti i "*nuda pacta*" sono diritti azionabili.

D. 45.1.134. (v. p. 26¹). Matrimonio promesso con penale per l'inadempiente. Da questo testo si desume che la *stipulatio* nel diritto giustiniano è data da un atto verbale o da uno scritto (*instrumentum*), benché talvolta si parli nei testi di "*obligatio sollemnitate verborum sive verbis*" cioè solenne (diritto classico). La *stipulatio* è un atto consensuale (con o senza scritto) e causale.

D.18.5.5. (v. sopra). L'*acceptilatio* è anche un atto consensuale.

Cod. 4.49.1. Contro il venditore si ha all'epoca giustiniana un'azione personale invece dell' "*actio in rem*": anche qui la solennità viene a mancare.

Cod. 8.39.4. La novazione del credito fa venir meno i contratti secondari del primo contrattuale credito (fideiussione ecc.). La novazione è detta "*legitima*"; tale parola o simili (*recte* ecc.) sostituisce una forma solenne che si richiedeva nel diritto classico.

È ancora da notare che nei giudizi "*bonae fidei*" non esiste più l' "*exceptio*", ma il principio del nuovo diritto, desunto dalla fusione o surrogazione del diritto onorario al civile.

Torniamo agli atti "*contra bonos mores*".

Ist. 3.19.24. Ciò ch'è stato promesso per una causa turpe come un omicidio od un sacrilegio, non vale: la nullità è *ipso iure*

¹ Il riferimento è alla pagina del manoscritto originale: vedi ora p. 89.

per diritto giustiniano. Nel periodo classico erano stipulazioni annullabili con l' "*exceptio*".

D. 45.1.26. Uguale concetto. I testi di tale materia sono brevissimi e tali testi sono per lo più dei compilatori. Tra i cultori del diritto comune l'umanista Gotofredo fu colui che commentando l'ultimo libro del Digesto (*De regulis iuris*) cercò di abbattere teorie, come questa, di opera compilatoria e reintegrare i testi sì da conoscere le vere teorie romane. Esso si basa sulla *inscriptio* dei frammenti. Ciò, se ha un valore scientifico e storico, è una negazione di tutto lo sviluppo del diritto.

D. 45.1.27. Il pretore deve denegare d'ufficio l'azione in tali casi: è nullità sempre diretta, è concetto giustiniano perché in diritto classico si andava in giudizio e qui aveva valore l'*exceptio*. Sin da Cujacio e Donello, se si tratti in tali casi di atti nulli o annullabili, si è discusso: e quest'ultimo concetto fu quello che finì col prevalere, dando così prevalenza al diritto puro romano, e negando lo sviluppo raggiunto dal diritto all'epoca giustiniana, in cui valeva il principio della nullità di diritto, essendosi fusi il diritto civile e l'onorario.

D. 45.1.25. Chi si obbliga due volte per la stessa cosa, è obbligato solo per la seconda e non per la prima perché si può opporre l'*exceptio*: ciò nel diritto giustiniano, nel diritto classico doveva essere l'opposto, poiché la seconda avrebbe valore solo se vi fosse novazione.

D. 50.17.66. (*de regulis iuris*) Chi acquista una *exceptio* cessa di essere debitore: ciò per diritto giustiniano.

D. 50.17.112. Nulla importa se uno non ha *ipso iure* l'azione o gli s'infirma per l'*exceptio*.

D. 50.16.10. (*Ulpianus*) Si tratta qui "*de significatione verborum*". Definisce la parola "creditore" come colui che deve ricevere sia per diritto civile o per diritto onorario, sia con o senza condizione: concetto molto lato che certo non vigeva nel diritto classico. Il creditore per diritto onorario lo è in base a una obbligazione naturale. Quando non c'è mutuo, ma v'è *stipulatio*, sorge il rapporto creditorio: cioè basta la promessa di obbligarsi. Questa massima vale nel diritto classico; nel diritto giustiniano

l' "*obligatio re et verbis*" vale solo e quando vi sia stata dazione della cosa.

D. 40.12.20.3. Tutti questi testi sono incomprensibili per diritto classico; essi sono massime, sebbene desunte sulla base classica, di diritto giustiniano, cioè diritto codificato. Il testo dice che se vi è un espediente che paralizza un' obbligazione, essa non esiste più: anche questo concetto è dovuto alla sostituzione del diritto onorario al diritto civile.

D. 44.7.42.1. Definisce all'incirca come sopra il "creditore" come colui che ha diritto sia per diritto civile che per diritto onorario. Si discute se "*obligari-obligatum*" sia terminologia applicabile ai rapporti pretorii, dato che per essi si dovrebbe usare la parola "*teneri*". Ciò è vero per il diritto all'epoca repubblicana, certo non più all'epoca imperiale, cioè prima e dopo la compilazione giustiniana.

L'*exceptio* nel diritto giustiniano viene ad avere o effetto minorativo (del diritto dell'attore) o effetto di vero e proprio diritto subiettivo in quanto talvolta, ammessa l'eccezione, il convenuto ha azione contro l'attore (p. es per essere rimborsato delle spese fatte in buona fede sul fondo altrui). Quindi la trasformazione dell'*exceptio* (dal diritto classico) in *actio* (in diritto giustiniano) è dovuto al mutarsi di un concetto equitativo in diritto subiettivo. (P. es. *exceptio doli* è trasformato in *actio doli*)

[È da notare che l'Arangio-Ruiz negli studi di Modena² sostiene che questo effetto si ha anche nel processo formulare romano del diritto classico. Nota poi che tale effetto non si ha nei "*iudicia bonae fidei*", ma solo nei "*iudicia stricti iuris*".]

Inoltre nel diritto giustiniano l'*exceptio* si può far valere fino alla condanna, mentre nel diritto classico solo sino alla "*litis contestatio*". Per l'effetto minorativo vedi i seguenti testi.

Gai. Inst. 2.75.77. Le spese fatte da un terzo su di un fondo debbono essere rifuse dal proprietario, se questi vuole godere delle opere fatte (delle piante o arbusti o sementi piantate o seminate ecc.).

² V. L'*exceptio in diminuzione di condanna*, in Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena, 45, Modena 1930, 1-22.

D. 41.1.7.12. Nel diritto onorario si concedeva rimborso per le spese fatte al fondo altrui solo al possessore di buona fede, essendo una esigenza di pura equità: infatti nel diritto classico civile ogni cosa accede al suolo. Questo non è interpolato e ci dà quindi la pura teoria classica.

D. 6.1.38. (*Celsus*). È un testo dei più celebri: da esso si trassero varie teorie (degli atti emulativi, delle spese, dell' "*ius tollendi*" ecc.) Per le spese, come sopra, il giudice deve valutare e giudicare secondo le persone e le cause. Vi è anche il diritto di togliere (*ius tollendi* si deve intendere *civiliter*, cioè un principio già esistente nel diritto classico) concesso al possessore, se il proprietario non lo compensa. "*Constituimus*" è interpolato e anche il seguente fino a "*potestas*". Ma il diritto di togliere è limitato al non doversi levare le cose con "*animus nocendi*" (divieto cioè dell'atto emulativo): cioè solo per fare dispetto al proprietario anche senza alcun vantaggio proprio. Se il proprietario povero, che non ha pagato tutto lo speso al possessore, vende il fondo e non restituisce ad esso (possessore) quanto ancora deve, lo si condannerà a pagare, con azione che spetta al possessore. Mentre prima l'*exceptio* faceva cadere la condanna (diritto classico), ora vi è compensazione delle spese, cioè vi è diminuzione della condanna (*eo deducto*): l'*exceptio* si muta quindi nel diritto giustiniano in un effetto minorativo della condanna.

D. 6.1.48. (*Papinianus*) Il giurista vuole che le spese fatte dal possessore anche di buona fede siano compensate dai frutti ricavati, e quindi il proprietario rimborsa solo le spese superiori a quanto ha ricavato dai frutti. Questo concetto, che si trova in quattro testi dello stesso giurista, è stato per primo affermato da Papiniano e poi accettato dalla dottrina, giurisprudenza ed imperatori posteriori.

L'ufficio del giudice è di stabilire quanto può chiedere il convenuto al proprietario.

D. 6.1.27.5. (*Paulus*). L'*exceptio doli* era esclusiva; qui con interpolazioni riguarda solo le spese.

D. 44.1.22. (*Paulus*). È un frammento breve, cioè sussunzione del testo puro per opera giustiniana. Il testo dice che

l'*exceptio* ha l'effetto di annullare la condanna o di diminuirla. Da ciò, essendo testo compilatorio, non può desumersi, come fa l'Arangio-Ruiz, che l'effetto minorativo dell'*exceptio* esista anche nel diritto classico.

D. 2.14.7.5. Nota che i primi 24 libri sono interpolati più finemente e con testi puri giustiniani, perché furono compiuti con più tranquillità; negli altri ciò è più raro, perché furono fatti più affrettatamente. L'*exceptio pacti vel doli* si può opporre contro la richiesta superiore della stipulazione: nel diritto giustiniano l'*exceptio* porta allo stesso risultato per il suo effetto minorativo.

D. 30.85. Chi vuole rivendicare tutto il fondo, quando solo una metà gli sia stato lasciato per legato, può essere respinto con l'*exceptio doli* per metà del fondo. Ciò nel diritto giustiniano per l'effetto minorativo dell'*exceptio*, non nel diritto classico, dove l'attore avrebbe perso la lite richiesta del plus valore.

L'*exceptio* nel diritto giustiniano è solo minorativa della condanna ed esclude solo per porzione della sua potenza. I rapporti che prima erano protetti solo con l'*exceptio* nel diritto giustiniano sono tutelati con azione, cioè per la fusione del diritto civile col diritto onorario. Onde nel diritto giustiniano laddove c'è l'*exceptio*, c'è l'azione: questo è stato il concetto esatto e reale dei glossatori.

D. 12.6.33. (*Julianus*). Nel campo del rimborso di spese fatte sulla cosa altrui non si ha per diritto classico l'azione, ma solo un diritto *aequitatis ratione*, cioè per *exceptio*, per ritenzione della cosa. Infatti per diritto civile non vi è contratto quando non v'è causa tra le parti. Ugual concetto si trova nel Codice Teodosiano.

D. 5.3.38. (Paolo). Le spese fatte fructus causa: esse si deducono dai frutti (fr. 36-37); le spese fatte *rei causa* per la conservazione della cosa (fr. 38). Per questo il possessore di buona fede viene rimborsato, non il possessore di mala fede; però nel diritto giustiniano anche quest'ultimo deve avere il compenso delle spese per opera del giudice senza bisogno di *exceptio doli mali*; però col limite dell'esistenza della cosa migliorata, mentre il pos-

sessore di buona fede ha diritto al rimborso anche se il miglioramento non esiste più. Tale concetto a favore del possessore di mala fede si deve al principio di evitare l'indebito arricchimento del proprietario. Il favore delle spese necessarie e utili per qualsiasi possessore si deve nella legislazione imperiale ad una necessità sociale di evitare lo spopolamento nelle campagne e l'abbandono dei fondi. Già con *Teodosio* con due anni, se si miglioravano i fondi abbandonati, se ne diventava proprietari. Per la stessa ragione a quest'epoca si deve il concetto che anche l'usufruttuario possa fare miglioramenti alla cosa, concetto estraneo al diritto classico, dove esso aveva solo un diritto sui frutti, che li acquista solo con la percezione, mentre il possessore di buona fede li acquista con la separazione. E le spese che nel diritto classico venivano tutelate con la "*retentio*", nel diritto giustiniano sono tutelate con azione. Questa materia delle spese nasce nelle questioni dotali; anche qui nel diritto giustiniano vien data al marito l' "*actio negotiorum gestorum*", ciò che è curioso, perché in esso non vi è alcun animo di gestire alcun negozio. Ciò però si spiega dal fatto che il nome delle azioni non aveva importanza per Giustiniano.

D. 12.6.14. (*Papinianus*). Nessuno si deve arricchire con danno di altri. Un esempio di questo principio è nel §. 7 del frammento precedente: il pupillo contrae un mutuo senza l'autorità del tutore; esso non sarebbe valido ma se da ciò viene ad avere arricchimento e paga non si può richiedere la restituzione del dato.

Gai 2.84.3-9. Lo stesso esempio: da questo testo antegiustiniano si desume che l'azione di arricchimento è conosciuta già nel diritto classico per singoli casi. "*Nemo ex aliena iactura locupletari debet*". Nel diritto giustiniano poi è un principio generale.

D. 50.17.206. (*De regulis iuris. Pomponius*).

Lo stesso principio. Questo principio della spesa o indebito arricchimento è un problema ancor oggi vivo di politica legislativa. Il codice germanico, seguendo una critica del polacco Petrycki, ha ammesso la rifusione delle spese al solo possessore di

buona fede; però la maggioranza degli altri codici, seguendo anche il concetto cristiano del diritto canonico e dei cultori di diritto comune, ammette anche il rimborso per il possessore di mala fede. Certo quest'ultimo principio è più facilmente accettabile per ragioni sociali, oltre che etiche d'indebito arricchimento del proprietario della cosa.

Nel secolo XIX si considerava del diritto romano solo l'elemento del diritto civile, e si dimenticavano gli altri elementi che portarono con la loro fusione ai principi di quel nuovo diritto che poi fu il nocciolo del diritto giustiniano. Il diritto classico conosceva solo singoli esempi del principio "*nemo ex aliena iactura locupletari debet*". (Responsabilità per colpa, *actio utilis* della *lex Aquilia*, azione di arricchimento, cause di tutte le obbligazioni). È il diritto giustiniano che desumendo dal *novum ius* pone principi generali che sono oggi accolti nel diritto moderno.

Cod. 5.13.5. L' "*actio negotiorum gestorum*" è nel diritto giustiniano un'azione generale che viene anche concessa come azione di arricchimento. Questa nel diritto classico era tutelata con l'*actio de in rem verso*; con l'*actio negotiorum gestorum*; per altre azioni concesse dalla legge.

D. 24.3.71.6. (Ulpianus). Esempi di "*impensae fructuum causa*": spese di seminazione o sull'edificio, o per il servo, se questo è utile al fondo. Esempi di "*impensae in rem*": di costruzione di un nuovo edificio, o di una casa in luogo della casa vecchia distrutta: nel diritto giustiniano vien data in questo secondo caso azione al marito per la restituzione delle spese fatte invece di una sola eccezione, come nel diritto classico.

D. 30.60. (v. fr. 58-59) Se l'erede ricostruisce le case ereditarie distrutte dall'incendio, il fedecommissario deve ripagare le spese, tranne che il danno sia stato cagionato dall'erede. Anche qui vien concessa azione.

D. 10.2.39. pr. (Scaevola) Un erede *pro parte* viene ad ottenere tutti i beni ereditari, poiché gli eredi non avevano vendicato la morte del testatore. Un coerede richiede la sua parte, ma non vuole pagare la parte delle spese della lite: si concede al primo

un'azione per obbligarlo a ciò invece dell'*exceptio* del diritto classico.

D. 12.6.40.1 (*Marcianus*). Lo stesso concetto.

Abbiamo così nei testi visto lo sviluppo della *exceptio* in *actio* nel diritto giustiniano e del suo valore di sola allegazione di fatto.-

Che cosa è la "*in integrum restitutio*" nel diritto giustiniano? Se vi è fusione del diritto civile coll'onorario non vi è più bisogno di tale istituzione con l'opera del pretore; infatti nel diritto giustiniano si ha la nullità *ipso iure* dell'atto. Si ha il titolo "*in integrum restitutio*" ma è assai povero di contenuto; inoltre se alcuni testi parlano di tale istituto in realtà in molti si parla di nullità dell'atto senza bisogno della "*in integrum restitutio*". La "*in integrum restitutio*" è un mezzo con cui il pretore rescinde un negozio giuridico, quando questo è basato su una "*causa ini-qua*". Ma col cadere del pretore tale istituto vien meno sostanzialmente, esso si trasforma come norma di diritto civile.

D. 4.1.7. (*De in integrum restitutionibus*). Tale titolo ha solo otto frammenti. "*De minimis non curat praetor*" è un principio che valeva nel diritto classico, ma non più nel diritto giustiniano.

Nell'Editto il pretore oltre la "*in integrum restitutio*" poteva concedere l'*exceptio*", o l' "*actio*"; nel diritto giustiniano è "*officium iudicis*" il concedere l'*actio*, l'*exceptio* o la rescissione.

D. 15.1.32. (*Ulpianus*). Se più eredi o usufruttuari hanno un servo, entro un anno dalla sua liberazione o morte il creditore può intentare causa anche ad un solo erede o usufruttuario. Però egli non può *percipere* che quella parte di peculio, che trova presso il convenuto, e non ha più azione verso gli altri eredi o usufruttuari, poiché questi sono liberati per principio di diritto civile (classico). Ma il diritto giustiniano per un principio di equità, desunto dal diritto pretorio, dà azione verso gli altri per la parte del credito non pagato.

La "*litis contestatio*" così perde l'effetto consumativo del credito che aveva nel diritto classico; tale efficacia nel diritto giustiniano l'ha solo l'effettivo pagamento del credito. Qui sarebbe stato il luogo della "*in integrum restitutio*" da parte del pretore;

ma di essa non si parla, poiché ad essa è sostituito l'effetto diretto del nuovo diritto civile.

Jurisprudentia Antejustiniana. BJa³ parla del giudizio rescissorio che il diritto giustiniano nei testi della compilazione ha soppresso.

D. 4.2.9.7. (*Ulpianus*). *Quod metus causa*. A chi ha stipulato sotto violenza o ha restituito sotto violenza per "*officio iudicis*" si concede la "*in integrum restitutio*", l' "*actio quod metus causa*" che condanna il colpevole al quadruplo, o l' "*exceptio*", o si obbliga a fare l' *acceptilatio* il creditore: ciò nel diritto giustiniano; nel diritto classico tutto ciò era opera del pretore.

D. 4.2.21.3. Una promessa di dote fatta sotto "*metus*" non è valida; essa quindi non nasce.

La nullità degli atti un tempo rescindibili con la "*in integrum restitutio*", sono nulli *ipso iure* nel diritto giustiniano, o annullabili? In realtà sono nulli di diritto, anche se in alcuni testi si parli di rescindibilità?

Così la *stipulatio dotis* è nulla *ipso iure*? Ma il testo (D. 4.2.21.3) si riferiva alla *dictio dotis* che differisce molto dalla *stipulatio dotis*. Infatti la *dictio dotis* può essere indeterminata, il che è impossibile nella *stipulatio dotis*.

D. 50.16.125. – Questo testo si riferiva alla *dictio dotis*. La *dictio*: "Quando mi sarà comodo darò in dote 100 aurei a mia figlia" dà possibilità dopo il matrimonio, di richiedere la dote? E si deve intendere la *dictio* "*cum potuero, dotis est*", quando si potrà dedotti i debiti? In sostanza queste obbligazioni sono figure ben diverse dalla *dictio*, che è poi da considerarsi un istituto di

³ Dopo la locuzione "*Jurisprudentia Antejustiniana*", che ad una prima lettura parrebbe ricondurre o all'opera settecentesca di S. Schulting, ove mancherebbe peraltro l'aggettivo *vetus*, o a quella di Ph.E. Huschke, pubblicata nel 1860 ed oggetto di successive riedizioni, che accoglie nel titolo la variante *antejustiniana*, nel manoscritto di Visky si legge la sigla BJa.: una suggestiva ipotesi potrebbe essere lo scioglimento in Baviera Johannes seguito da *a(uctores)*, cui si deve la prima edizione nel 1909 di quella *Pars altera* dei *Fontes Iuris Romani Antejustiniani*, divenuti strumento essenziale di studio per generazioni di giusromanisti. Ma questa resta soltanto una mera se pur suggestiva ipotesi.

diritto onorario. Questo testo spiega il D. 4.2.21.3, in cui si deve trattare di *dictio* e non di *stipulatio dotis*.

D. 4.2.21.5. Se io con violenza ho adito l'eredità, stimo che sono divenuto erede, perché pur quanto obbligato volli fare tale atto, ma ricorrendo al pretore si può godere del "*ius abstinendi*". I moderni ritengono interpolata la frase "*tamen coactus volui*": il testo primitivo doveva dire "*tamen coactus crevi*". Vi è una dichiarazione solenne che produce i suoi effetti secondo il diritto civile; e si sono ritenuti sino al secolo scorso validi tali atti. In realtà essi erano annullati per opera del pretore; o per principio dell'equità nel diritto giustiniano.

D. 29.2.85. (*Papinianus*). Testo breve: compilatorio. L'eredità adita per *metus* non si acquista all'erede per la "*facultas abstinendi*"

D. 50.17.4. (*Ulpianus*) Testo breve: compilatorio.

D. 29.2.6.4. – Colui che fu comandato di adire l'eredità per il *paterfamilias*, se ha accettato, morto il padre, l'eredità non viene ad acquistarsi né al padre perché è morto; né al figlio, perché non volle. Ciò dimostra che *coactus volui* sta per *coactus crevi*.

Fr. *Dositheanum* 7. – La "*manumissio inter amicos*" è basata sulla volontà del *dominus*, senza bisogno di forme solenni (ciò per la *lex Junia*, che concedeva ai liberti la latinità); – ciò tranne che la volontà del *dominus* sia coatta. Da ciò si desume che nel puro diritto romano la volontà coatta non ha efficacia giuridica.

D. 29.2.6.7. Chi adisce l'eredità per timore o non diviene erede, se è libero, o non fa erede il padrone se è servo: qui la violenza ha efficacia di rendere nullo l'effetto giuridico.

D. 29.2.85. – Entrambi questi testi sono compilatori; infatti il testo primitivo doveva ritenere valido l'effetto giuridico che doveva venir meno con la "*in integrum restitutio*". Questi testi hanno una grande importanza per il diritto giustiniano, soprattutto perché sono in sede di materia e non in un titolo generale come quello della "*in integrum restitutio*".

Quindi essendo scomparso il pretore e conoscendo tutta la causa il giudice, si deve ritenere che è venuto meno l'istituto della "*in integrum restitutio*". Però vari testi, specie nel Codice,

parlano ancora di tale mezzo rescissorio: ciò però è solo formalismo, esso in sostanza non esiste più. Nel diritto giustiniano la nullità è *ipso iure* o si tratta di annullabilità? La glossa e i post-glossatori ritennero la nullità *ipso iure*; Fr. Schulz (*Ztschr. Sav. St.* 43, 1922, p. 201 ss.) e la critica interpolazionista ritengono sì la nullità *ipso iure* nel secolo IV. e V., ma credono pure che Giustiniano (sec. VI) per entusiasmo del diritto classico ammettesse il principio diverso, cioè la validità del negozio compiuto per violenza (per il principio “*coactus tamen volui*”).

Ora la compilazione giustiniana ha avuto due scopi: quello di codificare il nuovo diritto, e quello di tramandare quanto più era possibile dell'antico diritto romano. Ciò spiega la contraddizione dei testi (ad es. nella “*in integrum restitutio*” in cui vi sono testi che parlano di tale istituto; testi che parlano della nullità *ipso iure* e testi dubbi). Però gli storici odierni (vedi anche il Pringsheim negli studi a Bonfante, Levy ecc.) ritengono che Giustiniano tendesse verso l'arcaismo, onde non spiegano esattamente la compilazione come codificazione di diritto vigente; compilazione anzi che ritengono un libro di dottrina o scientifico. E tale tendenza finisce nel riconoscere come diritto classico tutto ciò che di morto v'è nella compilazione, e come diritto bizantino ciò che è di vivo: e quindi in conclusione che il diritto moderno deriva dall'Oriente, il che è assurdo.

Il problema dello “*in integrum restitutio*” nel diritto giustiniano sebbene sia stato un problema assai discusso nel passato, è ancor oggi vivo, poiché solo oggi si conosce lo sviluppo del diritto romano: della fusione cioè del diritto civile ed onorario in un nuovo diritto. Ed inoltre per lo studio critico interpolazionistico di questo ultimo trentennio. In base a ciò si è potuto risolvere tale problema dichiarando nel diritto giustiniano *ipso iure* nulli gli atti un tempo rescindibili per opera del pretore.

D. 50.17.116. – La violenza e il timore non sono da approvare neppure per i giudizi di buona fede, essendo atti “*contra bonos mores*”. Questo testo fu commentato e discusso fin dagli umanisti (v. Gotofredo: *Commentarium al libro 50,17*): essi volevano considerare questo testo, come del resto tutta la compila-

zione, col concetto storico, si basavano sulle iscrizioni dei frammenti per determinare la causa dei singoli scritti. Ciò però è valido per ricostruire il diritto classico, non certo per conoscere l'opera del legislatore giustiniano.

D. 4.3.7. pr. Quando non c'è altro mezzo per salvare un negozio si ricorre all' "*actio de dolo malo*"; ciò perché tale azione è infamante. Ma nel diritto giustiniano il negozio è nullo di diritto ("*aut nullam esse venditionem si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est*"), se un contraente è stato ingannato. Il Lenel riteneva tale inciso un glossema, cioè una intrusione d'una nota di un ignorante; oggi invece – sia per lo sviluppo del diritto, sia per l'interpolazionismo – si riconosce in ciò l'opera del legislatore giustiniano. L'esempio del testo è la vendita fatta da un minorenne di 25 anni di uno schiavo e del suo peculio per inganno di questo, il quale ottiene dal nuovo padrone la libertà perdendo a sua favore il peculio. –

Adesso parleremo delle "*formulae ficticiae*". Come tali formule sono divenute azioni nel diritto giustiniano senza bisogno di giurisprudenza ed opera del legislatore, è chiaro. Queste formule erano concesse nel diritto classico dal pretore per tutelare rapporti che non erano difesi dal diritto civile. Il pretore concedeva tutela ad un rapporto giuridico, in cui mancava un elemento per rientrare nel diritto civile, e fingeva come esistente l'elemento mancante. Un esempio ci è dato dall' "*actio Publiciana*", con cui si concedeva usucapione contro un possessore avente diritto inferiore a chi mancava ancora un anno per poterlo ottenere secondo il diritto civile. Così la "*fictio civitatis*", "*f. libertatis*", "*f. litis contestationis*": quest'ultima è discussa, ma è un esempio sicuro per il Riccobono nel secolo IV. e V. Quindi sia gli elementi di fatto che giuridici potevano essere ritenuti esistenti, cioè essere finti dal pretore, che così modificava il diritto civile nella pratica giornaliera "*causa cognita*": e perciò le "*formulae ficticiae*" non ebbero bisogno di legislazione né di dottrina. Queste formule imitavano il diritto civile che, finita l'opera del pretore, si trovò assai allargato: infatti, caduta la procedura formulare, questi elementi formulari, già di diritto pretorio, sono diret-

tamente di diritto civile. Giustiniano abolisce la parola “*formula*” che viene sostituita con quella di “editto” o “pretore” ecc.; inoltre oggi si vede l’intervento del pretore (*actio in factum o ficticia*) laddove si concede l’azione “*aequitatis ratione*”.

Non è poi da ritenere che tutte le “*actiones utiles*” – come oggi ritengono molti interpolazionisti – siano opera di Giustiniano; anzi quelle che si trovano nel Digesto per lo più sono dovute all’opera del pretore.

Lex Rubria. §. 20. – Nella “*cautio damni infecti*” se non si è data cauzione e il danno si è verificato, il pretore obbliga il giudice a condannare il padrone dell’edificio ruinato al risarcimento del danno: ciò è un’eccezione al diritto civile in cui v’è responsabilità solo se è stata data la cauzione.

D. 39.2.15.36. – Lo stesso concetto. I compilatori concedono però un’azione in fatto e un’azione civile; si usa laddove non v’è un’azione speciale, con nome determinato. Essa non si deve confondere con l’“*actio in factum*” del diritto classico.

D. 39.2.9. pr. – *Aut damnum sarciat aut aedibus caveat* – è interpolato perché mancano i mezzi a cui si arrivava a questi risultati, cioè l’*actio ficticia* o la *missio in possessionem* nella casa, concesse dal pretore. Nel diritto classico non si discuteva sulla pertinenza ad uno di un diritto, ma sull’azione che gli competeva per far valere quel dato diritto. Qui si trattava dell’*actio ficticia*, ma il testo non la nomina perché è interpolato. Per concedere tale *actio ficticia* non si basa sulla colpa: se si vuole considerare la colpa, essa non è extracontrattuale (o Aquiliana), ma di quasi delitto. –

Esiste o no una “*rei vindicatio utilis*”; esiste cioè rivendicazione di una cosa non più nostra? Sì, ciò per opera del pretore già nel diritto classico: essa è un’azione personale per evitare un indebito arricchimento di un terzo (cioè è un’azione di arricchimento). I compilatori la trasformarono in “*actio in rem*” ed è dai moderni discussa.

Gai Inst. 4.34-35. – Le azioni fittizie – esse sono date sempre in base ad una causa (*causa cognita*) – sono diffusissime anche nel diritto classico specie nel campo possessorio; di poi nel

campo ereditario; e l'azione publiciana (si finge l'usucapione) e la finzione di cittadinanza nel caso del furto o del danno da parte del peregrino (così la *fictio* era estesa anche all' "*actio furti*" e l' "*actio Aquilia*"); la finzione di non avvenuta la "*capitis deminutio*" (l'obbligazione del diritto romano – si veda in questo testo – è personale, talché se l'obbligato diviene incapace l'obbligazione diviene nulla: per evitare ciò è d'uopo una finzione).

Gaio 2.78. – La pittura non accede alla tavola ma viceversa. Il proprietario della tavola – se essa la detiene il pittore – può agire per riaverla, ma deve pagare il prezzo della pittura, altrimenti esso è respinto con l' "*actio doli mali*". Viceversa se il detentore del tutto è il proprietario della tavola, il pittore può rivendicare la pittura con una "*rei vindicatio utilis*", ma deve pagare il prezzo della tavola, altrimenti decade dal diritto di riavere la pittura. È discusso però questo testo: si è discusso se si tratti di un' "*actio personalis*" o "*realis*", ed altre opinioni ancora vi sono; si deve ritenere però trattarsi di un' *actio in rem* (cioè *rei vindicatio utilis* (Riccobono)).

D. 41.1.9.2. – Lo stesso testo di Gaio in cui si parla però invece che di "*actio utilis*" di "*rectam vindicationem*". Giustiniano ha certo [[creato ex novo]]⁴ ampliato il campo della "*rei vindicatio utilis*" (nella dote e successione), ma non ha certo creato *ex novo* tale rimedio. Sono certo anche giustinianeî quei frammenti (D. 6.3.26), che riconoscono tale rimedio come generale, poiché la giurisprudenza classica si basava solo su casi singoli: però anche quei testi hanno desunto il loro concetto generale dai casi particolari del diritto classico.

D. 6.1.5.3. – L'albero, che dalla violenza delle acque è trasportato in un fondo altrui, passa in proprietà del proprietario del nuovo fondo. Tuttavia, secondo Nerva e Varo Alfeno, si concede una "*rei vindicatio utilis*" (Jhering in fondo riconosce nella "*rei vindicatio utilis*" un'azione d'arricchimento. Il Lenel accetta in fondo l'opinione dominante). Secondo l'opinione dominante il testo è interpolato (non ammettono che i giuristi possano dare

⁴ La frase è stata cancellata da Visky.

azione); Jhering riconosce l'azione come azione di arricchimento, in realtà è un'azione *in rem*, come dice lo stesso testo, cioè una vera e propria *vindicatio*.

D. 39.2.9.2. (Alfeno, discepolo di Servio Sulpicio) – Se richiedi una crosta di terra, caduta dal tuo al mio fondo, io posso richiedere i danni verificatisi dalla caduta. Ma Alfeno ritiene che l'azione di rivendica si esperisce solo se la crosta o l'albero non abbia messo radice o non si sia fusa col terreno su cui è caduta la cosa. Questo testo però non è contrario al precedente, come crede l'opinione dominante, solo ci dice che all'epoca di Alfeno (contemporaneo di Orazio) i romani non conoscevano ancora la *rei vindicatio* dell'albero che poi conobbero all'epoca di Nerva.

D. 24.1.29.1. e D. 24.1.30. – Il marito ha donato alla moglie della lana, di cui essa si fa una veste. Labeone ritiene che il vestito diviene di proprietà della moglie (Proculiani). Però Gaio ritiene che si possa concedere un'azione utile al marito (concetto Sabiniano). Il testo di Gaio però è interpolato (vedi il “*competere*”, parola compilatoria). Quindi su questo testo non si può fondare la teoria dominante. Giustiniano dà l'utile azione, venendo a mettere fine alle controversie dottrinarie dei Proculiani e Sabiniani. La “*rei vindicatio utilis*” esiste senza dubbio nel diritto giustiniano: la teoria dominante ritiene l'istituto esclusivamente giustiniano. Ma il Riccobono ritiene che esistessero casi già nel diritto classico, ciò per opera del pretore. Il Lenel (*Edictum perpetuum* p. 186), seguace della teoria dominante, ritiene gli atti in frode, la proibizione della vendita o alienazione in determinati casi, della rivendica di schiavi ritiene – dicevamo – che siano interpolati.

Ist. 4.6.6. – Chi ha emancipato una persona o alienata una cosa in frode ai creditori, si concede a questi una “*rei vindicatio utilis*” revocando il negozio giuridico colla finzione di ritenere non avvenuto esso. Il testo dice “*rescissa traditio*” però giù si tratta di *actio ficticia* dato che la rescissione si concede solo nella “*in integrum restitutio*”.

D. 24,1,55. (Paulus) – Testo famosissimo. Una donna donò a suo marito del denaro col quale esso comprò cose mobili e im-

mobili. Se la donna revoca la donazione, si chiede, se essa possa agire con la “*condictio*”, poiché pur essendo il marito insolvente, esso si è arricchito per la compera col denaro della moglie. Il testo ammette che se la cosa che fu donata esiste, essa appartiene alla donna e quindi si può rivendicare direttamente. Il testo proviene dai *libri quaestionum* di Paolo ed è interpolato, ma ciò per semplificare. Il testo primitivo dopo “*vindicari directe*” doveva parlare della *vindicatio utilis*; qui è troncato per semplificazione. La donna può riottenere la cosa con *rivendica diretta*, con la *condictio* ed il “*iudicium rescissorium*”. Quest’ultimo è *ultra bonam fidem*, in questo il marito pagherebbe solo quanto può, mentre con la *condictio* esso è obbligato a ridare tutto quanto gli fu donato. Infine la donna può richiedere la cosa con un quarto mezzo: “*rei vindicatio utilis*”. La teoria dominante ritiene quest’ultimo mezzo interpolato (le parole: “*rem utilem*”; interpolazione sostanziale). Il Riccobono ritiene concetto già classico del pretore: infatti qui il testo dice che il marito “*solvendo non est*” (Pringsheim ritiene la frase interpolata; *Zeitschr. Sav. St.*) e quindi interviene il pretore per accomodare ogni cosa con equità: così la donna potrà riprendere tutto il suo e non una sola quota come avverrebbe se concorresse con i creditori. Così anche nel caso del tutore insolvente. Le parole “*accomodare utilem rem*” sono espressione classica, i compilatori avrebbero detto “*competere*”: quindi si deve ritenere che già la prassi pretoria concedeva la “*rei vindicatio utilis*”. L’ultima parte del testo è concentrata (interpolazione formale) e quindi solo indirettamente si riscontra l’opera del pretore. Il testo primitivo doveva sviluppare questo concetto più ampiamente.

Cod. 5.13.5. “*De rei uxoriae actione*”. Giustiniano abolì il giudizio rei uxoriae avendo il donante l’azione di rivendica diretta, utile e la *condictio*. Ciò dimostra che la rivendica utile esisteva già prima di Giustiniano, altrimenti egli avrebbe parlato di concessione di una nuova azione. Quindi la *vindicatio utilis*, essendo anteriore a Giustiniano, è opera del pretore o della prassi pretoria.

Il *pretore* ammise in molti casi la *rei vindicatio utilis* laddove non v'era proprietà e ciò per evitare un danno. La dottrina moderna nega tale azione anche nel caso della "*tabula picta*".

D. 24.3.45. (*De iure dotium. Paulus libro VI. Quaestionum*): anche questo testo è stato ritenuto tutto interpolato, in realtà è solo interpolazione formale dovuta al concentramento del pensiero del giurista da parte dei compilatori. Da una costituzione di dote si stabilisce che se avviene divorzio senza colpa della donna, la dote si restituisce interamente alla donna oppure, se è morta, al costituente. Questo è un principio nuovo: infatti nell'antico diritto romano la restituzione era dovuta al costituente o se questi è morto, alla nipote, cioè la donna. La dottrina moderna ha ritenuto interpolato il testo per questa inversione di formula: in realtà nel secolo II° cade il formalismo (vedi anche Gaio: "*heres liberque esto*" – uno schiavo reso erede e libero: assurdo concetto nel diritto romano antico). Ma la stipulazione è stata contratta dall'avo costituente la dote, alla donna non spetta quindi alcuna azione, essendo essa una terza. Se quindi è morto l'avo, spetta l'azione al suo erede. Però si può restituire la dote alla donna, la quale, pur non avendo azione, può opporre un'*exceptio doli* alla richiesta di restituire la dote ricevuta. Alla donna poi si concede un' "*actio utilis ex stipulatu*" fingendo avvenuta la stipulazione. È interpolato: "*sed dicendum est*" e "*sed permittendum est*" (interpolazione formale). L'*actio utilis* è classica: si ritrova infatti nei *Vaticana Fragmenta*. –

La *lex commissoria*: si scioglie la vendita se il compratore entro il termine stabilito non paga. La *in diem addictio*: si scioglie la vendita se entro un termine v'è un'offerta maggiore. Il *pactum displicentiae*: si scioglie la vendita dopo aver tenuto la cosa in prova, se non corrisponde all'uso che ne vuole fare il compratore.

I patti possono essere sospensivi: la cosa è lasciata precariamente, e la cosa si può anche rivendicare (*vindicatio utilis*), oltre l'azione personale (*actio venditi in factum*), quando la vendita è risolta. Talvolta la proprietà della cosa passa al compratore (p. es. nella *lex commissoria*). In questo caso della *lex commissoria* però v'è una retroazione *ipso iure* della proprietà nel venditore.

La dottrina moderna ritiene questo concetto (retroazione ipso iure) giustiniano, di influenza greca; in realtà il pretore doveva tutelare questo diritto già nell'epoca classica con *vindicatio utilis*; di poi col nuovo diritto, fusi il diritto onorario col diritto civile, divenne un principio generale. I singoli casi di diritto onorario, la decadenza delle formule e la forza della conventio: sono questi gli elementi dello sviluppo della *vindicatio utilis* nella vendita scissa per la *lex commissoria*.

Vediamo i testi circa il principio "*dominium ex tempore transferre non potest*".

Fr. Vat. 283 e 286. – Il testo tratta dei predi stipendiari donati ma con l'obbligo di restituire la proprietà alla morte del donatario: la donazione è nulla perché una proprietà a tempo non esiste.

Cod. 8.54.2. Per Giustiniano questo stesso atto è valido: la donazione è valida perché deve attuarsi la convenzione delle parti. La teoria moderna ritiene questo cambiamento opera del diritto greco-bizantino, in realtà anche questo caso è desunto nel diritto giustiniano dal diritto onorario. Cioè nel diritto classico questo principio invalido per il diritto civile, era per equità ritenuto valido nel diritto onorario.

Fr. Vat. 50. – L'usufrutto non si può costituire né sotto condizione né a termine, ma solo puramente e semplicemente. Ma dallo stesso frammento si desume già che è ammissibile (nel sec. IV^o) la costituzione di diritti reali sotto condizione e termine. Questo principio si doveva applicare già nel diritto civile classico per opera del diritto onorario per attuare le convenzioni delle parti, nel diritto giustiniano per la fusione del diritto civile e onorario è divenuto principio generale. Quindi la *lex commissoria* trasmette la proprietà ed è una condizione risolutiva.

D. 41.4.2.3. – La *lex commissoria* per Sabino è una condizione sospensiva della proprietà; Giuliano ritiene passato il dominio e che la *lex commissoria* sia solo una condizione risolutiva.

D. 41.4.2.4. – La vendita con l'addictio in diem per Giuliano (II. secolo) è piena: la condizione è risolutiva; per altri è anch'essa una condizione sospensiva della proprietà.

Il pretore concedeva contrariamente al diritto civile un'azione: "*actio utilis* o *exceptio*" per attuare la *conventio* delle parti e trasmettere la proprietà o altri diritti reali *sub condicione* o *tempore*.

D. 2.14.48. – Nel diritto giustiniano si arriva ad affermare che qualunque patto nella tradizione delle cose è valido nel diritto civile. Si è così trasformato il principio di diritto onorario in diritto civile.

Nel diritto classico il venditore ha un'azione obbligatoria, *actio venditi*, per ottenere la restituzione della proprietà della cosa quando si è verificata la condizione risolutiva posta nella *conventio*. Nel diritto giustiniano è posto il principio della validità della vendita sotto condizione e termine. A questo si è arrivato per opera di tre elementi: per il diritto onorario, per la caduta delle forme solenni, per la forza della *conventio*. Il diritto onorario crea un rapporto di successione negli atti giuridici per opera della *conventio*. È da notare che Longo e De Francisci negano qualsiasi rapporto di successione nei rapporti *inter vivos*; ciò è solo nel diritto classico vero secondo il *Riccobono*, nel diritto onorario vale qualsiasi convenzione delle parti.

D. 2.14.1.3. – La conventio è l'accordo di due volontà. La *conventio* è termine generale, sicché *Pedio* dice che non v'è alcuna obbligazione (*sive re, sive verbis*) senza convenzione (*nullo obligationem, quae non habeat in se conventionem*). La teoria odierna ritiene il testo interpolato e di nessun valore poiché vi sono obbligazioni vuote di convenzione (p. es. quelle nascenti da delitto o quasi delitto). Il testo primitivo doveva parlare di *mancipatio* e non *obligatio*. Però nei negozi solenni, nel periodo adrianeo, si richiedeva oltre ai requisiti civili anche la volontà delle parti, cioè la convenzione (elemento interiore).

D. 18.5.5. – Compravendita, contratto consensuale, con l'acceptilatio: l'*acceptilatio* dovrebbe essere nulla trattandosi d'obbligazione consensuale e non verbale; però si deve ritenere valida non per sua natura (secondo il testo originario: non per la solennità delle parole) ma per la forza della convenzione. Tale atto

nullo per diritto civile è valido per diritto onorario e poi per diritto giustiniano.

D. 44.7.55. – In questo testo “*rebus*” è interpolato: doveva esservi “*mancipatio*” o tutte le altre forme di trasmissione della proprietà. In tutti i negozi che trasmettono la proprietà vi devono concorrere le volontà di entrambe le parti. Ciò è necessario nel diritto giustiniano: la *conventio*, altrimenti il negozio è nullo. Questo concetto si deve – come abbiamo già detto – al diritto onorario (oltre alla caduta delle forme e alla potenza della *conventio*), fusi col diritto civile e sboccato in un *novum ius*. L’effetto della *conventio* nel diritto classico era puramente obbligatorio (*a. venditi*), ma nel diritto giustiniano era reale, che già si presentava nel diritto onorario.

Un altro caso di “*actio utilis*” è la “*hereditatis petitio*”.

D. 5.3.13.4. Si dà l’*actio utilis* per l’eredità contro il compratore dell’eredità. È cosa certa che si può dare azione contro il venditore dell’eredità; ma se si ritiene con finzione che non si trovi il venditore o abbia venduto a basso prezzo, si potrà comprendere perché il pretore abbia concesso l’*actio utilis* contro il compratore. La teoria moderna, come alcuni commentatori, ritiene erroneamente questo concetto dei compilatori giustiniani.

D. 14.1.1. (in fine). Lo stesso concetto nel campo delle stipulazioni, l’applicazione dell’*actio utilis* con *actio ficticia ex stipulatu* è amplissima: infatti laddove un contratto sarebbe stato nullo secondo il diritto civile, il pretore concedeva la suddetta azione come se fosse stata valida la stipulazione. La fusione del diritto civile col diritto onorario diede prevalenza ai concetti pretori. Così è la rappresentanza del diritto giustiniano, nel diritto civile non era ammessa, questa è del diritto onorario, da cui si è estesa al “*novum ius*”. Essa cioè da eccezione di diritto onorario divenne regola normale per il diritto giustiniano.

D. 27.7.4.3. – I tutori debbono dare la fideiussione per garanzia del patrimonio del pupillo (“*rem pupilli salvam fore*”). Gli sponsor nominati dal tutore, presentati al magistrato, sentirono quanto dovevano garantire, e non dissero verbo; si fece verbale di tale atto, col nome degli sponsor; si chiede se, terminata la tu-

tela, si può agire contro gli sponsor, nonostante che non si siano obbligati “*sollemnitatem verborum*”. Il giurista ritiene che nonostante la mancanza della solennità, gli sponsor sono obbligati (“*aequum est* etc.” è compilatorio). Alle solennità delle forme si è sostituito l’atto intrinseco o l’atto pubblico, compilato per opera del pretore.

Anche lo sviluppo di questo concetto è dovuto alla prassi pretoria. Nel nuovo diritto i garanti sono sempre responsabili.

D. 46.5.5. “In tutte le stipulazioni pretorie è da osservare che se il mio procuratore ha stipulato, l’azione per questa stipulazione può spettare a me *causa cognita*”. “*Actio competat*” secondo i più si tratta di *actio civilis*, perché se fosse del pretore direbbe “*dare actionem*”: ciò non nega però che tale azione sia del pretore, specie se si parla di “*causa cognita*”.

Nota che le azioni *ficticiae* potevano essere date con inversione dei nomi dell’attore e del convenuto; così si poteva condannare a favore di terzi, se una determinata azione era provata a favore dell’attore.

Il testo continua ammettendo per opera pretoria il *dominus* all’azione spettante all’istitore contro terzi; concetto non ammesso nel diritto civile.

Il problema odierno è di vedere l’estensione dell’azione istitoria al *dominus* nel diritto romano. Vi sono varie specie di *stipulatio*: la pretoria (46.5.5. D.) che viene interpretata dal pretore, per opera dell’editto pretorio (*cautio damni infecti*); la convenzionale la cui interpretazione è basata sulla volontà delle parti. Con la stipulazione pretoria si dà “*actio ex stipulatu*”, in materia sia civile che commerciale, a chi non competerebbe azione per diritto civile.

D. 45.1.7.9. pr. (*Papinianus*) – L’azione spettante al procuratore, che ebbe una cauzione (*operis novi nuntiatio*), può essere esercitata anche dal *dominus* (*actio utilis ex stipulatu*).

D. 14.3.19. pr. (*Papinianus*) – Contro colui, il quale ha proposto un procuratore invece che un istitore per ricevere mutui, si può esercitare un’*actio utilis* simile all’istitoria (*ad exemplum in-*

stitoriae): il che si deve ritenere ugualmente anche se il procuratore, che aveva promesso il denaro allo stipulante, sia solvente”.

“*Quod aequae faciendum erit*” è interpolato; in questa seconda parte dandosi azione “*ad exemplum institoriae*” dove se ne va la *stipulatio*, fatta dal procuratore; inoltre non v’è alcuna ragione per dare l’*actio utilis*, poiché il procuratore è solvibile (*solvendo sit*).

Ricostruzione del testo secondo il Riccobono: “*Quod si procurator stipulanti pecuniam promiserit et solvendo esse desierit, ex ea stipulatione in eum qui procuratorem praeposuit utilis accomodabitur actio*”.

La restituzione è fatta in base al D. 46.5.5.; quindi nel diritto giustiniano il procuratore è un puro rappresentante e quindi tutti i suoi atti fanno responsabile il *dominus*, come se li avesse compiuti lui. Tale concetto è già del diritto classico (Papiniano) ed è opera del pretore e non, come alcuni pretendono, pura opera del diritto giustiniano.

D. 3.5.5.2. – La *stipulatio* quale valore ha nel diritto giustiniano, se vi è mutuo e *stipulatio* l’obbligazione da dove sorge?: nel diritto classico è nei *verba* (*stipulatio verbis*); nel diritto giustiniano la *stipulatio* è “*ex re et verbis*”, ma prevale in fondo il fatto.

“Se ho dato a mutuo per te o al tuo procuratore, perché tu ti liberi dalla obbligazione di un tuo creditore o di un tuo pegno, ho un’azione *negotiorum gestorum* “contro di te”. Ma che cosa è a dire se vi è stata una stipulazione *verbis* di restituire i denari tra me ed il procuratore tuo; si deve affermare che sussiste l’ “*actio negotiorum gestorum*” contro di te”. Ha importanza la “*stipulatio ex re*” e quella “*ex verbis*” ha pure valore formale (D. 3.5.5.3).

L’*actio ad exemplum institoriae* (D. 14.3.19. pr.) è dovuta a Papiniano, prima di lui si parlava solo di “*actio institoria*”: fu Papiniano che ammise quest’azione – estendendo così l’editto – anche contro il “*procurator*” e così sorse l’ “*actio ad exemplum institoriae*” o “*quasi institoria*”. La giurisprudenza così ha ampliato il campo del diritto civile (*actiones ficticiae*) e il diritto onorario (*actio ad exemplum institoriae*).

Tutti i negozi nel diritto giustiniano sono causali e non sono formali: non si richiede più una formalità, ma una causa della *stipulatio*, perché questa sia valida. Così vien sostituita all'azione *ex stipulatu* (formale) l'*actio ad exemplum institoriae*; e così sorge nel diritto giustiniano la figura delle "*stipulationes ex re et verbis*".

D. 19.1.13.25. – È stato anch'esso ritenuto interpolato e giustiniano. È parallelo al testo

D. 14.3.19. pr. "Se il procuratore ha venduto ed ha dato cauzione al compratore (*cautio duplae*), si chiede se a favore o contro il dominus si può dare azione. E Papiniano dice che si agisce contro il domino coll'*actio ex empto* ma con una forma utile ad exemplum institoriae": tale scritto è sicuro di Papiniano, ma questi concedeva due azioni: *actio ex stipulatu* ed *actio ad exemplum institoriae*; i compilatori le hanno fuse.

Qui comincia l'interpolazione, dovuta alla mania dei compilatori di completare l'esempio del giurista: "l'azione che spetta al terzo contro il domino, spetta viceversa al *domino* contro il compratore per avere p. es. il residuo del prezzo". Ciò si deve al fatto che tutti i negozi nel diritto giustiniano sono causali, e le azioni sono ridotte al minimo possibile.

Ai compilatori si deve anche la figura delle "*stipulationes ex re et verbis*": quella che vale però era la obbligazione "*ex re*" (consegna del denaro), quella "*ex verbis*" è *ex abundantia*.

D. 12.1.30. – La obbligazione formale (*ex verbis*) fatta colla "*sponsio*" è nulla sinché non avviene la consegna reale della cosa (*obl. ex re*). Il testo primitivo doveva ammettere la validità dell'obbligazione, ma si concedeva al convenuto una "*exceptio doli*" per rigettare la richiesta dell'attore, che non aveva realmente consegnata la cosa.

D. 12.1.9.4. – Testo tutto interpolato: "Ho fatto la numerazione a te di 10 e poi mi sono obbligato verso un terzo: si può adoperare la "*condictio generalis*", come se si trattasse di due contratti, uno "*re*", tra me e te colla numerazione, e uno "*verbis*", verso terzi e che è quindi nullo?". Il testo originario diceva: "Se il denaro è di un terzo, rispetto a colui che ha dato per mu-

tuo, il contratto è nullo; ma il mutuo è valido; a chi spetterà l'azione, a colui che ha contratto il mutuo o a colui di cui è il denaro?". I compilatori interpolando hanno costituito i due contratti. Questo problema poi è risolto nel §. 8: "Io ho dato i miei denari a mutuo come se fossero tuoi, e tu eri assente (e ignorante; Giustiniano); scrive Aristone che la condizione è acquistata a colui che è assente (la critica lo reputa erroneamente interpolato); Giuliano di ciò interrogato dice che la sentenza di Aristone è vera; né si può di ciò dubitare, perché se il mio denaro a tuo nome ho dato per tua volontà, acquisto per te l'obbligazione, perché ogni giorno dovendo noi dare a mutuo la pecunia noi chiediamo al nostro banchiere ("*ab alio*" è interpolato, doveva essere "*ab argentario*"), che dia a mutuo a nome nostro al nostro futuro debitore". Da ciò si vede che la validità di tali atti è nulla secondo il diritto civile, è dovuta quella ad una necessità di pratica bancaria sviluppatissima nella vita romana. L'epoca classica certo doveva ritenere nulle tali obbligazioni, ma le rendeva valide con "*actiones ficticiae*" concesse dal pretore. –

Ci occuperemo ora dello sviluppo della "*Lex Aquilia*": potremo dietro un'indagine stabilire il principio del diritto moderno. (§. 1151 del Cod. It.). Deve essere pubblicata prima del 300, forse il 436 a.C.: essa è dovuta ad un popolo primitivo, infatti si occupa dei danni degli animali. La dottrina odierna ha creduto che la *lex Aquilia* abbia avuto allargamento nel periodo bizantino; in realtà – secondo Riccobono – essa si estese già nel periodo romano per opera specialmente del pretore con "*actiones ficticiae*" ed "*in factum*".

Nel D. 9.2.1. si dice che la *lex Aquilia* ha sostituito le disposizioni delle XII Tavole sul danno: si è voluto ricercare ed indagare queste disposizioni. (*Fontes Juris Romani* di Riccobono, p. 45: "*rupitias*"⁵ riguarderebbe tali danni: ciò è dubbio)⁶.

⁵ V. Tab. VIII 5: ... rupit[ias]... sarcito.

⁶ A partire da questo passo, nel margine destro delle singole pagine si trovano concise annotazioni bibliografiche scritte a matita da Visky con grafia minutissima, probabilmente in un momento successivo alla stesura degli appunti, come dimostrano

Gai. 3.210. – La *lex Aquilia* concede un'azione per danni ricevuti da quadrupedi e da servi al loro domino.

“*Iniuria*” significa che vi è danno quando vi è dolo o colpa nell'agente; nei testi però “*iniuria*” è ciò “*quod in iure non factum est*”, si basano cioè sulla responsabilità obbiettiva. Kunkel (articolo nella *Zeitschr. Sav. St.*, 49, 1929) ritiene che dolo e colpa significano “*iniuria*”, cioè si concepisce solo la responsabilità obbiettiva, l'elemento subbiettivo sarebbe tutto dovuto all'epoca bizantina. Anche l'art. 1151 del Codice italiano riguarda la responsabilità subbiettiva.

La legge ha un carattere penale, infatti non è “*rei persecutoria*” cioè non si basa sul valore della cosa danneggiata, ma invece si deve “*id quod interest*”, cioè quello che il proprietario ha perduto per il danneggiamento alla cosa.

Nel caso di furto si può agire o con un' “*actio civile*” o “*actio Aquilia*” ovvero con un mezzo di giurisdizione pubblica.

D. 47.2.93. – Ammette, come abbiamo visto, il processo pubblico accanto a quello privato (civile). Così si è sviluppato il diritto criminale dello stato.

Gai. 3.214. – Carattere penale: il valore dell'uccisione dell'animale o schiavo è dato dal valore massimo della cosa danneggiata nel tempo passato (p. es.: per lo schiavo cieco ci si basa sul suo valore quando era sano).

Gai. 3.216. Qui è ritenuto che l' “*actio mandati*” non esistesse all'epoca in cui sorse la *lex Aquilia*.

Qui siamo nel campo del deterioramento, danneggiamento vero e proprio (prima si parla di uccisione): deve essere un danno al corpo (*corpori corpore datum*) dello schiavo o dell'animale dal corpo altrui.

Carattere penale della cosa: per il suo valore ci si basa su quello che aveva entro trenta giorni prima del danneggiamento: del valore maggiore ancorché ciò non sia detto espressamente dalla legge.

i nomi di Kaser, Cannata, ecc., ma resta difficile in questa sede poterle trascrivere, data anche la difficoltà di lettura e di interpretazione dei numeri che seguono ciascun nome di studioso citato.

Estensione della legge: si deve immaginare avvenuta dopo la “*lex Aebutia*”, cioè nel secolo II. Si ammette che è punibile anche colui che indirettamente procura la morte dello schiavo (p. es. col farlo cadere in un fiume, dove trova la morte); il pretore con una *fictio* ha esteso la “*lex Aquilia*” (*ac si corporaliter fuisset damnum*). Di poi essa venne estesa con finzione al *peregrinus* (*ac si civis romanus fuisset*).

Gai. 4.37. – Finzione di cittadinanza attiva e passiva. Il diritto romano è un sistema di azioni e non di diritti: infatti il pretore non fa altro che estendere con azioni “*ficticiae*” od “*in factum*” il diritto a chi non era tutelato dal diritto civile; così vennero protetti i peregrini. Quindi quando Caracalla diede la cittadinanza romana a tutti i sudditi dell’Impero non compì un atto pazzo, ma consequenziale alla pratica pretoria riguardante le “*ficticiae*” della cittadinanza.

La “*lex Aquilia*” dà l’azione solo al proprietario della cosa danneggiata e non ad altri che godessero diritti diversi sulla cosa (usufruttuario ecc.). Con estensione il pretore concesse poi l’azione anche al “*fructuarius*” (*ac si dominus esset*) nel caso che il *dominus* fosse assente, prigioniero ecc. Così si concesse anche al “*bonorum possessor*”. Tutti questi testi che estendono la portata della *lex Aquilia* sono stati ritenuti interpolati dalla dottrina moderna, che restringe la “*lex Aquilia*” del periodo classico al solo *dominus*.

D. 7.1.17. (in fine). Si concede l’azione per danneggiamento all’usufruttuario. Non c’è nulla da obiettare sulla sua autenticità.

D. 9.2.11.10. Giuliano ammette l’azione *Aquiliae* a favore del *fructuarius* e dell’*usuarius*; e Ulpiano ritiene di poter dare ad essi un’azione utile (*iudicium utile*). Si forma già la norma obbiettiva; si dà ora azione utile, per Giustiniano una piena azione (ritenendo Giustiniano l’azione utile = azione piena). Così già nel diritto classico la *lex Aquilia* era stata estesa all’usufruttuario, all’usuario (v. il testo presente), e anche al creditore pignoratizio.

La *lex Aquilia* si occupa solo dello schiavo, della schiava, degli animali, cioè di tutti gli elementi riguardanti l’agricoltura; e si

applica al *dominus*. È uno sviluppo posteriore l'estensione all'usufruttuario, possessore di buona fede ecc.

D. 5.3.55. – Un possessore di buona fede della eredità che ha avuto dei danneggiamenti può esperire la *lex Aquilia*. Nel caso di restituzione dell'eredità egli doveva al vero erede anche il *duplum* che ha ricevuto per danneggiamenti.

D. 9.2.11.8 (Ulpiano) – Se il servo ha avuto un danneggiamento, il possessore di buona fede non avrà l'“*actio legis Aquiliae*”, ma solo un'“*actio in factum*”: vi è una differenza tra queste due azioni? Rotondi (*Scritti giuridici*) sulla *lex Aquilia* sta a quest'opinione. L'Alibrandi ritiene che in realtà non v'è alcuna differenza, perché entrambe sono “*actiones ficticiae*”.

Da altri è discusso quale sia la differenza tra esse: il fatto è che per i compilatori sono tutte le azioni civili (*actio directa*, *utilis*, *in factum*) sono tutt'uno; si parla di *actio civilis in factum*: il che è assurdo per il diritto classico).

Allora per il diritto classico sarà importante il problema. Infatti l'“*actio utilis*” è “*actio in ius concepta*”. E l'“*actio in factum*” dipende tutta dall'ordine del pretore. C'è una differenza secondo il Riccobono, poiché si basa su una diversa valutazione del pretore. Compete la “*actio legis Aquiliae*” a danneggiamenti di una persona libera? Secondo la lettera della “*lex Aquilia*” ciò non era possibile, poiché essa riguardava solo cose in dominio altrui; ed inoltre le persone libere potevano esperire per danneggiamenti l'“*actio iniuriarum*” che era molto più estesa di quella odierna.

D. 9.2.5.3. (Ulpianus) – Chi ferisce un servo è tenuto alla “*lex Aquilia*”; ma anche il maestro, che ha cavato un occhio o abbia ucciso un discepolo, è tenuto a tale legge. Si propone inoltre il quesito seguente: un calzolaio aveva per garzone un ragazzo ingenuo, cioè di famiglia libera, che aveva poca voglia di lavorare, il principale adirato un giorno gli lanciò una forma di scarpa e come conseguenza si ebbe l'accecamento di un occhio del ragazzo. Ulpiano interrogato nega l'“*actio iniuriarum*”, poiché manca l'*animus* di ingiuriare della persona, e quindi è da vedere se può competere l'“*actio legis Aquiliae*”. È dubbio per Ulpiano, se v'è l'“*actio ex locato*” (“*dubitat*” è interpolato); Ulpiano

doveva concederla se esisteva tale contratto. V'è infatti un altro testo che la concede; gli interpolatori hanno cercato in tal maniera di semplificare il testo.

Per Ulpiano però non è dubbio che si possa agire per mezzo dell' "*actio legis Aquiliae*". Anche questo è interpolato ("*non dubito*"), il che si rileva anche dal fatto che si dà azione piena e non – come doveva essere il testo primitivo – un' "*actio utilis ex lege Aquilia*", come se il discepolo fosse servo. Il diritto giustiniano non fa altro che concedere l'azione diretta, essendo scomparse le azioni utili. Quindi per i compilatori la *lex Aquilia* è applicabile anche alle persone libere. Il fatto poi, che in alcuni casi il *Corpus Juris* parli di azione diretta, in altri di azione utile, è dovuto alla mole dell'opera e al numero dei compilatori e quindi non può essere base al concetto che tale estensione sia solo opera del diritto giustiniano. Essa quindi è opera del pretore come *actio utilis*.

D. 19.2.13.4. (*Ulpianus*) – Giuliano dice anche che se il calzolaio al ragazzo svogliato ha tirato la forma di scarpa cavandogli un occhio, il padre del ragazzo ha un "*actio ex locato*": da ciò si desume che il testo precedente è interpolato laddove mette in dubbio l'esistenza di tale "*actio ex locato*". I giuristi classici dovevano in realtà concedere o negare tale azione in base all'esistenza o meno di locazione d'opera. Quest'azione era concessa poiché v'era un organo perpetuamente rovinato; essa quindi non si concedeva se si trattava di un piccolo danno, poiché il maestro ha la potestà di dare un lieve castigo. Per la "*lex Aquilia*" il testo si rimette al testo precedente, ma nega l' "*actio iniuriarum*", non essendovi lo scopo di ingiuria alla persona, ma di insegnare.

D. 9.2.13. pr. – Ogni uomo libero ha l' "*actio legis Aquiliae utilis*" ma non diretta, poiché nessuno sembra padrone delle sue membra. Di poi si è estesa la "*lex Aquilia*" da elementi obbiettivi ad elementi subbiettivi, cioè alla colpa e negligenza. Ha anche importanza la distinzione tra "*actio utilis*" ed "*actio in factum*": il che è difficile trarre dal Digesto, poiché i Compilatori hanno fuso queste due azioni con l' "*actio directa*".

L'Alibrandi ritiene che non esiste alcuna differenza tra tali azioni; secondo il Rotondi per l' "*actio utilis legis Aquiliae*" v'è bisogno del danno "*corpore datum*", altrimenti si ricorre all' "*actio in factum*". Secondo il Riccobono v'è una differenza.

Gai. 3.202. – Qui Gaio parla dell' "*actio furti*" che compete oltre i limiti della legge: colui che ha istigato o dato mezzi, che cioè materialmente non ha commesso il furto, risponde del furto se v'è l'elemento del dolo "*data opera*" od anche quello della "*culpa*" ("*per lasciviam*"): in quest'ultimo caso il giurista concederebbe un'*actio utilis*, così come si concede un'*actio utilis legis Aquiliae* contro chi è responsabile di danneggiamenti per colpa. Quindi è errata l'opinione del Kunkel (*iniuria* = dolo), che nega che i romani abbiano conosciuto il concetto di colpa, come concetto distinto dal dolo.

D. 9.2.30.3 (*Paulus*) – In questa azione si punisce il dolo e la colpa, (i moderni ritengono erroneamente "*culpa*" interpolata). Colui il quale per bruciare stoppie o spine ha immesso nel suo fondo il fuoco che poi va ad incendiare le messi o il vigneto altrui, risponde se è avvenuto non per caso, ma per negligenza o imperizia o imprudenza.

Perché se ciò ha fatto in un giorno di vento, è reo di colpa, così come colui che non ha fatto tutte le opere necessarie per evitare l'estendersi del fuoco in fondo altrui.

Da tutto il contesto si osserva che esso è genuino, infatti esso parla completamente di colpa che è quindi già concetto del diritto classico, del pretore. Ma se egli ha osservato tutto quello che era necessario, e il vento sopravvenuto improvvisamente lo porta in fondi altrui, cade la colpa. Questa seconda parte, che completa il concetto, dev'essere interpolata. Non si parla dell'azione da darsi, poiché per i compilatori non v'è alcuna differenza nelle azioni, discutono solo sulla imputabilità.

Si è detto che la "*culpa in eligendo*" è un concetto nuovo, cioè bizantino; in realtà si trova già nella prassi pretoria.

Nel testo si è cancellata l' "*actio in factum*", però è affermato il concetto che per la "*lex Aquilia*" si risponde anche nel caso di colpa, negligenza, imprudenza.

D. 9.2.31 (*Paulus*) – Anche questo, come il precedente, è un caso pratico. Il potatore dell'albero quando lo potava, ha fatto cadere un ramo ed ha ucciso un uomo: esso è reo, se ciò avviene in pubblico, senza che abbia avvisato, ciò che faceva; ma Quinto Mucio (epoca repubblicana) dice che si è responsabile per colpa, se ciò avviene in luogo privato, specie laddove attraverso un fondo privato v'è una strada pubblica; se poi non c'è strada, il potatore è reo solo di dolo. Anche qui accanto alla responsabilità per dolo (in via pubblica), v'è quella per colpa (in via privata).

D. 9.2.30.1. – Per il servo dato in pegno, se è ucciso spetta l'*actio legis Aquiliae* al debitore, cioè al *dominus*; si chiede se può spettare un'*actio utilis* anche al creditore, per la garanzia venuta meno o perché può avere interesse se il debitore "*solvendo non est*", o perché ha perso la lite (per prescrizione od altro). Da questa parte del testo si vede che è il pretore che nel diritto classico con la "*causa cognitio*" può concedere l'*actio utilis* al creditore. In sostanza il testo concede l'azione al creditore. "*Sed hic iniquum est etc.*" è interpolato, il Mommsen corregge l' "*hic*" in "*hoc*"; il Riccobono non vuole cambiare, poiché altrimenti si cambia il diritto giustiniano senza ottenere il diritto classico. Il pensiero del Mommsen è dovuto al concetto del suo secolo, che riteneva essere la compilazione giustiniana puro diritto classico. "Ma in questo caso è iniquo che colui che ha ucciso il servo sia tenuto e al debitore e al creditore (cioè due volte). Tranne che si pensi che il debitore non sia onerato, sicché se agisce il creditore egli (danneggiatore) sia liberato verso il debitore e il debitore ha azione per ottenere quanto il creditore ha ottenuto più del suo credito pignoratizio: e quindi in tutti i casi che si deve o si dà l'azione al creditore per la povertà (quello che per i classici è l'insolvenza) del debitore o perché ha perduto l'azione, il creditore ha l'*actio Aquiliae* sino all'ammontare del suo credito, e il *dominus* e il debitore hanno azione per quello che *superest* al debito". Tutto questo è interpolato: il diritto classico concede l'azione al *dominus* e al debitore per il diritto civile; ma il pretore può concedere l'azione al creditore se il debitore è divenuto insol-

vente. Questo concetto classico si può desumere dall' "*actio furti*".

D. 47.2.15. Una cosa data in pegno vien rubata; il creditore ha l'*actio furti*, ha tale azione in solido; il soprappiù del suo credito, che ottenesse con tale azione, lo deve restituire al debitore. Da ciò si desume che ugual concetto doveva esservi nel frammento precedente, che venne poi cambiato da Giustiniano. Giustiniano distingue le azioni come abbiamo visto sopra; e con ciò si ha economia di giudizio, poiché nel diritto classico vi erano due cause successive (prima del debitore poi del creditore), nel diritto giustiniano vi erano più azioni che si facevano valere nella stessa causa, si aveva cioè una vera cumulazione di azioni, come nel diritto moderno. Da tutto questo si vede che è profonda e grave la interpolazione, che è formale, del fr. 30 D. 9.2. – Il problema è eminentemente processuale.

D. 47.2.12.2. – Anche qui si chiede la spiegazione se l' "*actio furti*" si può concedere al pignoratizio anche se il debitore è solvente. "Se è stata data in pegno una cosa ("*damus*" è interpolata: è proprio dei legislatori; l'interpolazione è formale) anche al creditore diamo l'*actio furti*", sebbene la cosa non sia in sua proprietà, anzi non solo noi daremo contro gli estranei ma anche contro il proprietario". E la stessa azione si deve poter dare al *dominus*. Per questa ragione si dà all'uno e all'altro l'*actio furti*, poiché entrambi hanno interesse; ma ci si chiede se la si può concedere al creditore pignoratizio, benché il debitore sia solvente: Pomponio, Giuliano, Papiniano la concedevano. La "*lex Aquilia*" dapprima angusta fu poi estesa soggettivamente (*peregrini*), ed oggettivamente (responsabilità anche per colpa di minima importanza). Questo sviluppo è dovuto alla giurisprudenza, che operò caso per caso.

In primo luogo si devono vedere le *Collationes* (opere anonime di giureconsulti).

Collatio 12.7.1. "Se uno volendo incendiare un' "*insula*" (quartiere di case) e il fuoco si comunicò all' "*insula*" vicino, egli è tenuto per la "*lex Aquilia*" anche per quest'altra isola bruciata, sia rispetto ai padroni che agli inquilini".

4. “Volendo bruciare le stoppie nel fondo ed il fuoco si comunicò al fondo del vicino, è discusso se si debba o meno concedere l’*actio legis Aquiliae*”.

5. “Celso dice che se il fuoco vagando ha bruciato il fondo del vicino non si applica la “*lex Aquilia*”, ma un’*actio in factum*, perché non fu diretto l’atto suo al danneggiamento del vicino, ma andò il fuoco da solo a bruciare il fondo del vicino”.

6. “Severo ha approvato con una costituzione tale opinione. Se il tuo fondo è stato invaso dal fuoco, che il servo del vicino ha acceso per fare bollire una pentola, si dà un’*actio similis* all’*actio legis Aquiliae* con un giudizio nossale (essendo il danno prodotto dallo schiavo)”. In realtà qui non si viene al giudizio, ma al passaggio dello schiavo al danneggiato (*noxae datio*; vedi Dunn⁷).

“Così se il servo, che era conduttore del colono, si addormentò vicino al forno e la casa bruciò, il colono è tenuto per la locazione, se è stato negligente nella scelta del servo. (Per la dottrina moderna tutto questo è bizantino: in realtà è già pretoria). Del resto se uno dava fuoco e l’altro custodiva, ci si chiede se si può applicare la “*lex Aquilia*”, perché chi custodiva nulla ha fatto e non si può applicare la *lex Aquilia* a chi è stato inattivo; e chi ha dato il fuoco ha fatto tutto quel che doveva. Così il medico, che ha fatto con perizia l’operazione, ma poi ha troncato la cura, è responsabile o meno per la “*lex Aquilia*”, trattandosi di omissione e non di azione. “Si discute sempre il fondamento causale che deve esservi tra l’atto e la conseguenza. Secondo il giurista in questi casi si deve dare un’ “*actio ad exemplum legis Aquiliae*”.

Casi più sottili troviamo nel Digesto.

D. 9.2.8.1. (*Gaius*). Il fatto che i giuristi hanno dato o “*actio in factum*” o “*actio utilis*” o “*ad exemplum legis Aquiliae*” ci dimostra che già tale estensione è dovuta al periodo classico, che quindi già conosceva la colpa nella “*lex Aquilia*”, e non al periodo bizantino, come vuole la dottrina odierna. “Un mulattiere imperito, che non potè trattenere l’impeto delle mule, che calpe-

⁷ Sul manoscritto dopo “vedi” si legge Dunn: una suggestiva ipotesi è che Visky abbia sentito dal maestro la locuzione greca εἰς νόξαν δοῦναι in riferimento, in questo contesto, alla Parafrasi di Teofilo. Cfr. O. Lenel in ZSS 47, 1927, p. 11 nt. 2.

stavano uno schiavo “*vulgo dicitur culpaе nomine teneri*”. (Alcuni ritengono questo testo interpolato, ma il Riccobono nega la interpolazione. La casistica non è interpolata: vedi Gai Inst. 3.202 in fine). E lo stesso si deve dire se per debolezza non potè trattenere le mule – cioè irresponsabilità – né ciò debba sembrare iniquo, perché noi l'imperizia e la infermità riteniamo una colpa, poiché ognuno deve sapere giudicare e prevenire le proprie azioni”. – Quindi dalla “*lex Aquilia*” è escluso solo il caso fortuito (una frana od altro che ha spaventato il cavallo).

[Nota che fino ad Adriano esistono e si sviluppano le scuole giuridiche, di poi hanno valore i rescritti dei principi e l'autorità di Giuliano, e l'editto perpetuo. V. *Coll.* 12.7.6].

Il problema più grave rispetto alla *lex Aquilia* è quello della differenza tra “*actio utilis*” e “*actio in factum*”. Una corrente (scolii greci) nega che vi sia alcuna differenza, così anche l'Alibrandi: per esso l'*actio utilis* può non essere un'*actio ficticia* (ciò è vero: es. mutamento di nome), da ciò deduce che non v'è alcuna differenza tra queste due azioni. Così anche il Lenel nel suo “*Edictum perpetuum*”: per esso “*utilis*” si deve interpretare per “*utiliter datum*” (cioè un'estensione dell'azione civile): cioè vi sarebbe una improprietà (non tecnicità) di linguaggio. Ciò si potrebbe ammettere per la sola *actio utilis*, non certo per l'*actio utilis legis Aquiliae*: altrimenti non vi sarebbero discussioni tra i giuristi sulla differenza. Il Lenel inoltre ritiene bizantina la frase “*actio ad exemplum legis Aquiliae*”. Il problema è dovuto in realtà alla confusione della terminologia (tra *actio utilis* e *actio in factum*) nella compilazione giustiniana. Ma da questo non si deve negare che nel periodo classico si facesse una differenza tra tali azioni (*actio in factum*: *demonstratio*, *condemnatio* senza *intentio*). Cadute le formule viene meno la differenza tra le azioni e perciò i compilatori usavano logicamente con promiscuità la terminologia.

Ist. 4.3.1 (Definizione generale). Questo paragrafo è preso completamente da Gaio (tranne “*praecise*”). L’“*actio utilis*” si dà quando vi sia un danno non corporale: v'è finzione (come se vi fosse danno corporale). Se il danno (indiretto) poi fu dato né di-

rettamente né al corpo, si concede un' "actio in factum". Cioè l'actio in factum si dà quando non si può nemmeno ricorrere alle "actiones ficticiae (utiles)". P. es. colui che mosso da pietà ha liberato dai ceppi un servo alieno: si reca un danno indiretto al padrone, che può valersi contro il liberatore di un' "actio in factum".

D. 4.3,7,7. Se hai liberato il servo per uno scopo diretto o indiretto, tu risponderai con l'actio furti; negli altri casi risponderai con un'actio in factum.

Collatio 2.4.1 (e 2.1,1). Per la legge mosaica chi guarisce dopo una malattia, provocata da danno corporale recato da altri, non ha un'actio di danneggiamenti contro il danneggiatore, ma solo di rifusione delle spese di medicina, medico e dei guadagni perduti per non aver lavorato nel periodo della malattia. – Per il diritto romano nel caso del servo danneggiato (con pietre, pugno) in tal maniera si deve concedere l'actio legis Aquiliae (ciò però è controverso).

D. 9.2.27.17. – Lo stesso testo della *Collatio* 2.4.1. Come sopra: però se manca la lesione corporale non è applicabile la lex Aquilia, poiché si può sempre agire con l'actio iniuriarum. Però se v'è lesione anche se il prezzo del servo non è diminuito si può applicare la lex Aquilia.

D. 9.2.45.1. Il servo fu ferito, ma fu sanato: si può allora agire con la lex Aquilia (v'è danno corporale). Il testo è bizantino. Le interpolazioni possono essere: nella conclusione ma non nella soluzione dell'esempio, essa non ha importanza, poiché non v'è innovazione né aggiunta: è puro diritto classico; o nella formulazione generale del testo: si può trattare di diritto classico o anche di diritto bizantino. Effettivamente la lex Aquilia coprì tutti i danni arrecati al patrimonio altrui, con la stessa larghezza a cui è arrivato il diritto moderno. (§. 1151 del Cod. Civ. It.) – Il testo del D. 4.3.16 di Gaio è certo diritto classico.

La lex Aquilia è talmente sviluppata da essere la lex generale per tutti i danneggiamenti, sia recati al proprietario che all'usufruttuario ecc.; nell'inizio era angusta di poi si è sviluppata; si da considerare prima l'iniuria, poi il dolo, infine la colpa. Per

Kunkel ed altri questo sviluppo del concetto oggettivo (*iniuria*) a quello soggettivo (colpa) è opera bizantina; ma Riccobono ritiene questa estensione già avvenuta nell'ultimo secolo della repubblica (*Servius*, *Mucius* ecc.): di poi fino ad Adriano vi è una chiara spiegazione per dubbie questioni: di poi vi è la compilazione definitiva della legge.

Altro punto controverso è la distinzione tra *actio in factum*, *utilis* e *ad exemplum legis Aquiliae*: vi sono coloro che sostengono che non vi sia alcuna differenza tra di esse (es. Lenel). Ciò è un errore, poiché in Gaio stesso si accenna alla distinzione tra queste azioni. L' "*actio utilis*" si usa quando si deve concedere un' "*actio*" con finzione (come se il danno fosse avvenuto "*corpori*"). Quando non si può applicare l' "*actio utilis*" si concede l' "*actio in factum*". La compilazione concede l'*actio* in genere senza determinare quale, o usando promiscuamente la terminologia di *actio in factum* o *utilis*, poiché all'epoca giustiniana era caduta ogni distinzione tra le azioni.

Resta un punto grave l'estensione dell' "*iniuria*" (elemento oggettivo) al dolo e colpa (elemento soggettivo), poiché gli ultimi bizantini (Partsch) hanno negato sia nella *lex Aquilia*, che nella vendita, che la colpa sia un'estensione dovuta al diritto classico.

D. 9.2.52.1. (*Alfenus Varus*, discepolo di *Servius Sulpicius*, giurista dell'epoca repubblicana). – "Un oste nella mezzanotte aveva posto la lucerna su una pietra vicino all'osteria; un passante si appropria della lanterna, l'oste insegue, ma il ladro si difende bastonando l'oste, che nella colluttazione cava un occhio al ladro. Si domanda se l'oste abbia o no fatto quel danno per ingiuria, essendo stato bastonato egli prima. Si risponde che non v'è responsabilità se ha cavato l'occhio non "*data opera*", cioè non avendo iniziata la lite. Però se l'oste ha iniziata la lite per riavere la lucerna, è responsabile". Si guarda cioè a chi ha iniziato la lite: e a chi ha ecceduto nella difesa (colpa).

D. 9.2.52.2. "Sul colle Capitolino le mule conducevano due carri carichi, i mulattieri del primo carro, perché le mule superassero la salita, aiutavano: il primo carro cominciò ad indietreggiare, i mulattieri si scostano, il primo carro urtò il secondo, che

a sua volta recò lesione ad un servo. Il suo padrone richiede a chi si debba rivolgere per il risarcimento del danno. Alfeno risponde che bisogna indagare la causa del danno, perché se i mulattieri volontariamente avessero abbandonato il carro, v'è azione contro di essi con la *lex Aquilia*, poiché essi furono indirettamente, ma volontariamente la causa del danno. Ugual caso è quello che provoca un asinello, di poi quando esso reagisce non lo sa contenere ed esso produce un danno. Così colui che lancia un giavellotto, è responsabile per i danni provocati. – Ma se le mule furono atterrite da qualche cosa, e i mulattieri per non essere schiacciati abbandonano il carro, non v'è azione contro i mulattieri, ma contro il padrone delle mule. Che se né le mule, né gli uomini non sono stati causa del danno, ma le mule non avessero potuto sostenere il peso e fossero cadute, onde il carro fosse indietreggiato, e i mulattieri avessero dovuto abbandonare il carro, non v'è responsabilità né da parte dei mulattieri, né da parte del padrone delle mule. In ogni modo certo è questo che col proprietario delle mule o del carro posteriore non si può agire, perché esse sono state investite ed hanno quindi indietreggiato forzatamente”. – Questo testo dell'epoca classica ci dimostra che già in quell'epoca si basava sull'elemento subbiettivo della colpa, il che alcuni negano erroneamente.

D. 9.2.52.3. “Alcuno ha venduto i buoi con condizione di poterli sperimentare e il servo del compratore, mentre fa l'esperimento, vien percosso da una cornata. Si chiede se il venditore è responsabile per questo danno. Si risponde se la vendita è perfetta il venditore è responsabile; se non è perfetta, non è detto, che risponda il venditore, ma bisogna indagare la causa del danno: c'è da parte del venditore responsabilità solo se la cornata è stata data per vizio del bove e non per istigazione o colpa del servo”.

D. 9.2.52.4. “Molti giuocano colla palla, uno di loro sforzandosi di prendere la palla investì un piccolo servo, che cadde e si ruppe una gamba. Si chiede se il *dominus* potesse agire con la *lex Aquilia* contro l'investitore. Si risponde che non è ammissi-

bile tale azione, poiché il danno non è avvenuto per colpa, ma per mero caso”.

Del dominio non si occupa, ma solo del possesso dovuto alla vendita perfetta (D. 9.2.52.3; *si emptori boves emptos haberet*). Però l'*emptor* nel diritto imperiale e già alla fine della repubblica era considerato come vero proprietario *ex iure quiritium* (con finzione).

Gai. 3.166. – Anche quando non si fa la *mancipatio*, il possessore *in bonis* è considerato come proprietario non solo nel diritto pretorio, ma anche nel diritto civile: è quindi in questo campo avvenuta la fusione del diritto pretorio col civile già nel periodo repubblicano. Nel testo si nota che lo schiavo del possessore *in bonis* acquista ad esso e, non al proprietario, come era nel diritto civile, e si afferma anche che la compera fatta dallo schiavo per il suo proprietario non è valida se non come acquisto al possessore *in bonis*. È da notare che la *mancipatio* per gli schiavi e per gli animali non è più in uso nel secolo I d.Cr., si ricorre tutto al più alla “*stipulatio duplae*” (*ius novum*): e basta la *traditio* a trasmettere la proprietà. Da ciò non si può dedurre che tutti gli istituti si siano sviluppati ugualmente: vi sono di quelli più e di quelli meno sviluppati. Il diritto pretorio si sostituisce al diritto civile.

Un altro grave problema riguardante la *lex Aquilia* è quello del concorso delle azioni. La “*lex Aquilia*” può concorrere con l’“*actio locati*” ecc., e v’è un sistema nel diritto classico ed uno nel diritto giustiniano. Vediamo i testi riguardanti l’estensione della *lex Aquilia* alla colpa.

D. 9.2.27.32. – Chi ha distrutto un acquedotto nel punto che passava su un fondo altrui; i rottami spetterebbero al titolare della servitù, mentre al proprietario spetterebbe l’*actio legis Aquiliae*; però si può dare un’*actio utilis* al titolare della servitù, perché è questi che ha ricevuto il danno.

Per la dottrina moderna l’*actio utilis* è compilatoria. V’è la interpolazione, ma è solo apparente, poiché i compilatori con poche parole hanno riassunto un testo, dove si doveva ricordare la controversia su tale questione. Anzi è da dire che i compilatori

spesso hanno sostituito nei testi all'*actio utilis* l'*actio legis Aquiliae*.

D. 9.2.27.33. – “Se dal carro che trasporta materiale di pietra è caduta una pietra ed ha prodotto un danno il carrettiere se è in colpa, cioè se ha messo male le pietre, risponde secondo la *lex Aquilia*”. Il testo primitivo doveva dare o un’ “*actio utilis*” o “*in factum*”. Da ciò si deduce che l’ “*actio utilis*” non è punto un’estensione della *lex Aquilia* dovuta ai compilatori.

D. 9.2.27.34. – “Un individuo ha preso in conduzione il servo per tenere il mulo, ed affidò a lui il mulo. Questo ragazzo attorcigliò una redine al pollice; il mulo ha con uno strappo avulso il pollice al ragazzo, e poi si è buttato in una voragine sottostante. Chi ha dato in conduzione il ragazzo è responsabile secondo la *lex Aquilia*, poiché ha dato una persona imperita. Ma è possibile che ciò sia avvenuto, perché il mulo è stato incitato da altri con un colpo, costui allora è responsabile secondo la *lex Aquilia* verso il padrone del mulo e quello del servo. Nel primo caso si può esperire sia l’*actio legis Aquiliae*, sia l’*actio ex locato*”. – Questo concorso è cumulativo od alternativo? Sullo sviluppo del concetto di “*culpa*” nella legge Aquilia – sviluppo avvenuto in tutte le direzioni – non ci può essere dubbio. Resta da esaminare il problema dell’ “*actio utilis*” o dell’ “*actio in factum*” sempre in relazione alla legge Aquilia. Le Istituzioni sono precise a questo riguardo e dicono che se manca un elemento (“*corpore*” o “*corpori*”) si finge che non manchi e si dà l’ “*actio utilis*”. Se manca l’uno e l’altro si dà l’ “*actio in factum*”.

Noi crediamo che una traccia di questa regola dovesse esserci nelle fonti antiche. Escludiamo recisamente che il passo delle Istituzioni possa essere stato attirato dal Digesto; e ciò perché i testi del Digesto mostrano che i compilatori avevano una dottrina differente.

D. 19.5.14.1 (*Ulpianus*). – Se alcuno abbia spogliato il servo altrui e questi sia morto di freddo, per quel che riguarda le vesti, ci sarà l’ “*actio furti*”; e, quanto al servo, si agirà *criminaliter* con l’ “*actio in factum*”. Notiamo – di passaggio – che parallelamente all’azione privata c’è la persecuzione pubblica; ma o si agisce *cri-*

minaliter, o si fa il processo comune. Ma intanto vediamo che qui si dà l' "*actio in factum*", mentre secondo Gaio si sarebbe data l' "*actio utilis*".

D. 9.2.11 (*Ulpianus*) "Similmente Mela scrive che, se qualcuno, giuocando a palla, l'abbia spinta con grande veemenza, e questa sia andata a colpire la mano di un barbiere e così avvenne che esso segò la gola al servo, che stava radendo, qualunque sia il colpevole di ciò, egli sarà tenuto con la *lex Aquilia*. Proculo è del parere che colpevole sia il barbiere: e certo, se egli radeva dove si è solito giuocare a palla o dove frequente è il transito, vi è di che imputarlo: quantunque neppure sia detto male che, se alcuno si sia affidato ad un barbiere, che tiene la sedia in luogo pericoloso, egli debba lamentarsi di se stesso". – Dunque qui si applica l' "*actio directa*"; mentre se fosse responsabile il lanciatore della palla, ci dovrebbe essere l' "*actio in factum*", come nel testo delle stoppie bruciate, che avevano appiccato fuoco alle cose del vicino. Per Proculo la colpa è del barbiere, ma qui manca qualche cosa, il testo è monco; i compilatori devono aver operato uno dei soliti tagli. Comunque (e questa è la loro dottrina) essi (compilatori) non fanno distinzione tra "*actio directa*" e "*utilis*", e "*in factum*": la usano promiscuamente; e così anche nel testo dei carri che ascendevano carichi eccezionalmente il Campidoglio.

D. 9.2.33.1. (*Paulus.*) – "Nei danni che non possono essere perseguiti con la *lex Aquilia*, c'è l'*actio in factum*". (Testo breve, compilatorio). Con questo testo lo sviluppo può dirsi giunto all'articolo 1151 del Codice Civile Italiano. Il testo è evidentemente interpolato; "*in damnis, quae... non tenentur*" è un'espressione addirittura scorretta, perché non sono i danni che sono tenuti, ma i danneggiatori. Ma, al solito, che cosa mai prova l'interpolazione? Può l'interpolazione escludere che la giurisprudenza classica non ignorasse la soluzione dell'art. 1151 del Codice Italiano.

D. 19.5.11. (*Pomponius*) – "Poiché il numero delle azioni non è completo, così si richiedono, per lo più, azioni *in factum*. Ma (non solo per i casi non previsti dall'ordinamento giuridico)

anche per quelle azioni che sono già previste dalle leggi, se una legge giusta e necessaria vi sia, supplisce il pretore in ciò che alla legge manca: il che fa con la *lex Aquilia*, concedendo azione in factum accomodata alla *lex Aquilia*: ciò che è richiesto dall'*utilità*". – Questo testo è fondamentale per il Lenel per la sua tesi che la giurisprudenza classica non fa distinzione tra *actio utilis* ed *actio in factum*: tesi errata, perché è vero precisamente il contrario, che questa distinzione non era fatta dai compilatori, ma era nota invece alla giurisprudenza classica.

D. 9.2.9.4. – Se un servo sia stato ucciso da coloro che giuocavano a palla e il servo sia passato per il campo, non ha luogo la *lex Aquilia*, perché egli non avrebbe dovuto passare intempestivamente per il campo del giuoco. Tuttavia colui che "*data opera*" cioè dolosamente abbia lanciato contro di lui la palla, sarà tenuto dalla *lex Aquilia*.

Ist. 4.3.4. (Lo stesso caso) – "E così se qualcuno giuocando o esercitandosi al giavellotto, abbia trafitto il servo suo mentre passava, bisogna distinguere: perché se ciò è stato commesso da un soldato nel campo, dove si svolgono simili esercitazioni, nessuna colpa gli si può ascrivere; ma se ciò fu fatto da altri, questi sarà colpevole. E lo stesso varrà anche per il soldato, se egli commise ciò in luogo diverso da quello in cui sono soliti esercitarsi i soldati".

D. 9.2.9.2. – "Se alcuno ha fatto morire di fame un uomo, dice Nerazio che sarà tenuto con l'*actio in factum*". – Si può osservare la stranezza del fatto che i compilatori interpolando il testo (è un testo breve, cioè compilatorio) abbiano dato l'*"actio in factum"*, laddove secondo la dottrina di Gaio andrebbe l'*"actio utilis"*: il che farebbe pensare che anche nel testo classico ci fosse l'*"actio in factum"* non essendoci ragione per i compilatori di sostituire l'*"actio in factum"* all'*"actio utilis"*. Al che si può rispondere – secondo Riccobono – dicendo che i compilatori prediligono l'*"actio in factum"* perché generica.

D. 9.2.9.1. – "Se alcuno colla forza o colla persuasione abbia avvelenato altri sarà tenuto colla legge Aquilia". Si vede che il caso della violenza e quello della persuasione vengono trattati

alla stessa stregua, mentre a rigore, il primo poteva sì dar luogo alla “lex Aquilia”, ma il secondo doveva dar luogo all’“*actio in factum*”. Dunque i compilatori fondono e confondono. Ma la giurisprudenza classica, ora con la “*ficticia*” ora con la “*in factum*”, doveva già aver realizzato quanto ora passa per innovazione giustinianea. Dopo la codificazione dell’Editto Perpetuo per opera di Salvio Giuliano, il pretore non poteva più emettere nuovi editti, ma questo non arresta la sua attività, intesa, come prima, a “*corrigendi, adiuvandi, supplendi iuris civilis gratia*”.

Il Binding fa una trattazione più acuta della *lex Aquilia* e si trova in contraddizione coi romanisti sul concetto della “*culpa lata*” (p. es. con Lenel).

La *lex Aquilia* dà luogo a concorso di azioni in quanto appunto concorre spesso con altre azioni. In tal caso nascono tante azioni quante sono le violazioni del diritto. Ma si possono esercitare tutte? Si può ricorrere al principio della “*eadem res*”. (“*Bis de eadem re ne sit actio*”).

Quando dunque si tratta di un concorso delle azioni il pretore può negare una delle due azioni; può restare qualche dubbio sugli eventi come sono avvenuti; si può concedere anche una *exceptio doli* al convenuto; il pretore poi può concedere una seconda azione per il “plus valore” (p.es. nella *lex Aquilia* al danno): quest’azione si basa sulla “*praescriptio*”; questa seconda azione era solo di una parte del danno, non del tutto. La giurisprudenza romana nel periodo classico era dapprima partita da un principio di diritto civile “*bis de eadem re ne sit actio*”: e da qui si discute che cosa sia “*eadem re*”. Inoltre se con un atto si violano più disposizioni con tale regola si farebbe pagare più volte il danno. Il pretore con suo potere è arrivato a formulare il principio opposto: “*unum delictum, una poena*”; inoltre ricorreva alla denegazione della seconda azione; o all’“*exceptio doli*” per rigettare tale secondo giudizio; od anche alla “*praescriptio pro reo*” per la parte del danno già pagato col primo giudizio. Il giudice conosce tutta la causa, anche nel caso di concorso di azioni, può valutare anche il “*plus*” dell’azione (p. es. nella *iniuria*) venendo ad elidere la seconda azione.

Può essere un concorso dell' "actio Aquiliana" e dell' "actio iniuriarum".

D. 47.10.15.46. – “Se qualcuno per il servo che è battuto agisce prima con l'*actio Aquiliae* poi con l'*actio iniuriarum*, Labeone dice che non si tratta della medesima azione, perché l'una persegue il danno, l'altra alla soddisfazione dell'ingiuria”. – Forse Labeone era contro la prassi antecedente.

D. 44.7.34. (*Paulus*) – Il testo non è genuino, ma deriva tutto dall'opera del libro di Paolo sul concorso delle azioni, sunteggiato, accorciato, ma non sostanzialmente interpolato. Si è detto che i giureconsulti romani sono solo pratici e non dottrinari: questo testo afferma l'opposto. “C'è la *verberatio* del servo, dal fatto nascono due azioni: l'*Aquila* e l'*iniuriarum*; perché sorgono due azioni? Perché un'azione deriva dalla colpa, l'altra d'aver eseguito un atto con l'animo *iniuriandi* (Paolo risale alla causa e non si ferma come Labeone allo scopo dell'azione): quindi ambo le azioni competono. Ma anche ammesso ciò alcuni dicono che eletta una, l'altra si consuma (questi giuristi si basano sul concetto che si tratta di *uno facto*)”. – Manca una parte del testo primitivo: esso doveva dire i nomi dei giuristi che sostengono tale tesi; ed inoltre doveva dire che persa una, l'altra si può esperire.

“Se è stata esercitata l' "*actio Aquiliana*" (che è *actio in bonum et aequum concepta*) si consuma l'*actio iniuriarum* (è una terza opinione), perché il giudice dell'*actio iniuriarum* è giusto che consumi giudiziariamente quest'ultima azione (la consumazione è *ope iudicis*). Ma se si è agito prima con l'*actio iniuriarum* – essendo questo un giudizio *stricti iuris* – si può poi esercitare la *lex Aquilia*. Ma questo si deve impedire dal pretore, tranne che si agisca in ciò, che in di più concede la *lex Aquilia*. (Il pretore agisce con la *praescriptio pro reo* per quanto questo ha già pagato; si può agire solo per il di più). Tutto ciò è stato ritenuto bizzantino dalla teoria moderna, ma ciò è un errore.”

“È ragionevole ammettere che sia permesso all'individuo qualsiasi azione che esso voglia, e in questo giudizio, in cui si deduce il fatto, non si esamina una parte del rapporto, ma tutto

esso per semplificare i giudizi”. – “*Rationabilis*” è interpolato. Nella procedura giustiniana, di cui concetti vi sono in quest’ultimo brano, sparite le formule il fatto si deduce in giudizio, in cui si tien conto di tutte le azioni che spettano per quel fatto (p. es. l’*actio iniuriarum* e l’*actio Aquiliana* per il plus).

Riguardo a questo problema vi sono vari testi, che i moderni ritengono interpolati; in realtà se interpolazione v’è, essa è puramente formale. Questo testo però è il testo fondamentale e basilare. (V. anche il Levy: “*Klagenkonkurrenz*”, l’Alibrandi: “*Concorso delle azioni*”, poi l’Ascoli).

44.7.41.1. (*Paulus*) – “Se dello stesso fatto competono due azioni, il giudice può concedere oltre quanto è dovuto per un’azione il plus dell’altra azione; se per essa deve avere di meno, solo questo gli compete”. – Questo è un riassunto bizantino del testo originale.

V’è un altro testo, dove si parla di un bue che venne rubato. Rubato un bue lo si è ucciso; v’è un’azione per il bue rubato; si negano le singolari azioni per parte del bue (carne, corna, cuoio); se però si agisce per una sola di queste cose, si può avere il rimborso del completo danno.

APPENDICE

Regia Università Degli Studi di Roma
Anno Accademico 1931-1932

Carlo Visky

Dottore in legge della Regia Università
degli Studi di Debrecen (Ungheria)

Il Cristianesimo e il regolamento del divorzio
nel diritto delle Novelle

TESI ORALE PER IL DIPLOMA IN DIRITTO ROMANO*

Relatore: Prof. Filippo Vassalli

Roma, Giugno, 1932 – X° - E. F. –

* Nel riprodurre il testo di questo dattiloscritto si è cercato di rispettare l'impostazione formale data dall'autore, riproducendone i rientri, le spaziature, i grassetti e i segni di divisione tra i singoli capitoli, correggendo soltanto alcuni minimi errori materiali. Anche in questo caso non è indicata l'enumerazione originale delle pagine.

INDICE

Bibliografia	Pag. I-III
I. – Cenni storici sul divorzio nel diritto romano	1
II. – Il cristianesimo ed il divorzio	4
III. – La novella 22	12
IV. – La novella 117	17
V. – La novella 134	22
VI. – Conclusioni	23

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTARIO : Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino. Archivio Giuridico. 1931. f. I.
- G. BAVIERA : Concetti e limiti dell'influenza del Cristianesimo sul diritto romano. Mélanges Girard. Tome I. 1912.
- P. BONFANTE : Corso di diritto romano. Famiglia. Roma. 1925.
- P. BONFANTE : Istituzioni di diritto romano. Ed. IX. Milano. 1932.
- P. BONFANTE : Storia del diritto romano. Milano. 1923.
- G. BRINI : Matrimonio e divorzio nel diritto romano. Bologna. 1887.
- E. CARUSI : Effetti civili dell'annullamento del matrimonio canonico preconcordatario. Rivista di diritto civile. 1930.
- E.W. GRAY : Il diritto del Vangelo e l'influenza del Cristianesimo sul diritto romano. Torino. 1922
- H. GEFFCKEN : Zur Geschichte der Ehescheidung vor Gratian. Leipzig. 1894.
- A. HARNACK : Lehrbuch der Dogmengeschichte. Ed. II. Freiburg. 1890.

- Ph. HOWARD : A history of matrimonial institutions. Chicago - London. 1904.
- C. MANENTI : Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in ispecie delle condizioni apposte al matrimonio. Siena. 1889.
- G. MARTON : A római magánjog elemeinek tankönyve. Debrecen. 1925.
- A. ORIANI : Matrimonio. Firenze. 1886.
- S. RICCOBONO : Cristianesimo e diritto privato. Rivista di diritto civile. 1911.
- J. SZEREDY : Egyházjog. Pecs. 1879.
- R.Th. TROPLONG : De l'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains. Ed. XIII. Paris. 1868
- E. WESTERMARCK : The history of human marriage. Ed. II. London. 1891.
- K.E. ZACHARIAE : Geschichte des griechisch - römischen Rechts. Ed. III. Berlin. 1892.
- J. ZHISHMAN : Das Eherecht der orientalischen Kirche. Wien. 1864.

IL CRISTIANESIMO E IL REGOLAMENTO DEL DIVORZIO NEL DIRITTO DELLE NOVELLE

I. – In Roma antica non esisteva alcuna regola che vietasse il divorzio. Tuttavia il divorzio nei primi secoli della storia romana era un fatto assai raro. Come gli storici rammentano, il primo caso fu quello di **Sp. Carvilius** nel 520 a.Cr. che scandalizzò il popolo romano. Nei due secoli dopo l'occupazione di Cartagine la rigorosa moralità della società romana aveva subito una degenerazione tale che non vi era quasi un matrimonio che non finisse col divorzio.

Le donne romane potevano computare gli anni non dal numero dei consoli, ma da quello dei loro mariti, come si legge in **Seneca** (1).

I matrimonî avvenuti fra formalità rigorose dei tempi antichi, potevano essere sciolti colle stesse formalità: i matrimoni colla "*confarreatio*" per la "*diffareatio*", i matrimoni colla "*coemptio*" o coll' "*usus*", per la "*remancipatio*" (2).

Nell'epoca classica però la situazione venne cambiata molto. Secondo il concetto classico il matrimonio invece di essere uno stato di diritto è un semplice stato di fatto. Per la conclusione del matrimonio non occorrono più formalità, basta il consenso dei consorti (3)- È da aggiungere però che questo non è un rapporto stabilito dal consenso iniziale, come oggi. Il matrimonio del diritto classico è il vivere insieme con l'intenzione maritale, quindi il consenso non dev'essere solo iniziale, ma duraturo, continuato. Questo consenso, quest'intenzione fu chiamata dai classici "*affectio*", la sua manifestazione esterna "*honor matrimonii*" (4).

La conseguenza logica è poi che nel diritto classico il matrimonio finisce, quando è cessata la "*affectio maritalis*". Quindi in quell'epoca non è possibile parlare del divorzio e dello scioglimento del matrimonio nel senso odierno. Il divorzio, cioè, non è altro che il venir meno dell' "*affectio maritalis*" (5).

Nell'epoca antica il divorzio era la rinuncia alla "*manus*", dalla parte del marito, non poteva avvenire cioè, se non dalla volontà del marito (6). Nell'epoca classica invece sono scomparsi i matrimoni colla "*manus*", quindi possono essere sciolti non solo per volontà del marito, ma anche per quella della moglie.

Per lo scioglimento del matrimonio il diritto classico non richiedeva nessuna formalità, dato che quella non era necessaria neanche alla conclusione. Finita la "*maritalis affectio*" finisce anche il matrimonio stesso (7).

Il principio fondamentale del diritto classico era quello espresso nel Codice giustiniano: "*libera matrimonia esse antiquitus placuit*". Da questo principio venne dedotta la libertà assolutamente illimitata del divorzio. Il matrimonio poteva sciogliersi per volontà di tutte e due le parti, oppure di una sola delle parti. Il primo caso è il "*divortium*", il secondo il "*repudium*" (8).

Il pensiero liberale dell'epoca classica contribuì ad aumentare enormemente il numero dei divorzi. La grande frequenza dei divorzi intaccava la base e l'ordine morale della vita familiare. L'interesse dello stato ha costretto la legislazione ad intervenire negli affari di divorzio. La "*lex Julia*" dispose che il divorzio doveva essere fatto alla presenza di sette testimoni (9). Nel caso di divorzio la dote doveva essere restituita, oppure una parte di quella poteva essere ritenuta dal marito secondo che la moglie era incolpevole o colpevole (10).

La libertà illimitata dai divorzi, però, è rimasta anche in seguito in tutta l'epoca classica. Anzi nel caso di adulterio quello era obbligatorio, e se il marito non lo voleva fare, doveva essere punito (11). Quanto alle cause del divorzio, quelle nel diritto classico erano indeterminate, numerosissime (12).

II. – Il concetto cristiano in questa questione è affatto il contrario di quello romano. La Chiesa, cioè, sin dai tempi più antichi considerava il matrimonio come un vincolo indissolubile, come un sacramento. La dottrina cristiana si basa sui Vangeli e sulle lettere di **S. Paolo**. – S. Matteo evangelista dice così: “*Propter hoc dimittet homo patrem et matrem et adhaerebit uxori suae et erunt uno in carne una. Itaque iam non sunt duo sed una caro. Quod ergo Deus coniunxit homo non separet*” (**Matteo**. 19. V. 5-6) (13). **S. Paolo** poi scrive nella sua lettera agli efesini i seguenti: “*Propter hoc relinquet homo patrem et matrem suam et adhaerebit uxori suae et erunt duo in carne una. Sacramentum hoc magnum est*”. (*Ad Ephes.* 5. v. 30-31) (14).

Questi passi della Bibbia si possono considerare come le basi del concetto cristiano che compare già negli scritti dei **SS. Padri** della Chiesa (15) Secondo il **Pastor Hermas** il marito può lasciare la moglie, se questa è adultera; ma non può passare a seconde nozze, perché nel caso che la moglie fa la penitenza, è obbligato a riprenderla. Se egli non la volesse riprendere è delinquente egli stesso (16).

Origenes nei suoi commentari scritti al Vangelo di **S. Matteo** condanna la prassi dei conduttori della Chiesa (ἡγούμενοι τῆς Ἐκκλησίας) che permettevano le seconde nozze quando il coniuge era ancora vivente. Secondo lui un tale fatto non è altro che adulterio (17). – **S. Basilio**, vescovo di Cesarea, esclude la possibilità del divorzio salvo il caso di adulterio (18).

Il primo che diede una forma precisa al dogma dell'indissolubilità del matrimonio fu **S. Agostino**. Egli ha dichiarato prima di tutti che l'adulterio dà la possibilità solo al divorzio, ma il vincolo matrimoniale rimane sempre intatto (19).

Possiamo fare menzione ancora della raccolta di regole canoniche che è conosciuta sotto il nome di **Canones Apostolorum**. – Questa compilazione venne fatta con molta probabilità verso la fine del secolo V. o al principio del secolo VI. – Il canone 48 di questa compilazione vieta al marito di lasciare la moglie, e vieta inoltre di sposare una donna divorziata. La sanzione in tutti e due i casi è il privare dalla comunione (20).

Il concetto romano e quello cristiano del matrimonio si trovano ai due estremi. Nel diritto classico romano il matrimonio, essendo un semplice stato di fatto, può essere sciolto senza alcuna limitazione; nella Chiesa cristiana, invece, il matrimonio è un sacramento, un vincolo perdurante tutta la vita, il quale può essere sciolto solo dalla morte.

Diffondendosi il Cristianesimo sempre di più ed aumentando così la sua importanza naturalmente non poteva rimanere estraneo alla questione riguardante il divorzio. Dopo la cristianizzazione dell'Impero romano la Chiesa comincia a far sentire la sua influenza sulla legislazione senza però prender direttamente parte in quella. Così incominciano le modifiche secondo la dottrina cristiana nella materia matrimoniale.

La legislazione ostile al divorzio incomincia coll'imperatore **Costantino**, il quale voleva attenuare il contrasto fra le disposizioni legislative romane riguardanti il divorzio e il concetto cristiano. Non potendo naturalmente accettare interamente le dottrine della Chiesa si dovette accontentare di limitare il divorzio ad alcuni casi compatibili colla vita sociale. La influenza del Cristianesimo che tendeva a diminuire la possibilità del divorzio si faceva sentire sempre più forte sotto gli Imperatori cristiani. Bisogna notare però che quest'influenza della Chiesa era sempre indiretta. Quanto alla giurisdizione ecclesiastica, le cosiddette "*episcopales audientiae*" non avevano una vera competenza di diritto matrimoniale (21).

Costantino nella sua costituzione dell'anno 331 ha stabilito 3 cause, quando la donna, e 3 cause, quando l'uomo, può ripudiare. "*Placet mulieri non licere propter suas pravas cupiditates marito repudium mittere exquisita causa, velut ebrioso aut aleatori aut mulierculario, nec vero mariti per quascunque occasiones uxores suas dimittere, sed in repudio mittendo a femina haec sola crimina inquirere, si homicidam vel medicamentarium vel sepulchrorum dissolutorem maritum suum esse probavit, ut ita demum laudata omnem suam dotem recipiat*". Questa costituzione di **Costantino** fu abolita dall'apostata **Giuliano**, ma rimessa di

nuovo in vigore dall'Imperatore **Onorio** nell'anno 421. Si trova riprodotta anche nel Codice **Teodosiano** (22).

Un nuovo regolamento più rigoroso, specificante i casi del divorzio venne introdotto dall'Imperatore **Teodosio II.** nell'anno 449. *“Si qua igitur maritum suum adulterum aut homicidam vel veneficum, vel certe contra nostrum imperium aliquid molientem vel falsitatis crimine condemnatum invenerit, si sepulchrorum dissolutorem, si sacris aedibus aliquid subtrahentem, si latronem vel latronum susceptorem vel abactorem aut plagiarum vel ad contemptum sui domi suae ipsa ispiciente cum impudicis mulieribus (quod maxime etiam castas exasperat) coetum ineuntem, si suae vitae veneno aut gladio vel alio simili modo insidiantem, si se verberibus, quae ab ingenuis aliena sunt, adficiantem probaverit, tunc repudii auxilio uti necessariam ei permittimus libertatem et causas discidii legibus comprobare”* (23).

“Vir quoque pari fine claudetur nec licebit ei sine causis apertius designatis propriam repudiare iugalem, nec ullo modo expellat nisi adulteram, nisi veneficam, aut homicidam aut plagiarum, aut sepulchrorum dissolutricem aut ex sacris aedibus aliquid subtrahentem aut latronum fautricem, aut extraneorum vivorum se ignorante vel nolente convivium appetentem aut ipso invito sine iusta et probabili causa foris scilicet pernottantem, nisi circensibus vel theatralibus ludis vel harenarum spectaculis in ipsis locis, in quibus haec adsolent celebrari, se prohibente gaudentem, nisi sui veneno vel gladio aut alio simili modo insidiatricem, vel contra nostrum imperium aliquid machinantibus consciam seu falsitatis se crimini immiscentem invenerit, aut manus audaces sibi probaverit ingerentem: tunc enim necessariam ei discedendi permittimus facultatem et causas discidii legibus comprobare” (24).

Se il divorzio avveniva senza nessuna causa stabilita dalla costituzione, la sanzione era la perdita della dote intera o rispettivamente della donazione nuziale. Poi la donna dopo un divorzio, il quale è avvenuto senza giusta causa, non poteva sposarsi entro 5 anni, perché sarebbe caduta in infamia (25).

Questa costituzione di **Teodosio II.** si trova inserita nel Co-

dice giustiniano. (Cod. 5.17.8), cioè questa fu accettata anche dalla codificazione giustiniana.

Nel Digesto si trovano le parole di **Modestino**: “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*” (26). Questa definizione sembra quasi accettare le idee della Chiesa sul matrimonio. Il **Carusi** reputa che la frase probabilmente non sia di Modestino, ma d’uno scrittore cristiano del secolo IV. o V. (27) Sia di **Modestino**, o no, il fatto che si legge nel Digesto, mostra l’influenza fortissima del Cristianesimo sulla codificazione giustiniana.

La influenza cristiana sul diritto giustiniano venne studiata profondamente dal **Riccobono**. Per dimostrare gli effetti di quel pensiero di pietà, benignità ed equità, egli cita i §. 7-8 - l. 22. D. 24.3, secondo i quali la pazzia – la quale nell’epoca antica era sempre una “*iusta causa divortii*” – può essere la causa del divorzio solo nel caso che sia assolutamente insopportabile (28).

Lo sviluppo continuo e sempre più forte della influenza cristiana può essere osservata in modo più speciale nella legislazione novellare di Giustiniano. Torniamo adesso ad esaminare le Novelle ed il regolamento che si trovano in quelle rispetto alla materia del divorzio.

III. – Le Novelle di **Giustiniano** che regolano il divorzio rivelano lo sviluppo continuo del Cristianesimo. L’Imperatore vieta e punisce il divorzio, ma non lo dichiara impossibile. Egli è dell’opinione che ogni vincolo avvenuto tra gli uomini può essere dissolubile. Questa sua idea si trova espressa nella Novella 22.: *Nuptias quidem affectus facit mutuus..... Cum autem semel contractae sint..... etiam solutionem rursus rem sequi omnino par est aut impunitam, aut cum poena, quoniam ex iis qua inter homines eveniunt “ligatum omne dissolubile”* (29). – Quindi la “*affectio maritalis*” è riconosciuta anche da **Giustiniano**, come l’elemento fondamentale del matrimonio, senza la quale il matrimonio non può esistere; se questa cessa, finisce il matrimonio stesso.

Nella Novella 22., la quale è chiamata dal **Bonfante** “il vero codice coniugale cristiano” (30), **Giustiniano** stabilisce con precisione i casi, nei quali ammette la possibilità del divorzio. Nel capitolo 4. della Novella troviamo raggruppati i divorzi nelle quattro categorie seguenti: **a)** *consentiente utraque parte*, **b)** *per occasionem rationabilem (inculpabilem, bona gratia)*, **c)** *cum causa rationabili*, **d)** *citra omnem causam* (31).

Della categoria “*consentiente utraque parte*” **Giustiniano** non si occupa. Qui basta il mutuo consenso dei coniugi, altre circostanze non sono richieste dalla legge.

La seconda categoria, quella dei divorzi di “*bona gratia*” contiene le cause, in seguito alle quali il matrimonio si scioglie, benché nessuna delle parti sia colpevole. Queste cause sono le seguenti: **a)** se uno dei coniugi passa alla vita monacale (32); **b)** se il marito “*impotens fuerit coire mulieri et agere quae a natura viris data sunt*” e sono già passati 3 anni (33); **c)** se uno dei coniugi cade in prigionia, il matrimonio si scioglie solo se questa situazione dura più di 5 anni (34); **d)** la schiavitù non può essere causa di divorzio, perché coloro che sono nati liberi secondo l’ordinamento giustiniano non possono diventare servi (35), ma se si tratta di un liberto, il quale può diventare servo, in un tal caso può avvenire anche il divorzio (36); **e)** finalmente se il marito è soldato e come tale è lontano dalla sua casa, e dalla sua partenza, o rispettivamente dalle sue ultime notizie sono passati 10 anni, il matrimonio può esser sciolto (37).

Nella terza categoria si trovano quelle cause, in seguito alle quali il marito o la moglie ha diritto al divorzio unilaterale: al “*repudium*”. Le cause nelle quali la moglie ha diritto al “*repudium*” sono espone nel cap. 15 §. 1. della Novella 22: “*Si igitur secundum Theodosii piae memoriae constitutionem valuerit mulier ostendere maritum aut adulterio delinquentem, aut reum homicidii, aut veneficiis aut seditionibus occupatum, aut quod pessimum omnium peccatorum est communicantem delicto, dicimus autem machinatum aliquid contra ipsum imperium, aut condemnatum falsitatis, aut sepulchra effodientem, autem ex aliqua sacrarum domum aliquid rapuisse, aut latrocinii sectantem vitam, aut latroci-*

nantes suscipientem, aut unum eorum qui appellantur abigei (quibus est cura alienis insidiari animalibus aut iumentis et ea transponere alibi), aut probet plagiarium esse, aut ita luxuriose viventem ut inspiciente uxore cum aliis corrumpatur (quod maxime mulieres utpote circa cubile stimulas exasperat, et praecipue castas) aut si insidias se passam a viro probet circa ipsam salutem aut venenis aut gladio aut per alium aliquem talem modum (multae namque hominibus ad malitiam viae sunt), aut etiam si flagellis super ea utatur...”

Le cause, invece, nelle quali il marito può ripudiare si trovano nel cap. 15. §. 2. della Novella 22: *“Et rursus licentiam dat viro muliere abicere, si adulteram inveniatur, aut veneficam, aut delinquentem homicidium, aut plagiariam, aut sepulcorum violatricem, aut sacrilegam existentem, aut faventem latronibus, aut viro nesciente vel etiam prohibente gaudentem conviviis aliorum nihil sibi competentium vel etiam invito viro citra rationabilem causam foris pernoctantem aut extra eius voluntatem circensibus congruentem et spectaculis inhaerentem, aut theatri advenientem (dicimus autem, ubi scenae et talia sunt, aut etiam ubi bestiis adversus homines pugna est), aut insidias sibi facientem ex venenis aut gladio aut alio factas modo, ex quibus circa vitam periculum est, aut etiam consciam tyrannidem meditantibus, aut falsitatis ream constitutam, aut audaces eius manus inferentem sibi...”*

Tutte queste cause di divorzio **unilaterale** furono già stabilite dall'Imperatore **Teodosio, Giustiniano** non fece altro che riportarle (38). – Ma nella stessa Novella 22. egli ne ha create nuove a favore del marito. Queste si leggono nel cap.16. §. 1: *“Si enim mulier tanta detineatur nequitia, ut etiam ex studio abortum faciat virumque contristet et privet spe filiorum, vel tanta libido est, ut etiam cum viris voluptatis occasione lavetur, aut etiam dum adhuc constet cum viro matrimonium, ad alios de nuptiis suis loquatur, licentia datur a nobis viris mittere eis repudia et lucrari dotes et antenuptiales habere donationes”*.

Quanto alla quarta categoria, il divorzio *“citra omnem causam”* non essendo lecito viene punito, però è valido. La parte colpevole perde la dote o rispettivamente la donazione antenu-

ziale. Oltre a questo se la donna è la colpevole, ella non può passare entro 5 anni alle nuove nozze, qualora essa non fosse colpevole, questo termine di divieto sarebbe solo di 1 anno (39).

IV. – Nuove disposizioni riguardanti la materia del divorzio si trovano nella Novella 117. In questa Novella **Giustiniano** si è occupato prima di tutto dei divorzi unilaterali ed ha stabilito le “*iustae causae repudii*”.

Le cause in seguito alle quali al marito compete il diritto di ripudiare, si trovano esposte nel cap. 8. Queste cause sono le seguenti: **a)** congiura, ovvero occultamento di congiura contro l'imperatore da parte della moglie (40); **b)** adulterio, in questo caso il marito deve far un'accusa contro la moglie che può essere ripudiata se l'accusa è dimostrata vera. Se ci sono figli la dote sarà di questi, se non ci sono, la parte terza di quella compete al marito (41); **c)** insidie contro il marito da parte della moglie, ovvero occultamento di quelle (42); **d)** il mal costume della moglie, quando cioè, quella “*cum viris extraneis nolente marito convivit aut cum eis lavatur*” (43); **e)** se la moglie rimane fuori dalla casa del marito eccettuata la casa dei suoi genitori (44); **f)** se la moglie “*circensibus aut theatris aut amphitheatris interfuerit ad spectandum ignorante aut prohibente viro*” (45).

Le cause poi nelle quali la moglie ha il diritto di ripudiare si trovano elencate nel cap. 9.

Queste seguono così: **a)** congiura, ovvero occultamento di congiura contro il sovrano da parte del marito (46); **b)** insidie contro la moglie da parte del marito, ovvero l'occultamento di quelle (47); **c)** tentato lenocinio del marito, (“*Si maritus uxoris castitati insidiatus aliis eam adulterandam temptaverit tradere*”) (48); **d)** se il marito accusa la moglie di adulterio, ma non riesce a provarlo, in questo caso la moglie può ritenere la dote e lucrare la antenuziale donazione (49); **e)** assiduo commercio del marito con altra donna nella casa coniugale o anche fuori di quella (50); le pene che gravano sul marito sono le stesse che nel caso precedente (51).

Le cause di divorzio unilaterale stabilite nei capitoli 8. e 9. – come vediamo – ad eccezione della congiura contro l'imperatore, riguardano tutte il comportamento del coniuge non corrispondente alle esigenze del vincolo matrimoniale. È da notare però un fenomeno molto interessante, cioè, che l'adulterio può essere commesso solo dalla donna (52). Questo è un relitto ebraico che fu accettato dagli Evangelisti e poi anche dai SS. Padri della Chiesa. Lo stesso **S. Agostino** si esprime così (53). Pur essendo questo fatto contrario all'uguaglianza dei sessi inaugurata dal Cristianesimo, la disposizione giustiniana non è contraria alla dottrina della Chiesa.

Una disposizione molto importante si trova nel cap. 10 della Novella. In questo luogo, cioè, **Giustiniano** stabilì un divieto assoluto ai divorzi "*ex communi consensu*" fin'adesso permessi senza alcun impedimento (54). Fin'adesso il matrimonio poteva cessare, se i coniugi si mettevano d'accordo sul divorzio (55), che era una conseguenza logica del principio classico "*libera debent esse matrimonia*". **Giustiniano**, invece, non volendo che il matrimonio fosse dipendente solo dalla volontà dei coniugi, dichiarò che lo scioglimento del matrimonio non poteva avvenire col semplice mutuo consenso dei coniugi.

Quanto ai divorzi "*bona gratia*" la Novella 117. ne stabilisce tre cause: l'elezione della vita claustrale, l'impotenza insanabile e la prigionia di guerra (56). È da notare qui che se avvenuto il divorzio per l'elezione della vita claustrale il marito o la moglie invece di andare in chiostro si sposano di nuovo, ovvero cominciano una vita lussuosa, devono perdere la dote, o rispettivamente l'antenuziale donazione a favore dei figli (57).

Nel caso che il marito sia partito per la guerra coll'esercito e non ha dato di sé nessuna notizia, il divorzio non è possibile. Bisogna che la moglie aspetti la fine della guerra, poi secondo un procedimento stabilito da **Giustiniano** abbia i documenti che il suo marito sia morto, poi deve aspettare ancora un anno prima di poter passare a nuove nozze.

Qualora la donna non avesse rispettato questo regolamento, sarebbe stata considerata come adultera e come tale punita (58).

Quanto alla impotenza insanabile, la Novella 117. afferma la regola già fissata nella Novella 22., cioè, che il divorzio in seguito a questa causa non può avvenire prima di tre anni dopo la celebrazione del matrimonio (59).

Coll'elenco delle cause del divorzio **Giustiniano** voleva dare un regolamento preciso ed esauriente dello scioglimento del matrimonio. Questo lo dichiara lo stesso imperatore dicendo che oltre le cause esposte nominativamente in quella Novella, per nessuna altra causa si può sciogliere il matrimonio (60).

Se poi la donna senza qualche "*iusta causa*" avesse ripudiato il marito, sarebbe stata sottoposta a pena molto rigorosa. Prima di tutto avrebbe perduto la dote a favore del marito o dei suoi figli, poi sarebbe stata condotta dal vescovo della città, dove aveva il domicilio, e messa in monastero fino alla fine della sua vita (61). – È interessante questa ultima disposizione, perché **Giustiniano** ammette una certa competenza alla Chiesa nell'amministrazione delle pene per il divorzio illecito (62).

V. – La Novella 134. porta fra l'altro ancora alcune regole completando il regolamento esposto nelle Novelle precedenti. La donna adultera dev'essere messa in un monastero e deve rimanere lì fino alla fine della sua vita (63). Nel capitolo 11. è stabilito che se i coniugi senza qualche giusta causa determinata dalla legge facessero il divorzio "*ex communi consensu*" dovrebbero essere mandati tutti e due al monastero per tutta la loro vita. Una quarta parte dei loro beni sarà data al monastero, le altre tre parti, invece, ai loro discendenti (64).

Un'altra regola spettante ai divorzi "*ex communi consensu*" è la seguente: se le parti, prima di essere mandate al monastero, volessero ristabilire il matrimonio, sarebbero considerate come se non avessero fatto il divorzio. In un tal caso naturalmente anche le conseguenze penali del delitto vengono lasciate (65).

VI. – Riguardando il regolamento del divorzio nel diritto novellare, possiamo constatare che mostra la tendenza sempre più forte di portare il matrimonio in una posizione che corrisponde alle idee della Chiesa cristiana. Il diritto delle Novelle come quello della compilazione ci mostra una lotta tra i principi romani e cristiani che era già cominciata nell'epoca di **Costantino** colla cristianizzazione dell'impero romano.

Il matrimonio, come abbiamo già accennato, secondo il diritto classico non è che uno stato di fatto, secondo i dettami della Chiesa, invece è uno stato di diritto. Il principio fondamentale del matrimonio romano è che "*consensus facit nuptias*" e quello venne accettato anche dalla Chiesa. Però questo consenso è concepito diversamente dalla giurisprudenza romana e dal Cristianesimo. Il consenso nel diritto romano equivale all' "*affectio maritalis*", quindi è una cosa continuata; la Chiesa, invece, lo considera come un consenso contrattuale, cioè una cosa momentanea. Il matrimonio romano finisce, quando è finita la "*maritalis affectio*". Tutt'altro stanno le cose nel matrimonio cristiano. Il matrimonio cristiano è un vincolo contrattuale, i coniugi sono giuridicamente vincolati (66). E poi siccome il matrimonio secondo la Chiesa è un sacramento, ha un carattere indelebile, cioè, il contratto matrimoniale è indissolubile. Ecco, perché è inconcepibile nel pensiero cristiano lo scioglimento del vincolo matrimoniale.

Vediamo ora a che punto sta **Giustiniano** in questa lotta delle idee. Ci sono da rammentare due opinioni.

Alcuni, come il **Bonfante** e l'**Albertario**, ritengono che il matrimonio del diritto giustiniano in sostanza non differisca da quello classico romano. È sempre uno stato di fatto e non un vincolo giuridico, per quanto **Giustiniano** avesse inteso regolarlo secondo lo spirito cristiano, specialmente in quella parte che riguarda il divorzio. La concezione contrattuale del matrimonio non poteva trionfare che solo più tardi nel medioevo attraverso il diritto canonico (67).

L'altra opinione è sostenuta dal **Carusi**. Egli ritiene che la concezione contrattuale del matrimonio si trova già nel diritto

giustiniano. Lo stabilimento delle “*iustae causae divortii*” ci permette di pensare allo scioglimento d’un vincolo giuridico, come anche il divieto dei divorzi “*ex communi consensu*”. Anche le parole “*ex iis quae inter homines eveniunt ligatum omne dissolubile*” sembrano accennare al carattere contrattuale (68).

Questa opinione, d’altra parte, si trova già nel famoso scritto del **Troplong**, il quale ritiene che le tracce del carattere contrattuale del matrimonio emergono già nella codificazione giustiniana (69). – L’**Oriani**, passando ancora più oltre, ritiene che anche la dottrina sacramentale è già penetrata nel diritto giustiniano (70).

A me sembra che il diritto giustiniano non sia arrivato a considerare il matrimonio come un vincolo contrattuale. Gli argomenti sostenuti dal **Carusi** mostrano solo una tendenza forte che fa l’imperatore nella lotta tra le idee romane e cristiane di favorire la vittoria delle ultime. La definizione famosa di **Modestino** che si trova inserita nel Digesto in realtà non vigeva, perché il matrimonio non era una congiunzione “*omnis vitae*”. Lo stesso **Giustiniano** lo ha dichiarato chiarissimamente dissolubile (71). Le regole riguardanti il divorzio ci mostrano senza dubbio un certo allontanamento dal principio del diritto classico. Nell’epoca classica era cosa assolutamente impossibile ed inconcepibile che il divorzio fosse impedito. Il divorzio classico era il venir meno dell’ “*affectio maritalis*”, senza la quale, però, un matrimonio non può esistere. Ma il regolamento giustiniano è ancora molto lontano dal riconoscere il principio della Chiesa: “*Quod Deus coniunxit, homo non separet*” (72). Il divorzio per quanto sia punito nel diritto novellare (73), è valido. Anche se i coniugi sono mandati al monastero, non significa che il matrimonio perduri (74).

Ancor meno si può affermare, quindi, che già nel diritto giustiniano spunti il carattere sacramentale del matrimonio (75). Il divorzio, anche nel diritto delle Novelle, significa non solo il cosiddetto divorzio “*quoad thorum et mensam*”, ma proprio lo scioglimento del matrimonio. Se il divorzio avveniva per una causa

stabilita dalla legge, era possibile che il coniuge passasse a nuove nozze. Non v'è dunque ancora alcuna traccia del carattere indelebile. Questo carattere è stato assunto dal matrimonio solo più tardi nel diritto canonico (76).

È certo, però, che dalla legislazione di **Giustiniano** scaturisce una influenza del Cristianesimo compatibile colla vita sociale dell'epoca (77). – Anzi, è questa una prova fortissima dello spirito cristiano di **Giustiniano**, col divieto dei divorzi “*ex communi consensu*” egli ha oltrepassato i limiti tollerabili, così che il suo successore **Giustino II.** ha dovuto ristabilire la liceità di quello (78). – Il diritto novellare nel regolamento del divorzio, pur non avendo cambiato il concetto romano del matrimonio, ha preso dagli elementi cristiani quel “*maximum*” che era possibile secondo le esigenze dell'epoca. La verità di questo ci è dimostrata anche dai **Basilici**.

Il titolo 7. del libro 28. dei **Basilici** contiene il regolamento del divorzio (79). – Nel capitolo 1. di questo titolo troviamo esposte le “*iustae causae*” del divorzio unilaterale, che corrispondono precisamente a quelle esposte da **Giustiniano** nel capitolo 8. della Novella 117; nel capitolo 4 troviamo riportate le cause del divorzio “*bona gratia*” esposte nei capitoli 5, 6 e 7 della Novella 22. – Il capitolo 5, riportando la disposizione giustiniana del capitolo 12 della Novella 117., dichiara vietato il divorzio all'infuori delle cause esposte. Quanto ai divorzi “*ex communi consensu*” il divieto giustiniano si trova ristabilito nel cap. 6.

La importanza dei **Basilici** in questa materia giuridica è molto grande, perché il regolamento del divorzio nel diritto canonico della Chiesa Orientale si sviluppava in base ai **Basilici**, ovvero più precisamente in base al diritto novellare giustiniano (80).

È certo che **Giustiniano** cercava di raggiungere le idee cristiane colla sua legislazione riguardante il matrimonio. Per questo scopo ha limitato la possibilità del divorzio. Il divorzio pur essendo illecito e punito, una volta avvenuto è valido. **Giustiniano**, dunque, non ha potuto trasformare il matrimonio sostanzialmente – sebbene si possa sentire tale sua tendenza – perché

una tale trasformazione non sarebbe potuta sussistere nella vita sociale di quell'epoca. Così lo stesso **Giustiniano** fu costretto a dichiarare: "*Nuptias quidem affectus facit mutuus..... cum autem semel contractae sint..... etiam solutionem sequi omnino par est.....*"

Concludendo possiamo dire che nel diritto novellare la sostanza del matrimonio non era trasformata. Il matrimonio è sempre uno stato di fatto, il cui fondamento è l' "*affectio maritalis*". Però, **Giustiniano** mettendo limiti al divorzio aveva preparato la via alle idee cristiane che poi nel diritto canonico trionfarono.

(1) – "*Namquid iam ulla repudio erubescit, postquam illustres quaedam ac nobiles feminae non consulum numero sed maritorum annos suos computant et exeunt matrimonium causa nubunt repudii?*" (L.A. Senecae Opera. Ed. Haase. Lipsiae. v. II. p. 45) – Riguardo alla storia del divorzio nel diritto romano v. Howard: op. cit., v. II. pp. 17-18; Geffcken: op. cit., p. 12; Brini: op. cit., v. I. p. 12; Bonfante: Fam. pp. 252 e segg.

(2) – V. Geffcken: op. cit., p. 10; Oriani: op. cit., p. 181; Bonfante: Ist. p. 184.

(3) – "*Nuptias non concubitus sed consensus facit*". D. 50,17,30.

(4) – V. Oriani: op. cit., pp. 178-181; Bonfante: Ist. Pp. 174-176.; Manenti: op. cit., pp. 42-43.

(5) – Bonfante: Fam. p. 244; Carusi: op. cit., p. 526.

(6) – V. Bonfante: Ist. p. 184.

(7) – Il matrimonio del diritto classico è paragonabile al possesso. Il possesso si acquista coll' "*animus*" e quest' "*animus*" bisogna che duri, perché una volta cessato, cessa anche il possesso. (V. Albertario: op. cit., p. 30).

(8) – L'avviso del divorzio si poteva fare a voce o “*per litteras*” o “*per nuntium*”. Nel secolo III d.Cr. si è riconosciuto anche alla moglie il diritto di ripudio purché sia stata questa sotto la “*manus*” – V. Bonfante: *Ist.* p. 184; Marton: *op. cit.*, p. 254.

(9) – V. D. 24.2.9.

(10) – *Ulp. liber sing. Regularum* 6.10.12.13.

(11) – D. 48.5.30. (29) 2.

(12) – V. Bonfante: *Fam.* p. 256.

(13) – V. anche S. Luca 16. v. 18; S. Marco 10. v. 7.9.

(14) – V. anche S. Paolo: *Ad Cor.* I. 7. v. 10-11.; *Ad Rom.* 7. v. 2-3.

(15) – V. Howard: *op. cit.*, v. II. p. 27; Oriani: *op. cit.*, pp. 203-204; Zachariä: p. 77.

(16) – V. *Bibliotheca SS. Patrum. Series I. Patres Apostolici. Romae.* Vol. IV. *Hermas Pastor Mandata* IV. 1. c. – Dalle parole di Hermas però non si può vedere che le seconde nozze siano vietate per tutta la vita o solo fino al termine della penitenza. (V. anche Geffcken: *op. cit.*, p. 19).

(17) – *Patrologia Graeca.* tom. XIV. pp. 1243-1246.

(18) – *Epistola ad Amphilochium* cap. 9. (*Patr. Graec.* tom. XXXII. pp. 677-680).

(19) – *Comment. ad Matthiam* (5. v. 22): “*interveniente divortio non aboletur illa confoederatio nuptialis: ita ut sibi coniuges sint, etiam separati*”. – V. anche *De coniugiis adulterinis* l. II. c. 17. – (Sulla dottrina matrimoniale di S. Agostino e sulla influenza di quella sul diritto romano si occupava recentemente l'Albertario. *Archivio Giuridico*, anno 1931. Fasc. I).

(20) – *Si laicus uxorem propriam pellens alteram vel ab alio dimissam duxerit, communione privetur.* (*Canones Apost. Ecc.*, Ed. Justellus.) – V. Kérészy: *Egyházi jog.* v. I. p. 109.

(21) – Nel titolo 4. del libro 1. del Codice che parla della “*episcopalis audientia*” si trovano due costituzioni spettanti al matrimonio: la cost. 16 e la cost. 28. Però nessuna di queste mostra che la chiesa abbia avuto qualche competenza negli affari matrimoniali.

(22) – Cod. Theod. 3.16.1 – V. Oriani: op. cit., p. 207.

(23) – Cod. 5.17.8.2.

(24) – Cod. 5.17.8.3. V. Brini: op. cit., pp. 418-420.

(25) – Cod. 5.17.8.4.,5. – V. Geffecken: op. cit., pp. 25-26.

(26) – D. 23.2.1.

(27) – V. Carusi: op. cit., p. 528.

(28) – V. Riccobono: op. cit., p. 43.

(29) – Nov. 22. cap. 3. – V. Baviera: op. cit., p. 19; Bonfante: Ist. p. 187.

(30) – V. Bonfante: Storia del dir. romano. p. 60.

(31) – “*Distrabuntur itaque in vita contrahentium matrimonia alia quidem consentiente utraque parte, pro quibus nihil hic dicendum est, pactis causam, sicut utrique placuerit, gubernantibus, alia vero per occasionem rationabilem, quae etiam bona gratia vocantur, alia vero citra omnem causam, alia quoque cum causa rationabili.* (Nov. 22. cap. 4). – V. Brini: op. cit., v. III. p. 400.

(32) – Nov. 22. cap. 5.

(33) – Nel diritto precedente questo termine, che fu poi cambiato da Giustiniano, durava 2 anni. – Nov. 22. cap. 6.

(34) – Nov. 22. cap. 7. (“*manere insoluta matrimonia sinimus*”) – Qui è da notare che anche secondo S. Agostino la prigionia non può essere causa di divorzio. (V. Albertario: op. cit., p. 35).

(35) – Nov. 22. cap. 8.

(36) – Nov. 22. cap. 9.

(37) – Nov. 22. cap. 14. – Costantino stabilì questo termine in 5 anni, Giustiniano lo allungò. – È da notare ancora che la deportazione secondo Giustiniano non può essere causa di divorzio. (Nov. 22. cap.13; v. Bonfante: Fam. p. 243).

(38) – È da confrontare la cost. 8.2.3. Cod. 5.17.

(39) – V. Nov. 22. c. 15. §. 3 e Nov. 22. c. 16. pr.

(40) – §. 1.

(41) – §. 2.

(42) – §. 3.

(43) – §. 4.

(44) – §. 5.

(45) – §. 6.

(46) – §. 1.

(47) – §. 2.

(48) – §. 3.

(49) – §. 4.

(50) – §. 5.

(51) – §. 5. Riguardo a queste cause v. Zhishman: op. cit., pp. 731-744.

(52) – Tanto più strano è questo, perché secondo le disposizioni di Teodosio l'adulterio può essere commesso anche dall'uomo. – V. Cod. 5.17.8.2, poi la Nov. 22. c. 15. §. 1.

(53) – S. Matteo. 19 v. 9 e segg.; S. Agostino: *De coniugiis adulterinis* l. II. c. 17. (*Patr. Latina*).

(54) – Nov. 117. cap. 10.

(55) – Nov. 22. cap. 4.

(56) – Nov. 117. cap. 12.

(57) – Nov. 117. cap. 10.

(58) – “*Quod autem a nobis sancitum est de his qui in expeditionibus sunt et in militiis constituti, sive milites sint sive foederati sive scholares sive alii quidam sub alia quacunque militia armata constituti, melius ordinare perspeximus. Et iubemus quantoscumque annos in expedito manserint, sustinere uxores, licet nec litteras nec responsum aliquod a suis maritis susceperint. Si qua vero ex huiusmodi mulieribus suum maritum audierit mortuum, neque tunc ad alias eam venire nuptias sinimus, nisi prius accesserit mulier per se aut per suos parentes, aut per aliam quamcumque personam ad priores numeri et cartularios, in quo huius maritus militabat, et eos seu tribunum, si tamen adest, interrogaverit, si pro veritate mortuus est eius coniunx, ut illi sanctis evangeliiis propositis sub gestis monumentorum deponant, si pro veritate vir mortuus est. Et postquam haec gesta monumentorum confecta mulier pro suo testimonio perceperit, etiam post haec iubemus manere eam unius anni spatium, ut etiam post hunc decursum liceat legittimas contrahere nuptias. Si autem praeter hanc observationem mulier praesumpserit ad aliud venire matrimonium, et ipsa et qui ducit eam uxorem velut adulteri puniantur.* (Nov. 117. cap. 11). – Questo caso fu già regolato prima con la Novella 22. (cap. 14) come una specie del divorzio “*bona gratia*”. Secondo la Novella 22, passati 5 anni la donna poteva sposarsi senza condizione. È da notare, però, che questo caso in realtà non è una causa del divorzio, ma la presunzione della morte del marito, come anche ritiene lo Zhishman: op. citata, pp. 763-765.

(59) – V. Novella 117. cap. 12. e Novella 22. cap. 6.

(60) – V. Nov. 117 cap. 12 (“*memoratas igitur omnes causas...*”)

(61) – V. Novella 117. cap. 13.

(62) – Sembra che Giustiniano avesse voluto dare alla Chiesa una certa competenza circa gli affari matrimoniali. Que-

sto si può sentire anche nel regolamento della celebrazione del matrimonio nella Novella 76. (cap. 4), dove sta scritto che in certi casi il matrimonio deve essere fatto in “*domus ecclesiae*” davanti il “*defensor ecclesiae*” e tre o quattro clerici. (V. Troplong: op cit., p. 235; Zacharia: op. cit., p. 71).

(63) – Novella 134. cap. 10.

(64) – Novella 134. cap. 11. §. 1. – V. Zachariä: p. 78; Zhi-shman: op. cit., p. 740.

(65) – Novella 134. cap. 11. §. 3.

(66) – V. Manenti: op. cit., pp. 48-49.

(67) – V. Bonfante: Fam. pp. 268-269; Albertario: op. cit., p. 35. – Questa è l’opinione anche del Manenti (op. cit., p. 43) e dello Zachariä. (op. cit., p. 37 e 56).

(68) – Altra prova è secondo il Carusi che la legittimità dei figli può esser provata dal padre col giuramento sul Vangelo. Anche l’ “*affectio maritalis*” del diritto giustiniano ci porta piuttosto alla rappresentazione d’un rapporto giuridico. Quanto al detto “*consortium omnis vitae*” del D. 23,2,1, secondo l’opinione del Carusi non è di Modestino, ma probabilmente di uno scrittore cristiano del secolo IV o V (V. Carusi: op. cit., pp. 527-529).

(69) – V. Troplong: op. cit., pp. 234-235. – A questa opinione sembra accedere anche il Gray. (V. Gray: op. cit., p. 107).

(70) – V. Oriani: op. cit., p. 208.

(71) – Novella 22. cap. 3.

(72) – S. Matteo 19. v. 6.

(73) – Le pene, come abbiamo già rammentate sono le seguenti: la perdita della dote o rispettivamente della donazione antenuziale, clausura al monastero, alla donna il divieto di passare a nuove nozze entro un certo tempo.

(74) – V. Bonfante: Fam., p. 267.

(75) – V. anche Baviera: op. cit., p. 119.

(76) – V. Bonfante: Fam., p. 268. – Mi sia permesso di notare su questo punto ancora un'altra cosa. Molti mettono in dubbio che il matrimonio fosse considerato dalla Chiesa fin dai tempi più antichi come un sacramento. Secondo il Westermarck questo carattere sacramentale è arrivato ad una riconoscenza generale solo nel secolo XII. (Westermarck: op. cit., pp. 427-428). – Il Harnack invece pone il tempo del riconoscimento nel 1439, quando, cioè, il concilio fiorentino ha stabilito il numero dei sacramenti a 7. (Harnack: op. cit., v. III. p. 522). I protestanti non considerano il matrimonio come un sacramento ritenendo che le parole di S. Paolo “τὸ μυστήριον τοῦτο μέγα ἐστίν” non si possono tradurre in “*Sacramentum hoc magnum est*”, essendo il significato esatto della parola “μυστήριον” in lingua latina “*secretum*”.

(77) – V. Gray: op. cit., p. 106.

(78) – V. la Novella 140. dell'anno 566. Giustino II. dichiara espressamente nella prefazione della Novella che per esigenze sociali era costretto a permettere di nuovo i divorzi “*ex communi consensu*”. – V. Baviera: op. cit., p. 117; Bonfante: Ist. p. 186.

(79) – Bas. 1. 28. Tit. 7: “Περὶ λύσεως γάμων”.

(80) – V. Zhishman: op. cit., pp. 730 e segg.; Szeredy: op. cit., pp. 1242 e segg.

Dott. Carlo Visky.

