

Parte Generale

Il popolo del diritto non è il popolo della legge

Fritz SCHULZ, *I principii del diritto romano*,
trad. it., Firenze, 1946

Capitolo I

La prima giurisprudenza del collegio dei Pontefici: la costruzione di forme e di formule certe

*Il congegno gestuale della *mancipatio* (mancipazione)*

In origine la *mancipatio* era una forma di vendita reale che si realizzava con lo scambio di cosa verso un prezzo costituito da bronzo pesato dal libripende (addetto alla pesatura) sulla bilancia. Con l'avvento della moneta coniatata, la *mancipatio* rimase una forma negoziale produttiva di effetti reali, cioè idonea al trasferimento del diritto di proprietà di particolari cose (*res mancipi*) a prescindere però dall'esistenza della causa di vendita, perciò Gaio la definisce una *imaginaria venditio*.

Appare singolare la costruzione dell'atto. Per la nostra moderna sensibilità giuridica, infatti, in un atto nel quale si trasferisce la proprietà di una cosa dovrebbe essere soprattutto l'alienante a manifestare la propria volontà di trasferire la cosa, mentre egli partecipa al rito silente e a pronunciare parole formali è solo l'acquirente. A questo proposito si è ritenuto che il ritualismo della *mancipatio* fosse espressione di un atteggiamento mentale che caratterizzava l'esperienza giuridica romana più antica, sensibile a valorizzare più il momento di acquisto del potere che quello della perdita, cosicché l'acquirente avrebbe dichiarato in modo formale e solenne di sua proprietà ciò che in realtà non lo era ancora, certo però che di lì a poco lo sarebbe diventato.

1. Gai.1.119: *Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio; quod et ipsum ius proprium ci-*

vium Romanorum est, eaque res ita agitur: adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui mancipio accipit, aes tenens ita dicit hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra; deinde aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit quasi pretii loco.

La mancipazione, come si è già detto sopra, è una specie di vendita fittizia: il che è diritto proprio dei cittadini romani; e la cosa si svolge così: con l'impiego di non meno di cinque testimoni cittadini romani puberi, e di un altro della stessa condizione che sorregge una bilancia di bronzo e prende il nome di libripende; colui che riceve in mancipio, tenendo del rame, dice "io dico che quest'uomo è mio per diritto dei Quiriti e mi sia comprato con questo rame e con questa bilancia", ed il rame lo consegna quasi in funzione di prezzo a colui dal quale riceve in mancipio.

L'interpretazione creativa del collegio pontificale: il caso dell'emancipatio (emancipazione)

Nella legge delle XII Tavole (4.2) il comportamento del *pater familias* che avesse trasferito la propria *potestas* sul figlio ad altri per tre volte era sanzionato con la perdita della stessa *potestas*. Lo scopo della norma era quello unicamente di reprimere una forma di abuso da parte del *pater familias*, tuttavia la giurisprudenza pontificale su questo precetto e, in particolare, sul requisito dei tre trasferimenti, creò un atto volontario di disposizione che il *pater* poteva porre in essere al fine di liberare il figlio dalla propria *potestas* rendendolo così giuridicamente autonomo. Tale atto volontario potrebbe apparire di primo acchito complesso e farraginoso, ma in realtà, essendo i partecipanti all'atto in accordo fra di loro, il tutto poteva realizzarsi facilmente e in un tempo brevissimo: il padre mancipava per tre volte il figlio ad una persona di fiducia che, manomettendolo, lo faceva

ricadere nella potestà paterna e poi lo rendeva libero con la terza manomissione. Quindi i giuristi pontefici crearono un atto volontario derivandone la struttura dal requisito delle tre mancipazioni previsto nella legge delle XII Tavole, requisito, però, rispettato solo formalmente e utilizzato per realizzare uno scopo del tutto diverso e per certi versi opposto rispetto a quello sanzionatorio predisposto dalla legge.

2. Gai.1.132: *Praeterea emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri vero liberi sive masculini sexus sive feminini una mancipatione exeunt de parentum potestate; lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis: si pater filium ter venum duit, a patre filius liber esto. Eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui; is eum vindicta manumittit; eo facto revertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat vel eidem vel alii (sed in usu est eidem mancipari) isque eum postea similiter vindicta manumittit; eo facto rursus in potestatem patris revertitur; tertio pater eum mancipat vel eidem vel alii (sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur), eaque mancipatione desinit in potestate patris esse ...*

Inoltre, i discendenti cessano di essere in potestà degli ascendenti per mezzo dell'emancipazione. Ma il figlio esce dalla potestà con tre mancipazioni e gli altri discendenti, invece, sia di sesso maschile sia di sesso femminile, con una sola: infatti la legge delle dodici Tavole soltanto con riferimento alla persona del figlio parla di tre mancipazioni, con le seguenti parole “se il padre abbia venduto il figlio tre volte, il figlio sia libero dal padre”. E la cosa si svolge così: il padre mancipa il figlio a uno; questo lo manomette per verghetta; ciò fatto torna in potestà del padre; il quale lo mancipa di nuovo o allo stesso o ad un altro (ma è in uso manciparlo allo stesso), e questo poi analogamente lo manomette per verghetta; fatto ciò ritorna in potestà del padre; per la terza volta il padre lo mancipa di nuovo allo stesso o ad un altro (ma è in uso manciparlo allo stesso), e con tale mancipazione cessa di essere in potestà del padre.

Esempi dell'economia dei mezzi giuridici: il caso dell'adoption (adozione)

Con l'espressione «economia dei mezzi giuridici» («Die Juristische Oekonomie»), concetto formulato per la prima volta da Rudolph von Jhering¹, uno dei giuristi più insigni del diciannovesimo secolo, ci si riferisce alla tendenza della prima tecnica giuridica di procedere con limitati paradigmi e schemi operativi: una volta scelto un modello rituale (verbale e/o gestuale) lo si adattava a diverse applicazioni con finalità anche molto diverse. Esempi di questa parsimonia nell'invenzione e nell'applicazione delle figure giuridiche sono i c.d. *gesta per aes et libram* (gli atti per rame e bilancia) costruiti sul modello della *mancipatio*, come l'*emancipatio*, l'*adoptio*, il *testamentum per aes et libram* e altri ancora. O si pensi ancora alla derivazione della *in iure cessio* dalla *legis actio sacramento in rem* (vedi i successivi nn. 5 e 6). Tale modo di procedere rimarrà una costante nel modo di creare il *ius* presso i Romani; a questo proposito scriveva un altro grande studioso del secolo scorso, Vincenzo Arangio-Ruiz: «presso i romani la tecnica giuridica procedeva per paradigmi: creato un modulo perfettamente adattabile ad una massa notevole di dati dell'esperienza, lo si applicava per approssimazioni successive, cioè sfumandone le linee e arrotondandone i contorni, a dati che non erano tenuti presenti nella prima costruzione, ma che apparivano in qualche modo analoghi alle materie così disciplinate»².

3. Gai.1.134: *Et in filio quidem, si in adoptionem datur, tres mancipationes et duae intercedentes manumissiones proinde fiunt, ac fieri solent, cum ita eum pater de potestate dimittit, ut sui iuris efficiatur. Deinde aut patri remancipatur, et ab eo is, qui adoptat, vindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra*

¹R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts aus den verschieden Stufen seiner Entwicklung*, 3, I, Leipzig, 1877, p. 236 ss.

²V. ARANGIO-RUIZ, "*Societas re contracta*" e "*communio incidens*", ora in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1977, p. 49.

non vindicante a praetore vindicanti filius addicitur, aut non remancipatur patri, sed ab eo vindicat is, qui adoptat, apud quem in tertia mancipatione est. Sed sane commodius est patri remancipari. In ceteris vero liberorum personis, seu masculini seu feminini sexus, una scilicet mancipatio sufficit., et aut remancipantur parenti aut non remancipantur. Eadem et in provinciis apud praesidem provinciae solent fieri.

In caso di figli dati in adozione intervengono tre mancipazioni e, interposte, due manomissioni, come suole avvenire quando il padre fa uscire il figlio dalla sua potestà perché diventi giuridicamente autonomo. Dopo, o viene rimancipato al padre e da lui quello che lo adotta rivendica davanti il pretore che è suo figlio, e, non opponendosi il padre alla rivendica, il pretore assegna il figlio al rivendicante; oppure non viene rimancipato al padre, e chi lo adotta lo rivendica da colui presso il quale si trova per la terza mancipazione. Ma è certo più comodo rimanciparlo al padre. Nei confronti degli altri discendenti sia di sesso maschile che femminile, basta, s'intende, una sola mancipazione, e o si rimancipano all'ascendente o non si rimancipano. Lo stesso suole avvenire anche nelle province, davanti al preside della provincia.

... e il caso del testamentum per aes et libram (testamento per rame e bilancia)

4. Gai.2.102-104: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. Qui neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet. Quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. (103) Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. Namque olim familiae emptor, id qui*

a testatore familiam accipiebat mancipio heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur. (104) Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam, quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam, hoc aere, et ut quidam adiciunt aeneaque libra, esto mihi empta; deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor itaque vos Quirites testimonium mihi perhibetote; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

Si aggiunse poi un terzo genere di testamento, che si fa per rame e bilancia. Colui che non aveva fatto testamento né di fronte ai comizi convocati né in procinto di partire per la guerra³, se era premuto dal timore di morte improvvisa, dava in mancipio ad un amico la sua famiglia, cioè il suo patrimonio, e lo pregava di dare quel che a ciascuno voleva fosse dato dopo la sua morte. Questo testamento è detto per rame e bilancia, ovviamente perché si compie con una mancipazione. (103) I primi due generi di testamenti caddero in desuetudine, e solo quello che si fa per rame e bilancia restò in uso. Oggi, certo, è organizzato diversamente da come si soleva un tempo. Un tempo, infatti, il compratore della famiglia, cioè colui che dal testamento riceveva in *mancipio* la famiglia, prendeva il posto dell'erede, e perciò il testatore lo incaricava di dare quel che a ciascuno voleva fosse da-

³ Si tratta delle due forme di testamento arcaiche che caddero in desuetudine in età preclassica.

to dopo la sua morte; oggi, invece, uno è istituito erede nel testamento e pure i legati si lasciano a suo carico, e un altro è impiegato *pro forma* come acquirente della famiglia ad imitazione del diritto antico. (104) E la cosa si svolge così: chi fa testamento, avvalendosi, come nelle altre mancipazioni, di cinque testimoni cittadini romani puberi e di un libripende, dopo che ha scritto le tavole del testamento, mancipa ad uno *pro forma* la sua famiglia; e per la qual cosa l'acquirente della famiglia si serve di queste parole: "la tua famiglia e i tuoi beni in mandato e custodia mia, perché tu possa legalmente far testamento secondo il diritto pubblico, con questo rame" e, come taluni aggiungono "con la bilancia di bronzo, mi siano comprati"; poi con il rame percuote la bilancia, e consegna il rame al testatore quasi a titolo di prezzo; quindi il testatore tenendo le tavole del testamento così dice: "secondo quello che sta scritto in queste tavole cerate io do, io lego, io faccio testamento, e voi, o Quiriti, prestatemi testimonianza"; il che è detto nuncupazione: "*nuncupare*" significa infatti nominare pubblicamente e, senza dubbio, le cose che il testatore abbia nelle tavole del testamento scritto specificatamente appaiono essere nominate e confermate con un generico discorso.

Dalla difesa privata al processo statale: la legis actio sacramento (azione di legge per sacramentum)

Ci troviamo di fronte ad una delle cinque *legis actiones*, la prima forma di processo utilizzata dai Romani nelle liti di diritto privato. Tale processo di età arcaica era caratterizzato dalla pronuncia di parole solenni e dal compimento di gesti formali e rigorosamente predeterminati. La *legis actio sacramento in rem* (azione di legge *per sacramentum*), qui esposta, vedeva le due parti processuali nello stesso ruolo dirette ad affermare reciprocamente il proprio potere mediante l'apposizione della *festuca*, simulacro di una vera e propria lancia militare, l'*hasta* che simbolizza il diritto di proprietà (*iustum dominium*) che le parti pre-

tendono di avere sull'oggetto conteso. Da ciò si è pensato che tale forma di *legis actio* costituisse una ritualizzazione e stilizzazione di quello che in origine doveva essere un vero proprio duello fondato sulla forza fisica e sulla autodifesa privata divenuto in queste forme un combattimento simbolico.

5. Gai.4.16: *Si in rem agebatur, mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, in iure vindicabantur ad hunc modum: qui vindicabat, festucam tenebat; deinde ipsam rem adprehendebat, veluti hominem, et ita dicebat: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam. Sicut dixi, ecce tibi, vindictam inposui, et simul homini festucam inponebat; adversarius eadem similiter dicebat et faciebat; cum uterque vindicasset, praetor dicebat mittite ambo hominem; illi mittebant; qui prior vindicaverat, ita alterum interrogabat: postulo anne dicas, qua ex causa vindicaveris? ille respondebat: ius feci sicut vindictam inposui; deinde qui prior vindicaverat, dicebat: quando tu iniuria vindicavisti D aeris sacramento te provoco; adversarius quoque dicebat similiter et ego te; scilicet si de re M aeris plurisve agebatur, D, si de minoris, L asses sacramenti postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat. Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii; quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent, unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponitur.*

Se si agiva con l'azione reale, i mobili e semoventi, solo che si potessero portare o condurre in tribunale, qui si rivendicavano nel modo che segue: colui che rivendicava teneva una bacchetta, poi prendeva la cosa, ad esempio un uomo, e diceva così: “affermo che quest'uomo è mio per diritto dei Quiriti in base a un giusto titolo. Conseguentemente ecco che ti ho imposto sopra la bacchetta”, allo stesso tempo imponeva la bacchetta sull'uomo; l'avversario diceva e faceva similmente le medesime cose. Dopo

la rivendica di ciascuno dei due, il pretore diceva: “lasciate entrambi l’uomo”; ed essi lo lasciavano. Chi aveva rivendicato per primo interrogava l’altro così: “chiedo che tu dica a che titolo hai rivendicato”. L’altro replicava: “imponendo la bacchetta ho agito a buon diritto”; allora chi aveva per primo rivendicato diceva: “poiché hai rivendicato a torto, ti sfido ad un *sacramentum* di cinquecento assi”; anche l’avversario similmente affermava: “ed io sfido te”; s’intende che se si agiva per cosa dal valore di mille assi o superiore, gli assi erano indicati in cinquecento, se per cosa di minor valore, in cinquanta; poi seguivano le stesse cose di quando si agiva con azione personale; dopodiché il pretore affidava l’oggetto conteso a uno dei due, cioè costituiva un possessore interinale, imponendogli di dare all’avversario dei garanti per la lite e per l’oggetto conteso, cioè per la cosa e i frutti, altri garanti poi il pretore esigeva per sé da ciascuno in rapporto al *sacramentum*, in quanto questa entrava nella casse pubbliche dello stato. Della bacchetta si servivano in luogo dell’asta quasi in segno di giusto dominio, poiché reputavano esser loro soprattutto le cose tolte ai nemici; onde nei giudizi centumvirali si espone l’asta.

L’adattamento negoziale del modello della legis actio sacramento: l’in iure cessio (cessione in tribunale)

Se si confronta il rito della *in iure cessio* (cessione in tribunale) con quello della *legis actio sacramento*, descritto appena sopra, è facile cogliere le evidenti identità: il rito è il medesimo, con la sola importante differenza che nella *legis actio sacramento* entrambe le parti pronunciano la formula rivendicatoria, mentre nella *in iure cessio* la parte che deve trasferire la proprietà tace (come tace l’alienante nel caso della *mancipatio*). Si tratta di un finto processo, dove si adatta il rito processuale allo scopo di realizzare un atto volontario di trasferimento del diritto di proprietà di una cosa o della costituzione di un diritto reale minore, allo stesso modo – come si è già visto – i Pontefici avevano a-

dattato il meccanismo delle tre mancipazioni ad altro scopo quello di creare un atto volontario di abdicazione della *patria potestas*: l'emancipazione. Ritorna anche qui l'idea dell'economia dei mezzi giuridici sopra richiamata.

6. Gai.2.24: *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani, veluti praetorem, is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit eam rem addicit; idque legis actio vocatur. hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum.*

La cessione in tribunale avviene così: davanti a un magistrato del popolo romano, per esempio il pretore, colui al quale la cosa in tribunale viene ceduta, tenendo la cosa, dice “affermo che quest'uomo è mio per diritto dei Quiriti”; poi, dopo che lui ha rivendicato, il pretore interroga il cedente, per sentire se rivendichi il contrario; se dice di no o tace, il pretore assegna la cosa a chi aveva fatto la rivendica; e ciò si chiama azione di legge. Questo si può fare anche nelle province, davanti ai loro presidi.

Capitolo II

L'editto del pretore

Il ruolo dell'editto del pretore nel sistema classico delle fonti

Il giurista Papiniano, alla fine del secondo secolo d.C., offre un significativo quadro di quella che fu l'evoluzione storica del dualismo fra *ius civile* e *ius honorarium*. Giova sempre ripeterlo: il pretore non era un giudice in quanto non emanava sentenze; non era un legislatore non potendo formalmente emanare provvedimenti normativi né abrogarli, ma in virtù della sua competenza, quella di amministrare la giustizia nel diritto privato (*iurisdictio*), fu il principale motore, assieme all'attività dei giuristi, nella creazione e nello sviluppo del diritto privato in età classica.

Nella fase *in iure* del processo formulare, quando predisponne la formula, il pretore poteva confermare precetti presenti nel *ius civile* allestendo formule per tutelare situazioni che si trovavano già nel processo *per legis actiones*, come per esempio il caso della *rei vindicatio*, oppure poteva predisporre rimedi per situazioni nuove, ora estendendo il contenuto del *ius civile* a situazioni simili, mediante il procedimento analogico, il che avveniva con la creazione di azioni utili e fittizie, oppure mediante azioni *in factum*, quando non era possibile l'aggancio analogico con il sistema civilistico. Infine poteva correggere lo stesso *ius civile*, quando, pur rispettandone la vigenza formale, lo disapplicava non riconoscendo l'azione civile mediante la *denegatio actionis*, o paralizzandola mediante la concessione di una eccezione al convenuto.

7. D.1.1.7 pr.-1 (Papinianus, 2 *definitionum*): *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. (1) Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*

Il diritto civile è quello che proviene dalle leggi, dai plebisciti, dai senatoconsulti, dai decreti dei principi, dall'autorità dei giuristi. (1) Il diritto pretorio è quello che è introdotto dai pretori per ragioni di pubblica utilità allo scopo di migliorare, integrare e correggere il diritto civile. Esso viene anche definito onorario, così denominato in ragione della carica [*“honoros”*] del pretore.

8. D.1.1.8 (Marcianus, 1 *institutionum*): *Nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis.*

Infatti, anche lo stesso diritto onorario è viva voce del diritto civile.

Esempi di promesse edittali

Nel corso dell'evoluzione del diritto pretorio, gli editti assunsero forme e stili differenti. Com'è noto, noi conosciamo principalmente la redazione definitiva che di esso fece il giurista Salvio Giuliano nel 130 d.C., sotto l'imperatore Adriano. Le promesse edittali variano molto nella formulazione e nella terminologia. Di seguito si offrono alcuni esempi, fra cui quella «*iudicium dabo*» di gran lunga la più diffusa fra le clausole edittali.

È da notare la singolarità dell'esposizione delle promesse edittali, formulate alla prima persona dell'indicativo futuro, palesando che l'editto è innanzitutto un programma giurisdizionale dove il magistrato si “autoimpegna” a fornire i rimedi menzionati. In non poche occasioni le promesse edittali apparivano alquanto vaghe. È il caso dell'editto sui patti (testo n.11), dove l'impegno edittale si realizzava concretamente o con la *denega-*

tio actionis o con la concessione di una *exceptio pacti conventi* o una *exceptio doli generalis*.

9. D.3.1.1.4 (Ulpianus, 6 *ad edictum*): *Ait praetor: "Si non habebunt advocatum, ego dabo" nec solum his personis hanc humanitatem praetor solet exhibere, verum et si quis alius sit, qui certis ex causis vel ambitione adversarii vel metu patronum non invenit.*

Dice il pretore. "Se non avranno avvocati, io glieli assegnerò". Il pretore suole dimostrare una simile *humanitas* non soltanto nei confronti di queste persone, ma anche nei confronti di chiunque altro non trovi un avvocato per motivi ben precisi, ossia per brighe del suo avversario o per timore dei suoi patroni.

10. D.4.3.1.1 (Ulpianus, 11 *ad edictum*): *Verba autem edicti talia sunt: "Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo"*.

Queste poi sono le parole contenute nell'editto: "se si dirà che talune cose sono state commesse con dolo, se per queste cose non vi sarà un'altra azione e sembrerà sussistere una giusta causa, darò l'azione".

11. D.2.14.7.7 (Ulpianus, 4 *ad edictum*) *Ait praetor: "Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta edicta decreta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt servabo"*.

Dice il pretore: "darò tutela ai patti che non saranno conclusi né con dolo, né contro leggi, plebisciti, senatoconsulti, decreti dei principi, né in frode a taluno di essi".

12. D.43.17.1 pr. (Ulpianus, 69 *ad edictum*): *Ait praetor: 'Ut i eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto ...'*

Dice il pretore: "Come quelle case, di cui si tratta, possedete l'u-

no rispetto all'altro non violentemente, o clandestinamente, o precariamente, vieto che sia fatta violenza a che così possediate ...”.

13. D.21.1.38 pr. (Ulpianus, 2 *ad edictum aedilium curulium*): *Aediles aiunt: 'Qui iumenta vendunt, palam recte dicunt, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. si quid ita factum non erit ... morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus. si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur'*.

Gli edili¹ dichiarano: “coloro che vendono animali da tiro e da soma devono attestare manifestamente e con precisione le malattie e i vizi che ciascun animale abbia e, comunque siano stati preparati e abbelliti a scopo di vendita, così li consegnino ai compratori. Se qualcosa di quanto prescritto non sarà stato fatto ..., daremo azione entro sei mesi per la rescissione della compravendita a causa della malattia o del vizio, oppure entro l'anno per la riduzione al minor valore che tali animali avevano al momento della loro vendita. Se sarà stata venduta insieme una coppia di animali e solo uno dei due si troverà in siffatta situazione da dover essere restituito, concederemo azione affinché siano restituiti entrambi”.

Azioni pretorie: le actiones in factum

Le azioni *in factum* sono azioni escogitate dal pretore che servivano per dedurre in giudizio rapporti non contemplati dal *ius civile*. Come sottolinea il giurista Gaio, esse sono innumere-

¹ Come il pretore, gli Edili Curuli, benché muniti di sola *potestas*, costituivano una magistratura competente ad emanare editti di contenuto giurisdizionale (*ius edicendi*), la competenza però era limitata alle controversie che sorgevano nei mercati, dove esercitavano il loro potere di vigilanza.

voli e questo testimonia l'ampiezza dell'intervento creativo ed innovativo che la giurisdizione pretoria ebbe rispetto allo *ius civile*. Vengono chiamate *actiones in factum* perché, diversamente dalle azioni riconosciute dal *ius civile*, le *actiones in ius conceptae*, dove compariva l'espressione tecnica *oportere*, esse presentano nell'*intentio* solo una breve descrizione (sempre in chiave ipotetica) del fatto da cui trae fondamento l'invito al giudice di condannare o assolvere.

14. Gai.4.45-47: *Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, in ius conceptas vocamus, quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium aut nobis dari oportere aut pro fure damnum decidi oportere; sunt et aliae, in quibus iuris civilis intentio est. (46) Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est in quibus nulla talis intentio concepta est, sed initio formulae nominato eo quod factum est adiciuntur ea verba, per quae iudici damnandi absolvendive potestas datur ... et denique innumerabiles eius modi aliae formulae in albo proponuntur. (47) Sed ex quibusdam causis praetor et in ius et in factum conceptas formulas proponit, veluti depositi et commodati. illa enim formula, quae ita concepta est: iudex esto. Quod A. Agerius apud N. Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide bona, eius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato, nisi restituat. Si non paret, absolvito, in ius concepta est. at illa formula, quae ita concepta est: iudex esto. Si paret A. Agerium apud N. Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo N. Negidii A. Agerio redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato. Si non paret absolvito, in factum concepta est. Similes etiam commodati formulae sunt.*

Le formule in cui si tratta di un diritto, le chiamiamo concepite in diritto: come quelle con cui pretendiamo “che qualcosa sia nostro per diritto dei Quiriti” oppure “che ci debba essere dato” oppure “che debba essere risarcito il danno causato dal furto”; ce ne sono altre ancora, in cui la pretesa è di diritto civile. (46) Chiamiamo invece concepite in fatto le rimanenti, cioè quelle in

cui non formulata alcuna pretesa come sopra, ma, richiamato all'inizio della formula il fatto, si aggiungono le parole con cui si concede al giudice la facoltà di condannare o assolvere ... Sono del resto proposte innumerevoli formule del genere nell'editto del pretore. (47) In taluni casi il pretore propone sia formule concepite in diritto che in fatto: come per il deposito e per il comodato. È concepita in diritto la formula così strutturata: “[Tizio] sia giudice. Posto che Aulo Agerio ha depositato un vassoio d'argento presso Numerio Negidio – materia del contendere – qualunque cosa in rapporto a ciò debba Numerio Negidio dare o fare ad Aulo Agerio in base alla buona fede, ad essa, o giudice, condanna Numerio Negidio nei confronti di Aulo Agerio, se non restituisca. Se non risulta, sia assolto”. Mentre appare concepita in fatto quella così strutturata: “[Tizio] sia giudice. Se apparirà che Aulo Agerio abbia depositato un vassoio d'argento presso Numerio Negidio e che per il dolo di Numerio Negidio il vassoio non sia stato restituito ad Aulo Agerio, il giudice, per quanto varrà la cosa, a tale somma condanni Numerio Negidio nei confronti di Aulo Agerio. Se non risulta, lo assolva”. Pure per il comodato si propongono formule simili.

Azioni pretorie: le actiones ficticiae

Le azioni fittizie costituirono una modalità formale con cui il pretore poteva estendere l'applicazione di rimedi di diritto civile a situazioni non contemplate da quest'ultimo. Con la *fictio* (finezion) il pretore deliberatamente considerava esistente un elemento che in realtà esistente non era. Si poteva fingere un elemento di diritto, come per esempio, quando si attribuiva fittiziamente la condizione di cittadino ad uno straniero per averlo come legittimato passivo o attivo in un'azione di *ius civile*, a lui preclusa in quanto straniero. Oppure si poteva fingere un elemento di fatto, come avviene nell'esempio dell'*actio publiciana*, riportato da Gaio. Qui il pretore finge che sia già decorso lo spazio temporale di un anno al fine di consentire per motivi di equità (la difesa della proprietà bonitaria) ad un soggetto di afferma-

re il suo diritto di proprietà mediante usucapione e quindi di essere legittimato attivo ad un'azione di rivendica. La *fictio* riguardava solo il decorso del tempo, non l'esistenza degli altri requisiti necessari per perfezionare l'usucapione; quindi il giudice doveva valutare che la cosa era idonea ad essere usucapita, che l'attore possedeva con giusta causa e in buona fede.

15. Gai.4.36-37: *Item usucapio fingitur in ea actione, quae Publiciana vocatur. datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usu cepit eamque amissa possessione petit. nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usu cepisse, et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit uelut hoc modo: iudex esto. si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, eius ex iure Quiritium esse oporteret et reliqua. (37) Item civitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi. uelut si furti agat peregrinus aut cum eo agatur ...*

Egualemente si finge l'usucapione in quell'azione che si chiama *Publiciana*. Questa azione viene concessa a colui che non ha ancora usucapito una cosa consegnatagli in base a un titolo valido e che, avendone perduto il possesso, ne chiede la restituzione. Infatti, poiché non può sostenere che la cosa è sua per diritto dei Quiriti, ad esempio in questo modo: “[Tizio] sia giudice. Se Aulo Agerio abbia posseduto per un anno l'uomo che ha comprato e che gli è stato consegnato, e pertanto l'uomo di cui si tratta debba essere suo per diritto dei Quiriti”, ecc. (37) Egualemente si finge la cittadinanza romana nello straniero, se agisca o sia convenuto in base a un titolo in forza del quale dalle nostre leggi sia predisposta un'azione, naturalmente se è giusto che quell'azione sia estesa anche allo straniero, come se lo straniero agisca o sia convenuto per furto ...

Azioni pretorie: le actiones utiles

Le azioni utili sono quelle azioni la cui formula contiene l'adattamento di altre formule solitamente fondate sul *ius civile*; in questo modo il pretore riesce ad estendere in via analogica regole del *ius civile* a situazioni che quest'ultimo non aveva previsto. Nel caso di specie, erano tre i requisiti per l'applicazione della *lex Aquilia*: l'agire ingiustamente (con dolo o con colpa), la presenza di un danno (uccisione del servo o dell'animale) e la condotta materiale che si doveva realizzare con il contatto fisico fra offensore e cosa danneggiata. Il pretore di fronte a situazioni in cui erano presenti i primi due elementi, ma la condotta si era svolta senza contatto fisico (fra gli esempi, si chiude in un recinto un animale e lo si fa morire di fame), attraverso la concessione di un'azione utile modellata su quella civilistica della *lex Aquilia* rende sanzionabile anche tale comportamento meramente omissivo.

16. I.4.3.16: *Ceterum placuit ita demum ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur, aut iumentum tam vehementer egerit, ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit, ut praecipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus erit, utilis in eum actio datur. sed si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen deiecerit et is soffocatus fuerit, eo quod proiecerit corpore suo damnum dedisse non difficiliter intellegi poterit ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.*